





REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

VOLUMEN 67
2015, NÚM. 2
JULIO-DICIEMBRE

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: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.
C/ Antonio Gaudí, 15
Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)
MADRID, 2015

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTORA

Alegría BORRÁS
Universidad de Barcelona

CONSEJO DE REDACCIÓN

Francisco ALDECORA 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

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., <i>La controversia sobre la titularidad jurídico-internacional de los espacios marítimos adyacentes a Gibraltar</i>	13
— The controversy surrounding the sovereign title of Gibraltar's adjacent marine waters in international law	
— La controverse sur la souveraineté en droit international des espaces maritimes adjacents à Gibraltar	
REQUEJO ISIDRO, M., <i>La ejecución sin exequáтур. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III</i>	49
— Enforcement without <i>exequatur</i> . Reflections on the recast Brussels I Regulation, Chapter III	
— L'exécution sans <i>exequatur</i> . Réflexions sur le Chapitre III du Règlement Bruxelles I bis	
FERNÁNDEZ PÉREZ, A., <i>Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma de conflicto</i>	83
— Functions of the exception clauses in the localisation process of the conflict of law rules	
— Fonctions des clauses d'exception dans le processus de localisation de la règle de conflit	

II. NOTAS/NOTES

SÁNCHEZ LORENZO, S., <i>Derechos humanos y competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad</i>	111
— Human rights and the exclusive power of the State to confer citizenship	

REDI, vol. 67 (2015), 2

- Droits de l'homme et compétence exclusive de l'État en matière de nationalité

III. JURISPRUDENCIA/CASE LAW/JURISPRUDENCE

A) <i>Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público</i>	135
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>	183
Spanish and European Jurisprudence of Private International Law	
Jurisprudence espagnole et européenne de Droit international privé	

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

A) <i>Derecho internacional público</i>	239
Public International Law	
Droit international public	
1. <i>La crisis de Ucrania como laboratorio de reajustes de poder en el siglo XXI</i> , por Natividad Fernández Sola.....	239
2. <i>El valor estratégico de la base aérea de Morón en el contexto de la seguridad internacional</i> , por Luis A. Romero Bartumeus y Miguel Á. Acosta Sánchez.	244
3. <i>El Banco de Desarrollo de los BRICS</i> , por Romualdo Bermejo García y Eugenia López-Jacoiste Díaz.....	248
4. <i>Publicación de los APPRI celebrados por España con Senegal y Bahréin: su aplicación en el contexto de la política europea de inversiones</i> , por Francisco Pascual Vives	254
5. <i>El brote del virus del Ébola en África occidental como amenaza para la paz y la seguridad internacionales</i> , por Xavier Pons Ràfols	258
B) <i>Derecho internacional privado</i>	263
Private International Law	
Droit international privé	
1. <i>El nuevo Reglamento europeo de insolvencia</i> , por Ángel Espiniella Menéndez.	263
2. <i>Versión española del Reglamento UE/650/2012, de sucesiones: viejos y nuevos errores</i> , por Joaquín Bayo Delgado	267
3. <i>Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (24-26 de marzo de 2015)</i> , por Alegría Borrás	271
4. <i>Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (8 a 12 de junio de 2015)</i> , por Alegría Borrás	275

	Pág.
5. <i>Principios transnacionales ELI/UNIDROIT del procedimiento civil europeo</i> , por Nerea Magallón Elósegui	279
6. «The Economic Dimension of Cross-Border Families: Planning the Future» (Congreso en la Universidad de Milán, 13 de marzo de 2015), por Caterina Fratea	282
7. 15.º Conferencia anual del International Insolvency Institute (III) en Nápoles (15 y 16 de junio de 2015), por Miguel Torres Blánquez	286
8. II Reunión científica de Derecho internacional privado Millennium DIPr, y II Certamen internacional Millennium DIPr celebrados en la Universidad de Zaragoza el 6 y 7 de noviembre de 2014, por Pilar Diago Diago	289
9. <i>Tendencias actuales en materia de responsabilidad civil internacional por vulneraciones de Derechos Humanos cometidas por empresas</i> , por María Álvarez Torné	291

V. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY/BIBLIOGRAPHIE

A) <i>Recensiones</i>	297
Book reviews	
Recensons	

ARENAL MOYUA, C. DEL, <i>Etnocentrismo y Teoría de las Relaciones Internacionales: Una visión crítica</i> , por Noe Cornago	297
BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRIGO, A. J. (dirs.); PAREJA, P. (coord.), <i>La gobernanza del interés público global</i> , por Jorge Antonio Quindimil López	300
GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., <i>Nacimiento, Auge y Decadencia de la Responsabilidad de Proteger</i> , por Ricardo Arredondo	302
HINOJO ROJAS, M. (coord.), <i>Liber Amicorum Profesor José Manuel Peláez Marón. Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea</i> , por Carlos Jiménez Piernas	305
JIMÉNEZ GARCÍA, F., <i>La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un Derecho internacional global</i> , por Carlos R. Fernández Liesa	307
JUSTE RUIZ, J. y BOU FRANCH, V. (dirs.); SÁNCHEZ PATRÓN, J. M. (coord.), <i>Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo</i> , por Víctor Luis Gutiérrez Castillo	309
MORÁN BLANCO, S., <i>Seguridad energética y medio ambiente: dos caras de una misma moneda. Especial referencia a la Unión Europea</i> , por Carlos R. Fernández Liesa	311
MOVILLA PATEIRO, L., <i>El derecho internacional del agua. Los acuíferos transfronterizos</i> , por Antoni Pigrau Solé	313
MOYA ESCUDERO, M. (dir.), <i>Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes</i> , por M.ª Dolores Adam Muñoz	316
PASTOR PALOMAR, A. (ed.), <i>Fuentes de energía y Derecho internacional. Conflictos, principios, sanciones y seguridad</i> , por María Isabel Torres Cazorla	318
RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., <i>La ley aplicable a los pactos sucesorios</i> , por Josep Maria Fontanellas Morell	321

	Pág.
SOBRINO, J. M. (dir.), <i>La contribution de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer à la bonne gouvernance des mers et de océans/La contribución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos/The Contribution of the United Nations Convention on the Law of the Sea to Good Governance of the Oceans and Seas</i> , por Ángel Rodrigo Hernando	323
B) <i>Libros recibidos</i>	328
Books received	
Livres reçus	

I. ESTUDIOS

LA CONTROVERSIAS SOBRE LA TITULARIDAD JURÍDICO-INTERNACIONAL DE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS ADYACENTES A GIBRALTAR

Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA DESCOLONIZACIÓN EN LA TITULARIDAD DE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS ADYACENTES A GIBRALTAR.—2. SITUACIÓN JURÍDICA DEL PUERTO DE GIBRALTAR Y SUS AGUAS INTERIORES.—3. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI*.—4. LA DOCTRINA DE LA «COSTA SECA».—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Utrecht, de 1713, que es el que regula la presencia jurídica del Reino Unido en Gibraltar, no recogía los espacios marítimos circundantes a La Roca. Ello es así, entre otras cosas, porque en aquella época no había espacios marítimos, tal como los conocemos hoy día.

La tradicional política española es que esos espacios marítimos, en el marco de la cesión que se hace en Utrecht no son contemplados porque la voluntad era la de mantener La Roca sin jurisdicción circundante alguna, en parte por motivos relacionados con los ataques berberiscos (seguridad) en parte relacionados con el contrabando y la entrada ilegal de mercaderías (fiscalidad) y en parte también para evitar la expansión territorial del espacio que se cede forzadamente para que sea utilizado como base militar (territorialidad).

Esto lleva a España a que cuando se adhirió a los Convenios de Ginebra de 29 de abril de 1958, el 25 de febrero de 1971, formulara una declaración re-

lativa a Gibraltar. Igualmente cuando firma y luego ratifica la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar, hace una Declaración expresa por la que no puede interpretarse que España reconoce cualesquiera derecho o situación relativos a los espacios marítimos de Gibraltar que no estén comprendidos en el art. 10 del Tratado de Utrecht¹.

Para España es una cuestión de soberanía. Es más, cuando España acepta la jurisdicción del Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, hace una Declaración, después de haber ratificado la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar el 4 de diciembre de 1984, excluyendo de la jurisdicción de dicho Tribunal la delimitación de las zonas marítimas, o las relativas a bahías o títulos históricos, pensando exclusivamente en el caso de la Bahía de Algeciras².

Ahora bien, la realidad práctica es que, mientras jurídicamente España reivindica la ausencia de espacios marítimos en Gibraltar, con excepción de

¹ «El Gobierno español, en el momento de proceder a la firma de la presente Convención, declara que este acto no puede ser interpretado como reconocimiento de cualesquiera derechos o situaciones relativas a los espacios marítimos de Gibraltar que no estén comprendidos en el art. 10 del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, entre las Coronas de España y Gran Bretaña». El texto inglés es el siguiente: *«The Spanish Government, upon signing this Convention, declares that this act cannot be interpreted as recognition of any rights or situations relating to the maritime spaces of Gibraltar which are not included in article 10 of the Treaty of Utrecht of 13 July 1713 between the Spanish and British Crowns. The Spanish Government also considers that Resolution III of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea is not applicable in the case of the Colony of Gibraltar, which is undergoing a decolonization process in which only the relevant resolutions adopted by the United Nations General Assembly apply»* (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, p. 3). Por su parte, el Reino Unido hizo la siguiente Declaración: «Con respecto al punto 2 de la declaración hecha al ratificar la Convención por el Gobierno de España, el Gobierno del Reino Unido no tiene ninguna duda acerca de la soberanía del Reino Unido sobre Gibraltar, incluidas sus aguas territoriales. El Gobierno del Reino Unido, como autoridad administradora de Gibraltar, hace extensible la adhesión del Reino Unido al convenio y la ratificación del convenio a Gibraltar. El Gobierno del Reino Unido, por tanto, rechaza el punto 2 de la declaración española por carecer de fundamento». El texto inglés es el siguiente: *«With regard to point 2 of the declaration made upon ratification of the Convention by the Government of Spain, the Government of the United Kingdom has no doubt about the sovereignty of the United Kingdom over Gibraltar, including its territorial waters. The Government of the United Kingdom, as the administering authority of Gibraltar, has extended the United Kingdom's accession to the Convention and ratification of the Agreement to Gibraltar. The Government of the United Kingdom, therefore, rejects as unfounded point 2 of the Spanish declaration»* (http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#UK%20Upon%20acces-sion). Para un análisis de estas Declaraciones, véase RIQUELME CORTADO, R., *España ante la Convención sobre el Derecho del Mar. Las Declaraciones formuladas*, Murcia, Universidad de Murcia, 1990. Igualmente HIERREZUELO CONDE, G., *La postura española en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar con respecto al Mar Territorial*, Enciclopedia Virtual, eumed.net, especialmente cap. II.9, pp. 225 y ss. (<http://www.eumed.net/librios-gratis/2015/1432/i9ndez.htm>).

² Declaración hecha después de la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el 19 de julio de 2002: «El Gobierno de España declara que, de conformidad con lo dispuesto en el párr. 1.a) del art. 298 de la Convención, no acepta los procedimientos previstos en la Sección 2.^a de la Parte XV para la solución de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de los arts. 15, 74 y 83 concernientes a la delimitación de las zonas marítimas o las relativas a bahías o títulos históricos» (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2003). El texto oficial en inglés es el siguiente: *«The Government of Spain declares, pursuant to the provisions of article 298, para. 1(a) of the Convention, that it does not accept the procedures provided for in part XV, section 2, with respect to the settlement of disputes concerning the interpretation or application of articles 15, 74 and 83 relating to sea boundary delimitations, or those involving historic bays or titles»*.

las aguas interiores del Puerto de Gibraltar, el comportamiento español es de tolerancia y de adjudicación de jurisdicción sobre las aguas próximas a Gibraltar, hasta la equidistancia dentro de la Bahía de Algeciras, con el mar territorial español.

España, cuando delimita sus espacios marítimos, no encierra las aguas de la Bahía de Algeciras como aguas interiores y, por tanto, genera mar territorial, pero dirige el tráfico de entrada y salida al Puerto de Algeciras, teniendo en cuenta la mediana imaginaria que separaría las aguas de Gibraltar, acepta que sea fondeadero de buques autorizado por las autoridades del Peñón, admite la entrada y salida de buques con destino o salida a/o de Gibraltar, aunque sean barcos cazatesoros, acepta que haya áreas de pesca controladas por la policía gibraltareña y admite la jurisdicción británica respecto a las acciones a tomar para evitar los daños ambientales, tal como se ha podido comprobar con el caso del New Flame³.

Esto nos permitiría afirmar que hay una cierta esquizofrenia porque, por un lado, España no acepta la proyección de espacios marítimos sobre la Bahía de Algeciras y reivindica que la vigencia del Tratado de Utrecht le favorece en sus reclamaciones de soberanía. Sin embargo, por otro lado, la realidad práctica y, probablemente para evitar males mayores⁴, le hace tener un comportamiento como si aceptara la proyección de ese mar territorial de Gibraltar.

Por otro lado, el Reino Unido sólo reivindica tres millas de mar territorial fuera de la Bahía de Algeciras, hacia oriente, mientras que en la Bahía reivindica hasta la mediana. ¿Por qué no reivindica más mar territorial u otros espacios marítimos?

¿Significa esta esquizofrenia una dejación de derechos o un *modus vivendi* que permita evitar tensiones que pudieran agravar la situación hasta el indeado e ilegal uso de la fuerza?

Por otro lado, hay que considerar que la aplicación del Derecho internacional, teniendo en cuenta exclusivamente la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (que es la teoría «mantra» de los que consideran al Tratado de Utrecht como otro «mantra»⁵), es, sencillamente simplista y el Derecho, especialmente el Derecho internacional, requiere para su interpretación y aplicación de un método sistemático que permita deducir el Derecho aplicable.

Por tanto, me propongo poner de manifiesto las tesis y antítesis planteadas en el marco de los espacios marítimos adyacentes a Gibraltar⁶, en el marco de

³ ZAMORA ROSELLÓ, M. R., *Los incidentes marítimos en el Atlántico Europeo y su influencia en la evolución del derecho de la seguridad marítima*, Madrid, IUEM, 2008. También MAGONE, J. M., *Contemporary Spanish Politics*, Nueva York, 2.^a ed., Routledge, 2009, p. 413.

⁴ Así lo reconoció el Ministro español de Defensa, Sr. García Vargas, en 1992. Véase su declaración en *Spanish Yearbook of International Law*, 1992, p. 174.

⁵ VERDÚ BAEZA, J., «La controversia sobre las aguas de Gibraltar: el mito de la costa seca», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI-1, 2014, pp. 81-123, véase especialmente p. 121.

⁶ Esta controversia ha sido señalado por numerosos autores, entre ellos IZQUIERDO SANZ, C., *Gibraltar en la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 42-46; igualmente ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar*:

su contexto global que permita bien afirmar las posiciones jurídicas que puedan establecerse o bien denunciar las prácticas contrarias a las propias posiciones jurídicas o establecer acuerdos que puedan conformar una síntesis que permita desarrollar una política protectora de todos los intereses en juego.

Soy también consciente que la complejidad del problema abarca igualmente una distinción entre las aguas proyectadas por el Istmo⁷, espacio ocupado de forma ilegal por el Reino Unido y sobre el que España siempre ha sido objector persistente, por lo que el Reino Unido no puede utilizar la doctrina de la prescripción adquisitiva. En este sentido la posición española queda clara al respecto, con la siguiente declaración:

«...España, que cedió Gibraltar en el art. X del Tratado de Utrecht, no ha cedido nunca ninguna parte del Istmo. La instalación británica en el Istmo nunca lo ha sido a título de soberanía y España siempre ha protestado, formal o materialmente, contra esa presencia. Si sus protestas no han tenido efectividad se debe a una pura y simple situación de fuerza que no puede admitirse en Derecho. Dicha presencia británica viene determinada por hechos consumados. Pretender ahora que ninguna distinción se puede establecer entre él y el resto de la colonia es querer asimilar la propiedad adquirida mediante título a una mera anexión ilegal»⁸.

En todo caso, mi reflexión es de carácter general sobre las aguas adyacentes, sin entrar en esta delimitación en la zona del Istmo. Tampoco será objeto de estudio la necesaria cooperación transfronteriza en materia marítima porque este tema plantea numerosas aristas que tienen que ver con el problema de la titularidad⁹. Por tanto, voy a dedicarme al tema de la titularidad jurídica y dejar para otro estudio esa necesidad de cooperar para resolver problemas comunes, de interés para todas las partes implicadas.

1. INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA DESCOLONIZACIÓN EN LA TITULARIDAD DE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS ADYACENTES A GIBRALTAR

Los espacios marítimos adyacentes a Gibraltar no surgen de forma autónoma al problema de la situación de esta colonia. Deben ser analizados en el

un desafío en la Unión Europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, que se ocupa de los límites marinos de la cesión en las pp. 45-55.

⁷ Sobre este tema, véase GONZÁLEZ GARCÍA, I., «Los espacios marítimos del istmo y Peñón de Gibraltar, cuestiones en torno a su delimitación», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (coord.), *Mares y océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 141-170.

⁸ Véase *El Libro Rojo sobre Gibraltar, Documentos sobre Gibraltar presentados a las Cortes Españolas por el Ministro de Asuntos Exteriores*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1967, p. 87.

⁹ Sobre estas cuestiones, los trabajos de investigación han sido mucho más prolíficos y daré cuenta de ello en otro trabajo diferente a éste. No obstante, véase, por ejemplo, VALLE GÁLVEZ, A. del, GONZÁLEZ GARCÍA, I. y VERDÚ BAEZA, J., «Propuestas para un acuerdo práctico sobre las aguas de Gibraltar», en CARDONA LLORENS, J. M., PUEYO LOSA, J., RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. y SOBRINO HEREDIA, J. M. (eds.); AZNAR GÓMEZ, J. M. (coord.), *Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 407-440.

contexto colonial. Por tanto, no pueden entenderse exclusivamente teniendo en cuenta el Derecho del Mar.

Gibraltar no posee una frontera política definida exactamente. El único documento jurídico que reconoce esta posibilidad es el Tratado de Utrecht de 13 de junio de 1713, donde hay una cesión de propiedad a la Corona británica de la ciudad y castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto y fortaleza, sin jurisdicción alguna territorial y sin comunicación alguna abierta con el país circunvecino por parte de tierra¹⁰. No es exactamente un Tratado de Límites pero sí un Tratado de Cesión de un territorio.

La terminología antigua que utiliza y la cláusula de retrocesión, no comparable con los conceptos actuales de soberanía, jurisdicción y reintegración territorial han supuesto históricamente una controversia sobre el territorio.

Sin embargo, la existencia del Derecho intertemporal hace incompatible la adquisición de territorios¹¹ de esta forma tan anómala como fue la cesión forzada, no por derecho de conquista sino por la ocupación de 1703 en nombre de un aspirante al trono español. La Carta de las Naciones Unidas y su doctrina sobre la descolonización han supuesto una nueva regulación jurídica que descarta aspectos como la soberanía británica sobre el territorio (sólo es admisible la Administración temporal del territorio) o la independencia (se apuesta por la integración territorial).

Esta controversia se halla inscrita ante el Comité de Descolonización de la Asamblea General de las Naciones Unidas, llamado el Comité de los Veinticuatro. Y esta controversia sobre el territorio gibraltareño hace que hoy día exista una Potencia administradora del territorio: Reino Unido, y una potencia reclamante: Reino de España.

Esta situación jurídica de la colonia está bastante clara y es pacífica en términos jurídicos. Hay títulos jurídicos que avalan la presencia del Reino Unido en Gibraltar (Tratado de Utrecht) y hay títulos jurídicos que avalan la reclamación española (reintegración territorial por aplicación del Principio de Descolonización, que le reconoce la ONU y el propio Tratado de Utrecht, que España también invoca, donde no cabe más que la retrocesión a España).

No hay que olvidar que la aplicación del principio de descolonización no implica aceptar la voluntad de los habitantes de un territorio, sobre todo si no se trata de un pueblo colonizado. Recordemos la retrocesión que hizo España de Ifni a Marruecos, por el Acuerdo de Fez de 4 de enero de 1969¹², de

¹⁰ MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, *La Cuestión de Gibraltar*, Madrid, 2008, pp. 101-102.

¹¹ GROS ESPIELL, H., «El Derecho Intertemporal y las formas de adquisición del territorio en el Derecho Internacional Contemporáneo», *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1982, núm. 14, p. 147.

¹² MONTORO, G., «La retrocesión de Tarfaya e Ifni», *Espacio, Tiempo y Forma*, S. V. H.^a Contemporánea, t. IV, 1991, pp. 181-190, especialmente p. 189. Véase el documento en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:ETFSerie5-52443BCD-A82D-F222-B004-9FE7EFDD302D/Documento.pdf>. Se habla de retrocesión porque Ifni había sido cedido por Marruecos en el Tratado de Tetuán de 1860. Véase

conformidad con la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas núm. 2428 de 18 de diciembre de 1968¹³.

De esta forma, esta retrocesión contribuyó con esta acción a una interpretación extensiva del citado principio, que asumiría la Asamblea General de las Naciones Unidas desautorizando el referéndum llevado a cabo en Gibraltar¹⁴, confirmándose en el caso de Portugal retrocediendo Goa a India¹⁵, y más recientemente reconfirmándose en el caso Reino Unido a China respecto a Hong-Kong, en 1997¹⁶ y en el caso de Portugal a China, en relación con Macao, en 1999¹⁷.

Estos ejemplos son señalados por Víctor M. Sánchez como ejemplos de retrocesión que pueden servir de ejemplos a los casos de Gibraltar y Malvinas¹⁸.

Los gibraltareños actuales que habitan la colonia, a quienes podríamos llamar gibraltareños del sur, son los descendientes del pueblo colonizador o de las personas autorizadas a instalarse en dicho territorio por las autoridades coloniales¹⁹. Los gibraltareños originarios serían los descendientes de los gibraltareños que en 1713 abandonaron, provisionalmente, la ciudad, asentándose en su Campo, a quienes podríamos llamar gibraltareños del norte. Por tanto, «en Gibraltar no existe un pueblo con unas características políticas, sociales, culturales, religiosas y étnicas propias, sino que se trata, como en otros supuestos de colonialismo británico —piénsese, por ejemplo, en las Malvinas—, de una población importada tras la expulsión de los antiguos moradores de la Roca. No existe, por tanto, un pueblo sometido a la dominación colonial, sino una población establecida en la Roca bajo la cobertura británica»²⁰.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Las pretensiones de Marruecos sobre los territorios españoles en el Norte de África, 1956-2002», en VERDÚ BAEZA, J. (ed.), *España y Marruecos, en el centenario de la Conferencia de Algeciras*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 81-82.

¹³ Este tema sirvió para elaborar la doctrina de Naciones Unidas sobre la descolonización. Véase DE PINIÉS Y RUBIO, J., *La descolonización española en las Naciones Unidas. Guinea Ecuatorial (Fernando Poo y Río Muni), Ifni, Sahara Occidental, Gibraltar y las Naciones Unidas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, especialmente p. 60.

¹⁴ Resolución 2353 (XXII) de 19 de diciembre de 1967.

¹⁵ Aunque Goa fue invadida por India en 1961, Portugal, tras la Revolución de los Claveles, en 1974 aceptó la retroacción de Goa a India.

¹⁶ Véase TSANG, S., *A Modern History of Hong-Kong*, I. B. Nueva York, Tauris, 2007, pp. 228 y ss.

¹⁷ El 20 de diciembre de 1999, China y Portugal firmaron una Declaración por la que se retrotraía Macao a la República Popular de China. Véanse detalles en FERNÁNDEZ LOMMEN, Y., *China: La Construcción de un Estado Moderno*, Madrid, Catarata, 2001, p. 150.

¹⁸ SÁNCHEZ, V. M. (dir.), *Derecho Internacional Público*, Barcelona, 2.ª ed., Huygen Editorial, 2010, p. 211.

¹⁹ El reparto poblacional de los habitantes de Gibraltar, tras el Tratado de Utrecht en 1713 puede consultarse en ÁLVAREZ CAÑAS, M. L., *Corregidores y Alcaldes Mayores: la Administración territorial andaluza en el siglo XVII*, Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2012, p. 56. Esto sirvió de base para aclarar, en Naciones Unidas, cómo la población actual de Gibraltar no era la autóctona. Véase MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, *Negociaciones sobre Gibraltar*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1967, p. 747.

²⁰ ORIHUELA CALATAYUD, E., *España y la delimitación de sus espacios marinos*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989, pp. 30-31.

La Comisión Política Especial y de Descolonización de la Asamblea General de las Naciones Unidas ha tenido numerosísimas ocasiones de recordar la doctrina de las Naciones Unidas en este sentido. Para ello utilizó el preámbulo mismo de las Resolución 2353(XXII) de la Asamblea General que desautoriza el referéndum de Gibraltar cuando dice «que toda situación colonial que destruye total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas» que no es más que un fiel reflejo del contenido de la llamada Carta Magna de la Descolonización [Resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960]²¹.

Si esto es así, ¿se pueden atribuir nuevos espacios para que sean administrados por una Administración Colonial?

Si estamos ante una norma de Derecho imperativo, es decir no derogable por la voluntad de las partes,²² como es la que garantiza la autodeterminación de los pueblos y la descolonización de los territorios sometidos a dominación colonial²³, en la auténtica interpretación que hacen los Estados y los tribunales internacionales, no debería caber la menor duda de que no es posible atribuir más espacios de administración a la potencia colonial porque lo que debe hacer esa potencia colonial es entregar el territorio colonizado e integrarlo territorialmente, en este caso a España.

Esperanza Orihuela considera que hay que diferenciar cuándo es un pueblo sometido a dominación colonial, que sí tendría derecho a los recursos naturales de la colonia, y por tanto a los espacios marítimos, y cuándo es un territorio sometido a dominación colonial, que no lo tendría. Éste sería el caso de Gibraltar²⁴. Ésta es un interesante teoría que necesariamente ha de tenerse en cuenta a la hora del análisis sistemático que pretendo.

Por tanto, en principio, la regla aplicable a los espacios marítimos debe ser la misma que la de los espacios terrestres, que es la devolución, tal como exige el Derecho internacional.

Ahora bien, los espacios marítimos, acorde con una interpretación razonable (aunque siempre caben otras, obviamente), necesitan, por un lado, administración pero, por otro lado, cooperación. Ese es el planteamiento que, en mi opinión, recogía la Resolución III de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuando declaró que:

«b) En el caso de una controversia entre Estados relativa a la soberanía sobre un territorio al que sea aplicable la presente resolución y respecto del cual

²¹ Así fue llamada por Miaja de la Muela por primera vez y así se ha seguido llamando desde entonces. Véase MIAJA DE LA MUELA, A., *La Emancipación de los Pueblos Coloniales y el Derecho Internacional*, Madrid, 2.^a ed., Tecnos, 1968, p. 6.

²² DRNAS DE CLÉMENT, Z., «Las normas imperativas de Derecho Internacional General (IUS COGENS). Dimensión sustancial», *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Argentina, p. 1 (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens>).

²³ DOMESTICI-MET, M. J. et al., *Geopolítica y ayuda humanitaria*, vol. 5, Bilbao, Universidad de Deusto, 1999, nota 64, p. 56.

²⁴ Véase ORIHUELA CALATAYUD, E., *España y la delimitación...*, op. cit., nota 20, pp. 28 y ss.

las Naciones Unidas hayan recomendado determinados medios de solución, las partes en esa controversia celebrarán consultas acerca del ejercicio de los derechos a que hace referencia el apartado *a*). En esas consultas, los intereses del pueblo del territorio de que se trate constituirán una consideración fundamental. Esos derechos se ejercerán teniendo en cuenta las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas y sin perjuicio de la posición de ninguna de las partes en la controversia. Los Estados interesados harán todo lo posible por concertar arreglos provisionales de carácter práctico y no pondrán en peligro ni dificultarán el logro de una solución definitiva de la controversia»²⁵.

España se opuso a esta Resolución III, sobre todo al párrafo segundo de la misma. Igualmente hizo Argentina para dejar claro que las únicas normas aplicables a Malvinas (igual que a Gibraltar) son las pertinentes Resoluciones de la Asamblea General sobre descolonización²⁶. En este sentido, «el que Gibraltar sea calificado como territorio no autónomo hace imposible que Gran Bretaña ejerza los derechos reconocidos en la Convención, y de otro, la existencia de una controversia entre España y el Reino Unido respecto de la soberanía, en relación con la que la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2070 (XX), de 16 de diciembre de 1965, ha invitado a los Estados a negociar, hace depender el ejercicio de estos derechos de un acuerdo entre las partes que no se ha producido»²⁷.

En todo caso, en mi opinión, no era necesario porque puede deducirse claramente del propio texto, que el Derecho aplicable sería el particular en cada caso. La soberanía está clara, porque debe procederse a una retrocesión de Gibraltar a España (y se supone que sin dilación). En el caso de los espacios marítimos debe haber sólo acuerdos de *modus vivendi* para administrar adecuadamente los problemas que se suscitan.

En temas de soberanía, la administración debe ser gestionada por el Estado que tenga atribuida la soberanía. En ningún caso, el Reino Unido tiene atribuida la soberanía, más allá del Tratado de Utrecht, dado que, a estos efectos, el Tratado de Utrecht, hoy, sólo explica y justifica la presencia del Reino Unido como potencia administradora de un territorio colonial. A los efectos de transmisión de soberanía sería un Tratado nulo por ser contrario a una norma de carácter imperativo del Derecho internacional, como es la descolonización de los territorios no autónomos, como es el caso de Gibraltar y para el que la Organización de las Naciones Unidas tiene una doctrina clara, que viene sosteniendo reiteradamente desde 1965²⁸ hasta la actualidad²⁹, manifestando consistentemente en la integración del territorio a España y a la obligación del Reino Unido y de España de negociar de buena fe dicha

²⁵ http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/acta_final_esp.pdf.

²⁶ Véase RIQUELME CORTADO, R., *España ante la Convención de Derecho del Mar*, Murcia, Universidad de Murcia, 1990, pp. 73-74.

²⁷ HIERREZUELO CONDE, G., «La postura española en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar con respecto al Mar Territorial», *Enciclopedia Virtual, eumed.net*, p. 235 (<http://www.eumed.net/librios-gratis/2015/1432/i9ndez.htm>).

²⁸ Resolución AG 2070 (XX), de 16 de diciembre de 1965.

²⁹ Resolución AG 68/523, de 11 de diciembre de 2013.

retrocesión. La situación colonial de Gibraltar es, pues, incompatible con la Resolución 1514(XV) de 1960 y lo que es más preocupante, según se recoge sistemáticamente en las Resoluciones de la Asamblea General, incompatible con los Propósitos y Principios de la Carta de Naciones Unidas³⁰.

Por tanto, el Reino Unido es sólo una Potencia Administradora de un territorio sometido a dominio colonial, que no dispone de un pueblo que tenga que ejercer su derecho de libre determinación y que tendría derecho a los recursos naturales en su beneficio. Por esta sencilla razón, no se le pueden atribuir más espacios, como serían los nuevos espacios marítimos aparecidos desde 1713, fecha del Tratado de Utrecht, e incluso, con posterioridad a las Resoluciones de Naciones Unidas sobre el debido proceso de descolonización por retrocesión e integridad territorial de Gibraltar a España.

2. SITUACIÓN JURÍDICA DEL PUERTO DE GIBRALTAR Y SUS AGUAS INTERIORES

Ante todo es importante señalar que no todas las fuentes procedentes del Derecho del Mar que vinculan a España y al Reino Unido tienen la misma procedencia. En este sector jurídico nos vamos a encontrar con normas estrictamente convencionales, que España y Reino Unido tienen expresamente aceptadas, vía adhesión o ratificación, como el Convenio de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua³¹ y el de Alta Mar³², ambos de 1958, o con principios jurídicos bien reconocidos por la comunidad internacional como el principio de las libertades en alta mar, o normas de Derecho consuetudinario, como las que cristalizaron en la década de los setenta, hoy día vinculantes para España, referentes a la Zona Económica Exclusiva, por la doble vía consuetudinaria y convencional.

España y Reino Unido son partes en la Convención de 1982³³ por lo que el origen de las fuentes jurídicas son claras y sus normas internas tienen que ser conformes e interpretadas en el marco de esta Convención.

En relación a los espacios marítimos adyacentes a Gibraltar, España sí reconoce la existencia de la administración británica sobre las aguas inte-

³⁰ La primera vez que la ONU señala esta cuestión en relación con Gibraltar fue en la Resolución 2353 (XII), de 19 de diciembre de 1967. Incluso la Resolución 2429 (XXIII), de 18 de diciembre de 1968, pide a la Potencia administradora que ponga término a la situación colonial de Gibraltar antes del 1 de octubre de 1969.

³¹ BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1971. Reino Unido entregó el instrumento de ratificación el 14 de marzo de 1960.

³² BOE núm. 309, de 27 de diciembre de 1971. Reino Unido entregó el instrumento de ratificación el 14 de marzo de 1960.

³³ La Unión Europea recomendó a sus Miembros su ratificación, por lo que España, que la tenía firmada desde diciembre de 1984, la ratificó el 16 de enero de 1997, a pesar de las dificultades que para España ha supuesto el derecho de paso en tránsito por los estrechos internacionales y la creación de la Autoridad de los Fondos Marinos. BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997. Reino Unido entrega su instrumento de ratificación el 25 de julio de 1997.

riores del puerto de Gibraltar, aun con sus ampliaciones, tal como ha hecho España en el Puerto de Algeciras y otros lugares³⁴. En efecto, la existencia de un puerto en Gibraltar en 1713, cuando se produce el traspaso y que se hace constar en el Tratado de Utrecht lleva a la conclusión de que el Reino Unido, administrador actual de lo cedido en Utrecht, tiene competencias para administrar ese espacio marítimo de las aguas interiores de su puerto.

Aquí sí serían de aplicación las normas del Derecho del Mar relativas a este espacio (aguas interiores), por cierto no sólo las previstas en la Convención de Montego Bay, como ya he mencionado, y espacio no existente tampoco en 1713.

De acuerdo con el actual Derecho del Mar, cuya aplicación en relación con este espacio de aguas interiores del puerto de Gibraltar, ninguna de las Partes discute, las instalaciones portuarias se considerarán incluidas dentro de las aguas interiores, por tanto, la masa de agua que está comprendida entre la boca del puerto o la instalación permanente más alejada de la costa, hasta la propia costa, dispone igualmente de una línea de base recta que permite considerar dicha masa de agua como aguas interiores. De hecho la Ley española actualmente vigente señala en su art. 8 que: «...Las aguas interiores



³⁴ El Puerto de Algeciras se llama actualmente Puerto de la Bahía de Algeciras e incorpora al Puerto de La Línea y al Puerto de Tarifa, bajo la Autoridad Portuaria del Puerto de Algeciras. Para conocer sus dimensiones, extensiones, tráfico marítimo, servicios, etc., véase la última Memoria publicada de 2013 (<http://www.apba.es/apba/MAnual2013/esp/memoria-anual13/HTML/index.html#353/z>).

marítimas incluyen las de los puertos...»³⁵. Por ello, como dice Tarik Atmane «el estatus jurídico de las aguas de la Bahía de Algeciras no está claro, aunque por lo menos hay que reconocer las aguas interiores del puerto de Algeciras y, en su caso, las del Puerto de Gibraltar»³⁶.

Esto implica derechos (aunque también obligaciones)³⁷. Por ello, en efecto, España tiene que permitir la navegación hacia puerto o desde el puerto, desde o hasta mar abierto de aquellos buques que arriben o salgan desde el Puerto de Gibraltar.

La norma internacional es la libertad de acceso y de salida hacia o desde un puerto³⁸, norma que fue elevada a la categoría de principio jurídico en la Sentencia Arbitral en el caso *Arabia Saudí c. Arabian American Oil Company*, de 23 de agosto de 1958³⁹. Posteriormente este derecho de paso inocente⁴⁰ a o desde un puerto fue considerado por la propia Corte Internacional de Justicia como una norma consuetudinaria internacional reflejada en el art. 18-1.^º de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁴¹. En realidad este paso inocente a o desde los puertos refleja la superposición de reglas de Derecho internacional que refleja la libertad de acceso a los puertos⁴². Hay, incluso quien habla de un derecho independiente del derecho de paso inocente por el mar territorial de un Estado⁴³.

España, en su Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial (BOE de 8 de enero de 1977), fijó la extensión general de sus aguas territoriales en 12 millas, que se contarán a partir de las líneas de base rectas que haya establecido el Gobierno⁴⁴ o, en caso contrario, por la línea de bajamar escorada.

Por tanto, para el ejercicio de este derecho, aplicable únicamente a los buques mercantes que necesiten atravesar el mar territorial español para

³⁵ Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011.

³⁶ ATMANE, T., *España y Marruecos frente al Derecho del Mar*, La Coruña, NetBiblo, 2007, p. 8.

³⁷ Véase en este sentido, MARTEN, B., *Port State Jurisdiction and the Regulation of International Merchant Shipping*, Heidelberg y otros, Springer International Publishing, 2014.

³⁸ Convenio de Ginebra sobre el Régimen Internacional de los Puertos Marítimos, de 9 de diciembre de 1923. Tanto Reino Unido como España son signatarios de este Convenio.

³⁹ En este sentido, el Tribunal señala expresamente que un «*grand principe de droit international public exige que les ports de mer de chaque Etat soient ouverts aux navires de commerce étrangers, et que leur fermeture n'est admissible que si les intérêts vitaux de l'Etat l'exigent*». Véase al respecto, los comentarios de BASTID, S., «*Le Droit International Public dans la Sentence Arbitrale de'ARAMCO*», *Annuaire Française de Droit International*, vol. VII, 1961, pp. 300-311, especialmente p. 306 (http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1961_num_7_1_1091).

⁴⁰ Véase HAKAPÄÄ, K., «*Innocent passage*», *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. IV, 2012, pp. 209-219.

⁴¹ Caso *Nicaragua c. Estados Unidos*, ICJ, Reports núm. 13, 1986, párr. 214.

⁴² O'CONNELL, D. P. y SHEARER, I., *The International Law of the Sea*, vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 269.

⁴³ YANG, H., *Jurisdiction of the Coastal State over Foreign Merchant Ships in Internal Waters and the Territorial Sea*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2006, p. 151.

⁴⁴ Vuelvo a recordar que España tiene establecidas estas líneas de base rectas en los Decretos 627/1976, de 5 de marzo (BOE de 30 de marzo de 1976), modificado por el Decreto 2510/1977, de 5 de agosto (BOE de 7 de septiembre de 1977), actualmente en vigor.

arribar al puerto de Gibraltar, ejerciendo su derecho de paso inocente, de acuerdo con el art. 25-2 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Estado ribereño (en este caso, España) no podría exigir más que medidas protectoras para su navegación, especialmente en materia medioambiental⁴⁵. En este sentido, se podría perder la inocencia del paso en caso de incumplimiento de este tipo de normas⁴⁶.

El Derecho internacional del Mar permite que el Estado ribereño dicte leyes y reglamentos relativos al paso inocente por el mar territorial, en concreto, para la prevención de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios.

Es más, el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE de 20 de octubre de 2011), en su art. 301, prevé «a efectos de prevenir la realización de actividades ilícitas o el ejercicio de cualquier tráfico prohibido, el Gobierno podrá impedir, restringir o condicionar la navegación de determinada categoría de buques civiles» por su mar territorial.

Pero si esto es en relación con los buques mercantes, el régimen jurídico para los buques de guerra es diferente.

Como regla general, en el Derecho internacional clásico, un Estado no podía prohibir el paso de buques de guerra en su mar territorial y no requería obligatoriamente autorización o notificación previa. Lo que tenía el Estado era el derecho de regular las condiciones de dicho paso, debiendo los submarinos navegar emergidos⁴⁷. El art. 30 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, establece que:

«Cuando un buque de guerra no cumpla las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial y no acate la invitación que se le haga para que los cumpla, el Estado ribereño podrá exigirle que salga inmediatamente del mar territorial»⁴⁸.

De esta forma, como puede comprobarse, esto daría lugar a una variedad enorme de práctica estatal⁴⁹, pero, en todo caso, las normas del Estado cos-

⁴⁵ No es fácil determinar las responsabilidades medioambientales del Estado del puerto, sobre todo cuando están atravesando un mar territorial para llegar a un puerto con aguas interiores de otro Estado. Véase ANDERSON, D., *Port States and Environmental Protection*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p. 342. Igualmente JOHNSON, L. S., *Coastal State Regulation of International Shipping*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 35 y 46.

⁴⁶ ESPALIÚ BERDUD, C., «¿Un derecho de paso “inocente” por el mar territorial de los buques extranjeros que transportan sustancias altamente contaminantes?», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 60, 2008, pp. 147-162. Véase también BOU FRANCH, V., «Freedom of navigation versus pollution by oil from vessels: the point of view of coastal States», en CASADO RAIGÓN, R. (ed.), *L'Europe et la mer, pêche, navigation et environnement marin*, Bruselas, Bruylant, Université de Bruxelles, 2005, pp. 253-288.

⁴⁷ La evolución de estas reglas puede verse en TANAKA, Y., *The International Law of the Sea*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 88 y ss.

⁴⁸ ESPALIÚ BERDUD, C., «La nature juridique du passage inoffensif des navires de guerre étrangers dans la mer territoriale: régime contenu dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et régime existant en marge de la Convention», en CASADO RAIGÓN, R. (ed.), *L'Europe et la mer, pêche, navigation et environnement marin*, Bruselas, Bruylant, Université de Bruxelles, 2005, pp. 379-392.

⁴⁹ AGYEBENG, W. K., «Theory in Search of Practice: The right of Innocent Passage in the Territorial Sea», *Cornell International Law Journal*, 2006, núm. 39, pp. 396-398.

tero no podrían evitar el derecho de paso inocente de los buques de guerra⁵⁰, más que en la medida en que supongan un peligro para la seguridad, el medio ambiente o la navegación⁵¹.

El art. 51 de la reciente Ley Española de Navegación Marítima, de 2014⁵², sólo hace mención a la navegación de estos buques por aguas interiores. Nada dice sobre el mar territorial.

Muchos Estados exigen a determinados tipos de buques autorización previa, notificación previa, prohibición e incluso hay tratados internacionales que requieren formalidades específicas⁵³.

España tiene regulado el paso de buques de guerra por mar territorial español en normas específicas: la Orden 25/1985, de 23 de abril, *del Ministerio de Defensa de 23 de abril de 1985 por la que se aprueban las normas para las escalas de los buques de guerra extranjeros en puertos o fondeaderos españoles y su paso por el mar territorial español en tiempos de paz*⁵⁴. Su art. 11 es claro: «No se requiere autorización especial para el paso de buques de guerra extranjeros por el mar territorial español, en el que están obligados a respetar “el paso inocente”, con arreglo a las normas consuetudinarias del Derecho internacional». Por tanto, no habría que solicitar permiso, ni se requiere notificación previa.

Cuestión diferente es el acceso a los puertos españoles de los buques de guerra extranjeros que tiene una regulación diferente, pero es una cuestión que no nos interesa en este análisis.

Otra cosa sería también el acceso de buques de guerra con carga nuclear o cualquier otro armamento, que deberían regirse, en el caso de buques de guerra británicos u otros de Estados de la OTAN, por los acuerdos normali-

⁵⁰ La práctica de los Estados es muy variada en cuanto a las exigencias de autorización, de notificación, de limitación del número de buques de guerra que pueden simultáneamente utilizar el derecho de paso inocente, de no exigir pero reservarse el derecho de hacerlo, etc. Véase ESPALIÚ BERDUD, C., *Le passage inoffensif des navires de guerre étranger dans la mer territoriale: portée du régime contenu dans la Convention des Nations Unies*, Bruselas, Bruylant, 2006, nota 1.

⁵¹ Para conocer los debates sobre el derecho de paso inocente de los buques de guerra durante la III Conferencia sobre el Derecho del Mar, véase OXMAN, B. H., «Le régime des navires de guerre dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la mer», *Annuaire Français de Droit International*, 1982, pp. 811-850. Más recientemente, véase también ESPALIÚ BERDUD, C. y CASADO RAIGÓN, R., «El paso inocente de los buques de guerra extranjeros por mar territorial; alcance del régimen de la CNUDM», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, 2005, pp. 777-800.

⁵² Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, *BOE* núm. 180, de 25 de julio de 2014.

⁵³ ALONSO MARTÍNEZ, G., *El Derecho de Paso Inocente de los Buques de Guerra a través del Mar Territorial*, TFM del Máster en Derecho Internacional Público, Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 30 (http://eprints.ucm.es/22297/1/TFM-Gustavo_Alonso_Mart%C3%ADnez.pdf).

⁵⁴ Orden 25/1985, de 23 de abril, del Ministerio de Defensa, por la que se aprueban las normas para las escalas de los buques de guerra extranjeros en puertos o fondeaderos españoles y su paso por el mar territorial español en tiempos de paz, *BOE* núm. 115, de 14 de mayo de 1985. Un estudio de esta norma puede verse en DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «Régimen de navegación de los buques de guerra extranjeros por el mar territorial español y de sus escalas en puertos españoles», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 38, 1986, pp. 543-569.

zados de la OTAN, donde no se solicita información⁵⁵. Sin embargo, España presentó una reserva en este Acuerdo por la que indicaba:

- «b) No permitir la escala en puertos españoles a buques que procedan directamente de Gibraltar
- c) No permitir la escala en puertos españoles a los buques que a continuación de su escala en puerto español se dirijan directamente a Gibraltar»⁵⁶.

Como puede observarse no impide directamente las escalas portuarias en Gibraltar sino que castiga a los que las hagan. Es una manera de reafirmar su posición jurídico-política en la materia.

España no ha establecido aguas interiores en la Bahía de Algeciras, más allá de las legalmente correspondientes al Puerto de la Bahía de Algeciras⁵⁷. Ello es así porque el Derecho internacional no le permite establecer un punto de apoyo en Punta Europa (Gibraltar) que sería necesario para cerrar la embocadura de la Bahía como aguas interiores, desde Punta Carnero. Por tanto, a los efectos jurídicos, las aguas de la Bahía que no correspondan con las aguas portuarias, son mar territorial. Y, en el mar territorial, el régimen de la navegación es el que he señalado tanto para los buques mercantes como para los buques de guerra.

La existencia de la controversia de Gibraltar impide a España, también, designar el resto de las aguas de la Bahía de Algeciras (diferentes de las aguas del Puerto) como aguas interiores, aunque nada impediría que lo pudiera hacer, si estuviera de acuerdo en hacerlo por la mediana que exige el Reino Unido, cosa que no quiere (ni debe) hacer España, para no reconocer la gestión de la proyección de las aguas marítimas de Gibraltar, por parte del Reino Unido⁵⁸. Es verdad que el límite máximo establecido en la Convención de 1982 para establecer el mar territorial es de 12 millas⁵⁹, aunque éste no tiene por qué ser fijado en dicha distancia.

Un problema que sí genera enormes controversias es el acceso al puerto de Gibraltar de buques de guerra provistos de armas nucleares o de propulsión nuclear, no tanto por su dimensión de seguridad militar como de seguridad medioambiental.

⁵⁵ OTAN STANAG 1100, Procedimientos para las visitas de buques de la OTAN a puertos de naciones OTAN y NO-OTAN (*Procedure for Visits to NATO and NON-NATO armed forces by Naval Ships of NATO Nations*), implantado en España desde el 1 de julio de 1997.

⁵⁶ GÓMEZ DE OLEA BUSTINZA, P., «Aspectos Internacionales y Proyectos Existentes», *Consideraciones sobre los Estatutos de las Fuerzas Armadas en actividades internacionales*, Cuadernos de Estrategia, Ministerio de Defensa, 1998, núm. 94, p. 60 (dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2782851.pdf).

⁵⁷ El Puerto de la Bahía de Algeciras alcanza no sólo el Puerto de Algeciras, sino también el de La Línea, las instalaciones portuarias de los puertos industriales de Acerinox, Refinería, Pantalán CHS, Endesa Puerto, etc., así como las del Puerto de Tarifa. Véase http://webserver.apba.es/portal/page?_pageid=388,171476&_dad=portal&_schema=PORTAL.

⁵⁸ El Reino Unido ha establecido un franja de tres millas en la parte oriental del Peñón y hasta la mediana de la Bahía de Algeciras, como mar territorial a las que llama aguas gibraltareñas o aguas del Almirantazgo Británico.

⁵⁹ El art. 3 de la Convención establece lo siguiente: «Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas medidas a partir de las líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención».

Ha habido varios casos donde los Estados ribereños han denegado el derecho de paso inocente por el riesgo de contaminación que suponía la presencia de buques de guerra armados o propulsados con energía nuclear, máxime si estaban averiados. Por ejemplo, en el caso de un buque soviético en mar territorial japonés, en 1980, otro, en 1985, de buques chinos en mar territorial surcoreano o de submarinos norteamericanos en Grecia en 1987⁶⁰.

3. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI*

Además de la aplicación clara de las Resoluciones de Naciones Unidas sobre la descolonización de Gibraltar que impiden extender los espacios de dominación colonial, ¿sería posible, acorde con el Derecho internacional general, limitar los derechos para el ejercicio de la soberanía o la jurisdicción en los espacios marítimos?

Si aplicamos el principio jurídico *lex specialis derogat legi generali*⁶¹ se podría afirmar que una norma convencional previa e incluso posterior a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar podría modificar los efectos jurídicos de este texto convencional. Ello es así porque «entre los tratados que son iguales [...] se debe dar preferencia a aquel que es más específico y con enfoques más próximos al objeto que se tiene por delante. Las disposiciones especiales son normalmente más eficaces que las generales»⁶².

En efecto, «una regla en particular puede ser considerada como una aplicación de la regla general en una circunstancia dada. Es decir, puede dar instrucciones sobre lo que una regla general requiere en el caso que nos ocupa. Por otra parte, una regla en particular puede ser concebida como una excepción a la regla general. En este caso, la excepción particular deroga la norma general. La máxima *lex specialis derogat legi generalis* es tratada como una norma de conflicto»⁶³.

En materia del Derecho del Mar, la norma general es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, bien en su dimensión conven-

⁶⁰ Todos ellos citados por GÓMEZ DE OLEA BUSTINZA, P., *op. cit.*, nota 56, pp. 72-73.

⁶¹ Junto a los principios jurídicos *lex superior derogat legi inferiori* y *lex posterior derogat legi priori*, forman criterios para la solución de antinomias jurídicas. Véase PRIETO SANCHÍS, L., «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», en *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, núm. 11, p. 10.

⁶² Texto original: «*Among agreements which are equal [...] that should be given preference which is most specific and approaches most nearly to the subject in hand, for special provisions are ordinarily more effective than those that are general*», en GROTIUS, H., *De Jure Belli Ac Pacis*, bk II, sect. XXIX.

⁶³ Texto original: «*A particular rule may be considered an application of the general rule in a given circumstance. That is to say, it may give instructions on what a general rule requires in the case at hand. Alternatively, particular rule may be conceived as an exception to the general rule. In this case, the particular derogates from the general rule. The maxim *lex specialis derogate lex generalis* is usually dealt with as a conflict rule. However, it need not be limited to conflict*», en KOSKENNIELI, M., *Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of 'Self Contained Regimes*, UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 and Add.1 (2004), at 4.

cional, bien en su proyección consuetudinaria. Ahora bien, hay que tener en cuenta todos los elementos sistémicos.

La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de febrero de 1969 en relación con la Plataforma Continental del Mar del Norte deja claro un aspecto que me interesa destacar en relación con la Bahía de Algeciras. El método de la equidistancia (que reivindica Reino Unido en la Bahía de Algeciras) no es obligatorio para las partes, la delimitación debe hacerse teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes y los principios o métodos aplicables a los límites adyacentes marítimos son distintos según los casos⁶⁴. Al respecto, el Prof. Héctor Cuadra Moreno considera «a propósito de una pretendida regla de equidistancia en la delimitación de la plataforma continental, el juez toma en consideración las proclamaciones de los gobiernos y los trabajos de las comisiones (especialmente de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU) y concluye que, lejos de derivar de un principio inherente, es la racionalización *a posteriori* de soluciones juzgadas oportunas»⁶⁵.

La norma especial lo sería el propio Tratado de Utrecht, que uno de sus firmantes, España, interpreta en el sentido que el Derecho internacional permite a los Estados limitar derechos o competencias, de acuerdo con las normas de interpretación recogidas en el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Por tanto, se puede interpretar que el texto del art. X del Tratado de Utrecht deja clara la voluntad de las partes:

«Para evitar cualesquiera abusos y fraudes en la introducción de las mercaderías, quiere el Rey Católico, y supone que así se ha de entender, que la dicha propiedad se ceda a la Gran Bretaña sin jurisdicción alguna territorial y sin comunicación alguna abierta con el país circunvecino por parte de tierra. Y como la comunicación por mar con la costa de España no puede estar abierta y segura en todos los tiempos, y de aquí puede resultar que los soldados de la guarnición de Gibraltar y los vecinos de aquella ciudad se vean reducidos a grandes angustias, siendo la mente del Rey Católico sólo impedir, como queda dicho más arriba, la introducción fraudulenta de mercaderías por la vía de tierra, se ha acordado que en estos casos se pueda comprar a dinero de contado en tierra de España circunvecina la provisión y demás cosas necesarias para el uso de las tropas del presidio, de los vecinos y de las naves surtas en el puerto.

Pero si se aprehendieran algunas mercaderías introducidas por Gibraltar, ya para permuta de víveres o ya para otro fin, se adjudicarían al fisco, y presentada queja de esta contravención del presente Tratado serán castigados severamente los culpados»⁶⁶.

La expresión «sin jurisdicción alguna territorial»⁶⁷ es en la que se funda España para impedir la proyección de espacios marítimos que sean administrados por la Potencia Administradora de Gibraltar.

⁶⁴ CIJ, Rec., 1969.

⁶⁵ CUADRA MORENO, H., «La contribución de la jurisprudencia de la Corte Internacional al Derecho Internacional», *Revista Mexicana de Derecho Comparado*, vol. 15, 1972, pp. 443-444.

⁶⁶ Art. X del Tratado de Utrecht de 13 de julio de 1713.

⁶⁷ En los otros dos textos auténticos de la redacción del Tratado se indica: en latín: «*sine iurisdictione quapiam territoriali*»; en inglés: «*without any territorial jurisdiction*».

Pero, además, el mismo art. X está señalando el límite a las aguas interiores del puerto, sin mayor jurisdicción marítima con las siguientes palabras que pueden leerse en el mismo, cuando se exige que no «se dé entrada ni acogida a las naves de guerra moras en el puerto de aquella Ciudad, con lo que se puede cortar la comunicación de España a Ceuta, o ser infestadas las costas españolas por el corso de los moros. Y como hay tratados de amistad, libertad y frecuencia de comercio entre los ingleses y algunas regiones de la costa de África, ha de entenderse siempre que no se puede negar la entrada en el puerto de Gibraltar a los moros y sus naves que sólo vienen a comerciar».

Es decir, el Tratado de Utrecht mismo está señalando no sólo la expresión «sin jurisdicción alguna», sino que únicamente reconoce el *ius communicationis* marítimo de forma muy limitada a la entrada y salida del Puerto de Gibraltar para naves comerciales, no para naves de guerra y con el único objetivo de comerciar. Es decir, entrada y salida del Puerto.

Tal como reconoció la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas, siguiendo las reglas de interpretación del Derecho de los Tratados,

«La primera obligación de un tribunal al que incumbe interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado es tratar de darles efecto conforme a su sentido natural y corriente en el contexto en que aparecen. Si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye su significado natural y corriente tienen sentido en su contexto no hay que investigar más. Por el contrario, si las palabras, cuando se les atribuye su significación natural y ordinario, son equívocas o conducen a resultados irracionales, es entonces —solamente entonces— cuando la Corte debe buscar, a través de otros métodos, lo que en realidad tenían en mente»⁶⁸.

Es más, si tenemos en cuenta el contexto sistémico del Tratado en el sentido de que la interpretación del texto es compatible con las obligaciones asumidas⁶⁹, donde España acepta forzadamente la cesión de Gibraltar, como imposición, su voluntad de no otorgar más espacios que los que menciona expresamente, es evidente. A esto se le llama *ocassio legis*, es decir, «aquella situación concreta que fue la causa eficiente de la aprobación del tratado»⁷⁰.

De cualquier manera, estando claro el texto «sin jurisdicción alguna», que no admite interpretación, más allá del sentido de sus propias palabras, no cabría otro tipo de interpretación, puesto que la textual es la que tiene primacía⁷¹. Otra cosa diferente sería qué habría que interpretar por «jurisdicción», pero, sea cual sea el contenido que queramos darle a esta expresión

⁶⁸ Caso *Ambatielos*, 1952, p. 8. Esta idea fue reforzada por la propia Corte Internacional de Justicia en sus sentencias del Asunto del Templo de Preah Vihear, Excepciones Preliminares, 1961, p. 32 y del Asunto de las plataformas petrolíferas. Excepción Preliminar, 1996, p. 818.

⁶⁹ McLACHLAN, C., «The principle of systemic interpretation and article 31 (3c) of the Vienna Convention», *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, núm. 54, p. 290.

⁷⁰ NOVAK TALAVERA, F., «Los Criterios para la Interpretación de los Tratados», *Themis, Revista de Derecho*, 2013, núm. 63, p. 84.

⁷¹ VILLIGER, M., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leyden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 436.

jurídica, podemos acudir a la propia Corte Internacional de Justicia cuando, en el Asunto de la Plataforma Continental del Mar Egeo, precisa que «es difícilmente concebible que se intentara dar a expresiones como “jurisdicción doméstica” y “estatuto territorial” un contenido invariable cualquiera fuera la evolución subsiguiente del Derecho internacional»⁷².

Por tanto, «sin jurisdicción alguna» puede suponer claramente una exclusión de cualesquiera derechos y competencias fuera de los espacios cedidos. Esto es así por las ya mencionadas reglas de interpretación de un Tratado Internacional y por la existencia de un principio aplicable a dicha interpretación que es de sentido común, *Ubi Lex Distinguit, Nec Nostrum Est Distinguere* (donde no distingue el legislador, no debe distinguir el intérprete)⁷³.

Nadie puede interpretar que con los términos «sin jurisdicción alguna» se refiere exclusivamente a los espacios terrestres porque no se diferencia. Es verdad que no había espacios marítimos en 1713, tal como los conocemos hoy pero la voluntad de los negociadores españoles era clara: no dar más de lo que se entregaba en Utrecht y ello por cesión forzosa. Por tanto, intentar hacer una interpretación contraria al principio jurídico señalado y a las reglas de interpretación es, cuando menos, inconsistente⁷⁴.

Claro que los Tratados de la época no incorporaban los espacios marítimos pero ni siquiera en el propio Tratado de Utrecht, en la cesión de Menorca, señala los mismos límites que a Gibraltar, ni señala las preocupaciones de España en relación con el contrabando y con la seguridad marítima. Por tanto, «sin jurisdicción alguna» expresa la voluntad jurídica de ceder lo mínimo posible, aquello que era imprescindible a los objetivos del Tratado de Utrecht. Por ello, no comarto el análisis, en mi opinión poco fundado en Derecho, basándose en documentos o doctrinas que nada aportan a la aplicación del Derecho. El Prof. Verdú nos recuerda la existencia de «un principio bien asentado por el Derecho internacional y reconocido por el Tribunal (*sic*) Internacional de Justicia que los derechos soberanos de los Estados deben ponderarse y modularse de acuerdo con los principios y criterios existentes en el Derecho internacional, no aceptándose declaraciones unilaterales si no son conformes con las reglas y principios del Derecho internacional...»⁷⁵. Exacto, salvo que las declaraciones unilaterales constituyan normas de Derecho, como pueden ser aquellas declaraciones interpretativas de los tratados, aceptadas por las Partes o por los tribunales de justicia⁷⁶ o declaraciones unilaterales capaces de crear obligaciones jurídicas⁷⁷.

⁷² Asunto de la Plataforma Continental del Mar Egeo, *Reports*, 1978, p. 32.

⁷³ BUSTAMANTE BUSTAMANTE, N., *Locuciones Latinas en Materia Jurídica*, Bloomington, Palibrio, 2012, p. 413.

⁷⁴ No comarto el análisis del Prof. VERDÚ en este sentido. Véase VERDÚ BAEZA, J., *La controversia sobre las aguas de Gibraltar...*, *op. cit.*, nota 5.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 109.

⁷⁶ RIQUELME CORTADO, R., *Reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena - Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Murcia, Universidad de Murcia, 2004, pp. 33 y ss.

⁷⁷ Véanse los Principios Rectores aplicables a las Declaraciones Unilaterales de los Estados capaces de crear Obligaciones Jurídicas, Texto aprobado por la CDI en su 58.º periodo de sesiones, en 2006. Véase Doc. A/61/10 de la Asamblea General.

Esta misma interpretación es la que permite que el Tratado de París de 9 de febrero de 1920, al que España se adhirió el 2 de noviembre de 1925⁷⁸, permita que, aun reconociendo la soberanía noruega sobre el archipiélago Svalbard o Spitzberg, se limite el derecho soberano de jurisdicción en lo que la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar llamaría cincuenta años más tarde la Zona Económica Exclusiva o Plataforma Continental para que las Partes Contratantes, entre ellas España, ejercieran en igualdad de condiciones la posibilidad de extracción de recursos naturales, incluyendo la pesca y la minería aunque Noruega pueda imponer medidas de conservación⁷⁹. De hecho, hoy día se considera esa ZEE como fundamental para la flota bacaladera española.

Noruega ha intentado, en alguna ocasión, argumentar la existencia del nuevo Derecho del Mar pero la realidad es que el Tratado está vigente e incluso se van adhiriendo al mismo más Estados⁸⁰.

Por tanto, la existencia de una norma convencional previa o posterior podría limitar la soberanía, la jurisdicción y el ejercicio de competencias o cualquier derecho propio reconocido en una norma de carácter general.

De esta forma, si interpretamos que, de acuerdo con el tenor literal del Tratado de Utrecht, España no transfiere competencias en ningún espacio fuera de los cedidos, incluyendo, por tanto, los espacios marítimos, además de la existencia de normas imperativas, como ya he dicho antes, puede exigir la aplicación de normas especiales frente a la posible aplicación de las normas generales.

Esto no quiere decir que Gibraltar carezca de proyección marítima sino que esas aguas son de soberanía española, por no haber sido transferidas ni cedidas por el Tratado de Utrecht y estar incursas en el derecho de integración territorial del proceso descolonizador que preconiza Naciones Unidas para el territorio de Gibraltar, por lo que no puede deducirse derecho alguno para que sean administradas por el Reino Unido.

Otra cosa es, como ya he dicho anteriormente, que las consecuencias del ejercicio de derechos pueda resultar incompatible con otras normas del Derecho internacional, como las que regulan la obligación del arreglo pacífico de controversias, por lo que España está obligada a utilizar medios pacíficos, lo que le impide el uso de la fuerza. Pero esto en ningún momento supone dejación del Derecho, sino, al contrario, legitimidad con el mismo.

En relación con la aplicación del Tratado de Utrecht, que ya hemos dicho que ambas Partes aceptan como vigente para justificar la presencia adminis-

⁷⁸ *Gaceta de Madrid*, 13 de abril de 1929.

⁷⁹ De hecho, Noruega estableció una Zona de Protección Pesquera a través del Decreto de 3 de junio de 1977. Véase <http://www.magrama.gob.es/es/pesca/temas/planes-de-gestion-y-recuperacion-de-especies/tratadoparis.aspx>.

⁸⁰ Corea, por ejemplo, lo hizo el 7 de septiembre de 2012 (*BOE* núm. 31, de 5 de febrero de 2013); Países Bajos hizo una extensión territorial de aplicación del Tratado el 10 de octubre de 2010 (*BOE* núm. 105, de 2 de mayo de 2012).

tradora del Reino Unido en el territorio, hay una curiosa, por interesante, teoría que formula el Prof. Alejandro del Valle y a la que quizás no se le ha prestado suficiente atención.

El Prof. del Valle parte del principio de que en Utrecht se cede la ciudad (junto al puerto y fortaleza) pero no la montaña calpense. De esta forma el Prof. del Valle sugiere lo siguiente:

«En realidad una hipótesis admisible es que durante las negociaciones de Utrecht se acordara la cesión sólo del territorio intramuros de la Plaza: la Ciudad más el Castillo (con los complementarios puerto, defensas y fortaleza), pero ningún territorio fuera de las murallas. A diferencia del art. XI referido a Menorca —que habla de la isla y de lugares en la isla— en el art. X no hay referencias a cesión de elementos naturales o de defensa natural de la península gibraltarena, sino a edificaciones humanas. Si esto es así, entonces supondría que en el Tratado de Utrecht no se cedió la montaña completa, en particular la parte de levante o cara este de la montaña, donde, sencillamente, no había fortificación ni población alguna»⁸¹.

Las consecuencias de esta reinterpretación estarían relacionadas con el tema de las aguas adyacentes, ya que se podría reformular la doctrina de la costa seca «apoyándose en la no cesión de la montaña completa, ni de la cara este del Peñón, por lo que en realidad la base jurídica del no reconocimiento de aguas a Gibraltar no sería estrictamente la costa seca, sino la españolidad de la tierra que es proyectada en sus aguas hacia el este de la montaña»⁸².

El mismo autor reconoce la dificultad de esta nueva reinterpretación del Tratado de Utrecht porque aquí sí que podría oponerse la doctrina de la prescripción adquisitiva⁸³.

4. LA DOCTRINA DE LA «COSTA SECA»

Es verdad que existe un principio en Derecho internacional que señala que «el territorio domina el mar» para determinar que todo espacio territorial costero es, por principio, el que proyecta sus competencias sobre el mar⁸⁴.

Ahora bien, en efecto es un principio, que podría ser rebatido por una norma de carácter imperativo, por otro principio, por una norma convencio-

⁸¹ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «España y la Cuestión de Gibraltar a los 300 años del Tratado de Utrecht», *ARI*, Real Instituto Elcano, 2013, núm. 23, p. 9.

⁸² *Ibid.*, p. 12.

⁸³ En relación con la prescripción adquisitiva en Derecho internacional, véase BRUNO BOLOGNA, A., «Los derechos de Inglaterra sobre las islas Malvinas: prescripción», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. IV, 1983, núm. 4, pp. 775-783.

⁸⁴ Este principio ha sido confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el «Asunto Relativo a la Delimitación de la Plataforma Continental del Mar del Norte (*Reports*, 1969, p. 51, párr. 96); «Asunto Relativo a la Delimitación de la Plataforma Continental del Mar Egeo» (*Reports*, 1978, p. 36, párr. 86); Asunto Relativo a la Delimitación Marítima entre Qatar y Berhein (*Reports*, 2011, p. 97, párr. 185-8); Asunto Relativo a la Diferencia Territorial y Marina entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (*Reports*, 2007, párrs. 113-114).

nal o, incluso, por la práctica internacional. En esta colisión de normas, la imperativa sería preferente y habría que estudiar la norma mejor aplicable, en el caso de colisión con normas convencionales o generales.

España argumenta, como hemos visto, que los espacios marítimos adyacentes a Gibraltar no fueron cedidos en el Tratado de Utrecht, a excepción de las aguas interiores de su puerto. De hecho, hay documentación probada de que se permitiría a los habitantes de Gibraltar venir por mar a España, a comprar mercaderías⁸⁵. Por tanto, se les estaba haciendo una concesión personal que no territorial.

En este sentido, la Nota Verbal 1515/11, de 12 de julio de 2007, señala la titularidad de las aguas adyacentes al Peñón como espacios marinos de soberanía española. Textualmente dice «...cabe recordar que España no reconoce la soberanía o jurisdicción británica sobre otros espacios que los expresamente cedidos en el Artículo X del Tratado de Utrecht. Es decir, “la ciudad y castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto, defensa y fortaleza que le pertenecen”. Por tanto, el Peñón no genera espacios marinos y los espacios adyacentes a la costa gibraltareña son espacios sometidos a la soberanía y jurisdicción de España»⁸⁶.

Si oponemos la doctrina de la costa seca⁸⁷ llamada también costa estéril, al principio del «territorio domina el mar», la delimitación marítima española debe establecerse a los efectos del ejercicio de su soberanía, en la orilla de la bajamar más pronunciada. Por tanto, Gibraltar, como territorio no autónomo, administrado por el Reino Unido de acuerdo con el territorio cedido en Utrecht, no puede proyectar sus competencias en estos espacios marítimos.

Nweihed Kaldone considera que «La “costa seca”, la costa que no engendra mar territorial, puede darse, pero a título excepcional y en forma convencional»⁸⁸. Por tanto, no la niega aunque sólo la afirma a título excepcional y en forma convencional.

María Querol, por su parte señala que

«el caso del San Juan pone en evidencia que el sistema de delimitación de la costa seca no se condice con el contenido de este derecho al uso equitativo y razonable. Mal puede un Estado determinado utilizar las aguas de un sistema hídrico del que es parte naturalmente, si no tiene acceso a sus aguas en virtud de una disposición convencional. Esta dicotomía entre la regla consuetudinaria del

⁸⁵ BALLESTEROS, Á., *Los contenciosos de la política exterior de España*, Ceuta, Instituto de Estudios Ceuties, 2005, p. 30.

⁸⁶ MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN, *La Cuestión de Gibraltar...*, *op. cit.*, nota 10, p. 14. Esta idea fue reiterada en la Respuesta Parlamentaria del Gobierno Español núm. 39.640 de 21 de diciembre de 2012 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 246, de 27 de marzo de 2013).

⁸⁷ En inglés, «dry shore» (Sentencia Arbitral en el Caso del Beagle, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXI/53-264.pdf, párr. 98, p. 140); en alemán «trockene Küste» (<http://dankenflex.com/kategorien/verschiedenes/thesis-fagalde.php>); en holandés «droge kust» (<http://kennisdoel.com/categories/onderwijs/thesis-fagalde.php>); en danés «tør kyst» (<http://clippel.com/kategorie/miscellany/speciale-fagalde.php>).

⁸⁸ KALDONE, G. N., *Frontera y Límite en su Marco Mundial: una Aproximación a la «fronterología»*, Caracas, Universidad Simón Bolívar, 1992, p. 48.

derecho al uso equitativo y razonable de las aguas por un lado, y la norma convencional que establece el sistema de delimitación de la costa seca ha originado una controversia entre Costa Rica y Nicaragua»⁸⁹.

Pedro Nikken señala que nada impide que los Estados «puedan establecer entre ellos cualquier tipo de delimitación, inclusive uno tan anormal como el de la “costa seca”»⁹⁰. Otros autores reconocen igualmente esta doctrina de la costa seca, como propuesta de solución para los problemas del Río de La Plata⁹¹ o para comprender uno de los problemas de delimitación de la costa entre Colombia y Venezuela⁹².

Otros autores, como el Prof. Jesús Verdú incluso la consideran como un mito⁹³. Supongo que con la expresión mito se refiere a la cuarta acepción de la palabra mito en el diccionario de la RAE⁹⁴. Si esto es así, el Prof. Verdú no duda de la existencia de la doctrina de la costa seca, de lo que duda es de su aplicación al caso de Gibraltar. Ello debe ser por su apego a una única fuente, como serían los actos forzados a los que se ha visto abocada España, cuando esa no es ni la única fuente, ni siquiera la fuente en la que habría que basar la aplicación de esta doctrina al caso de Gibraltar, porque, en efecto, para poder modificar el principio general de que el territorio domina el mar, hay que basarse en normas convencionales o en la práctica seguida por los Estados en el caso concreto.

Es verdad que la actitud española ha sido en algunos momentos equívoca. El Real Decreto español de 10 de diciembre de 1876, calificado por José Luis Azcárraga como *desafortunado*⁹⁵, hablaba de las aguas *llamadas inglesas* en Gibraltar, aunque a los *únicos efectos* de la persecución del contrabando «las comprendidas al Oeste, entre la falda del Peñón y la línea recta que partiendo de Punta Mala en dirección a Sierra Bullones, pasa a dos millas de Punta Europa, y al Sur y Este una extensión de tres millas contadas desde la playa en todas direcciones». Tengo que señalar de nuevo la expresión «a los únicos efectos de la persecución del contrabando».

No es menos verdad que este Real Decreto está hoy día derogado, de forma expresa, por el Decreto 2671 del Ministerio de Obras Públicas de 19 de

⁸⁹ QUEROL, M., *Estudio sobre los Convenios y Acuerdos de Cooperación entre los Países de América Latina y el Caribe, en relación con sistema hidráticos y cuerpos de agua transfronterizo*, Santiago de Chile, CEPAL, Naciones Unidas, Serie Recursos naturales e infraestructuras, 2003, núm. 64, p. 58.

⁹⁰ NIKKEN, P., *La «costa seca» favorece a Colombia*, Bogotá, Colombia, Ministerio de Información y Turismo, 180, p. 11.

⁹¹ Véase, por ejemplo, MILIA, J. G., *Geopolítica de Límites y Fronteras de la Argentina*, Buenos Aires, Dunken, 2015, pp. 142-143.

⁹² AREA, L. y STOCKHAUSEN, E. DE, *El Golfo de Venezuela: documentación y cronología*, vol. 3, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 243, 307 y 436.

⁹³ VERDÚ, J., *op. cit.*, nota 5. Véase su propio título.

⁹⁴ Persona o cosa a las que se atribuyen cualidades o excelencias que no tienen o bien una realidad de la que carecen.

⁹⁵ AZCÁRAGA BUSTAMANTE, J. L., «Las aguas españolas de Gibraltar (La Bahía de Algeciras a la luz del Derecho Internacional)», SELA SAMIL (Libro Homenaje al Prof.), *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado*, Universidad de Oviedo, 1970, p. 618.

octubre de 1967⁹⁶. Sin embargo, este nuevo Decreto lo que hace es confirmar un poco más la distribución jurisdiccional de las aguas de la Bahía. En efecto, dicho Decreto de 1967 determina la competencia territorial de la Junta de Obras y Servicios del Puerto de Algeciras con un trazado que responde a una delimitación equidistante prácticamente, respetando la zona que hasta el propio Derrotero de Costas español llama Fondeadero de los buques de guerra ingleses y Fondeadero prohibido⁹⁷.

Un dato más sería la Orden de la Presidencia del Gobierno de 11 de abril de 1967 (*BOE* de 12 de abril de 1967) que estableció las prohibiciones de sobrevuelo en ciertas zonas de la Bahía de Algeciras⁹⁸, coincidentes también con la línea divisoria media de dichas aguas⁹⁹. Igualmente sucede con respecto al sector oriental del Peñón.

De hecho, la policía gibraltareña, con la ayuda británica guarda sus costas y establece sus reglas, no sólo respecto al tránsito marítimo o a los aspectos de seguridad, sino incluso en lo referente a sus recursos pesqueros¹⁰⁰.

Sin embargo, esto podría referirse a la administración de las aguas no a su titularidad. En relación con la titularidad la consistencia de la actitud de España ha sido inequívoca, apelando, entre otros fundamentos, a la teoría de la costa seca.

Es indiferente si fue el régimen franquista el que «comenzó a esgrimir la teoría de la costa seca»¹⁰¹. Fue muy posterior cuando el Reino Unido empezó a reclamar espacios marítimos adyacentes a Gibraltar, más allá de las propias

⁹⁶ *BOE* núm. 271, de 13 de noviembre de 1967.

⁹⁷ Este Derrotero señala expresamente lo siguiente: «*Fondeadero de los buques de guerra*. Los buques de guerra ingleses fondean al S. de una línea que se extiende 6,6 cables en dirección 270i a partir de un punto situado a 1,7 cables al 173i de la luz del extremo N. del rompeolas.

El tenedero es bueno, mejor hacia fuera que hacia dentro, y no se debe fondear marcando el muelle de puerto Rosia a menos de 120i. Un buen sitio es en 45 metros a unos 3 cables al W. de la luz del muelle Sur, enfilando el ángulo NW del dique Norte con el extremo N. del rompeolas, que demorará al 012i y la torre de las oficinas de los diques entre los depósitos de carbón del muelle Sur.

Fondeadero prohibido. Está prohibido fondear en una zona que se extiende 1,1 millas al W. de la Aeropista, y a corta distancia a cada lado de ella, estando en las cartas señalados los límites de esta zona. Tres boyas cónicas, pintadas a cuadros blancos y azules, se encuentran fondeadas muy juntas, en el N. del fondeadero prohibido, a unos 2, cables al N. de la cabeza del malecón marcado con la letra E, del dique Norte». Véase *Derrotero de las Costas del Mediterráneo*, núm. 3, t. I, del Instituto Hidrográfico de la Marina, 1982, pp. 58 y 59.

⁹⁸ Estas prohibiciones no están hoy día en vigor. Las áreas prohibidas de sobrevuelo se encuentran en la Orden de 15 de marzo de 1985 (*BOE* de 1 de abril de 1985).

⁹⁹ Esta línea divisoria media y las de prohibición de sobrevuelo pueden contemplarse en O'REILLY, J. G., *Gibraltar: Spanish and United Kingdom Claims Territory*, Briefing núm. 4, Reino Unido, International Boundaries Research Unit, University of Durham, 1992, o también en el *Briefing On the Occasion of the International Seminar On Boundary and territorial Issues in the Mediterranean Basin in an Age of Geopolitical Change*, International Boundaries Research Unit, Foundation for International Studies, University of Malta, University of Durham, September 24th - 26th 1992.

¹⁰⁰ Recientemente un tribunal gibraltareño ha considerado culpables de pescar ilegalmente en aguas gibraltareñas a cuatro marineros españoles, a los que les impuso una multa de 100 libras esterlinas a cada uno de ellos. Contrastar esta información en *Europa Sur*, 18 de mayo de 1996, p. 12.

¹⁰¹ VERDÚ BAEZA, J., *La controversia sobre las aguas de Gibraltar...*, *op. cit.*, nota 5, p. 110.

aguas interiores del Puerto de Gibraltar. De hecho, las «British Gibraltar Territorial Waters» son establecidas en 1987.

También es indiferente si se ejercen o no los derechos de soberanía en los espacios que se reclaman porque hay una evidente mala fe por parte de una Potencia colonial, considerándose lo que ya no es: soberana territorial, que impide el ejercicio del derecho. Hay una ocupación que debe cesar, por imperativo de Naciones Unidas, en la que el Reino Unido y España tienen que limitarse a negociar las fórmulas del rescate de la administración.

Por tanto, el hecho de que España no ejerza su derecho¹⁰² por imposibilidad «militar o policial» y para no tener que recurrir al uso de la fuerza, plantea su reclamación en el marco que le es posible, en el marco del Derecho. ¿Es imaginable qué ocurriría si España utilizara la fuerza para reclamar sus derechos? Fue el caso de Malvinas, de tan fausto recuerdo. La recuperación de un derecho no justifica el uso de la fuerza pero la imposibilidad del ejercicio de un derecho tampoco invalida el mismo.

Un Tribunal Arbitral como fue el que sentenció con su Laudo el conflicto del Beagle, entre Chile y Argentina¹⁰³, estudió superficialmente la doctrina de la costa seca y consideró que su aplicación al caso no era aceptable¹⁰⁴. Sin embargo, sí señaló que la doctrina de la costa seca podría aplicarse si mediaban normas convencionales que destruyeran el principio de que el territorio domina el mar, es decir, cabe el apoyo jurídico a esta doctrina, aunque no fuera aplicable al caso concreto que enjuiciaba el Tribunal Arbitral.

En la sentencia arbitral del Caso del Beagle se habla de «*dry and sterile shore*». El Tribunal Arbitral, por tanto, considera que, en algunos casos dados, esta teoría puede ser controvertida, es decir, no establece su inexistencia sino su inaplicabilidad al caso¹⁰⁵.

Andrea Oelsner, en una perspectiva muy política, incluso simplona, la explica, en relación al Caso del Beagle, de la siguiente manera:

*«The thesis of the “dry shore” for Argentina had long been demanded by some nationalistic sectors in Santiago, which understood that according to the 1881 Treaty “Argentine” sovereignty, in strict reality, goes only as far as to touch the Beagle Channel but not beyond; the Channel, its waters and its islands are Chilean in all their extensiveness»*¹⁰⁶.

¹⁰² La Prof.^a González García critica esta inconsistencia española en relación con la práctica en la administración de las aguas adyacentes pero debería indicar cuál sería la alternativa. Véase GONZÁLEZ GARCÍA, I., «La Bahía de Algeciras y las aguas españolas», en DEL VALLE GÁLVEZ, A. y GONZÁLEZ GARCÍA, I. (eds.), *Gibraltar, 300 años*, Universidad de Cádiz, 2004, p. 226.

¹⁰³ Laudo Arbitral de 2 de mayo de 1977 (http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXI/53-264.pdf).

¹⁰⁴ Las palabras exactas que pronunció el Tribunal Arbitral en el párr. 107 del Laudo Arbitral al respecto fueron: «*The Court considers it as amounting to an overriding general principle of law that, in absence of express provision to the contrary, an attribution of territory must ipso facto carry with it the waters appurtenant to the territory attributed*».

¹⁰⁵ http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXI/53-264.pdf, párr. 98, p. 140.

¹⁰⁶ A. OELSNER, *International Relations in Latin American: Peace and Security in the Southern Cone*, Nueva York y Londres, Routledge, 2005 (<https://books.google.be/books?id=UexTAQAAQBAJ&pg=PT138>

Por su parte, Rafael Escobar Santibáñez considera que «no puede estarse o desestimarse, considerarse errónea o inconveniente una tesis que no existe como tal, ya que no se trata de deducciones más o menos ajustadas a la configuración geográfica regional, a las profundidades de la sonda o a divisorias de océanos, etc., como las demás tesis argentinas sobre el Beagle, sino simplemente de una interpretación literal de lo que expresa un documento internacional principal, el Tratado de Límites de 1881, interpretación que tiene la novedad de haber sido en su tiempo una primicia: ver lo que otros ojos no vieron [...] si la soberanía argentina llega solamente, en estricta realidad, de acuerdo con las disposiciones del Tratado, hasta tocar en el canal Beagle y no va más allá el canal, sus aguas y sus islas, son chilenas en toda su amplitud»¹⁰⁷.

El Prof. Álvarez señala también «y no se diga que hay anomalía en la doctrina que consagra el dominio de Chile sobre el canal Beagle por la circunstancia de encontrarse éste deslindante a dos países, puesto que, según los principios generales del Derecho internacional, cuando dos Estados delimitan en esa forma, el canal debe ser común; pues esta regla no tiene aplicación cuando, como en el presente caso, existe convención expresa sobre el particular, o uno de dichos Estados tiene a su favor la posesión inmemorial»¹⁰⁸.

Por tanto, soy consciente de la controversia que ha despertado esta doctrina entre los internacionalistas pero igualmente soy consciente de que la misma ha servido para la delimitación de algunas fronteras y, sobre todo, la ha confirmado la Corte Internacional de Justicia, como una doctrina plenamente compatible con el Derecho internacional.

Un caso paradigmático ha sido llevado a cabo por el propio Reino Unido. Éste había ejercido autoridad y jurisdicción sobre una zona de «costa seca» en la Ocupación de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. Durante más de 27 km de costa, en la ría de Lübeck. El capitán de navío Ángel Liberal lo cuenta así:

«El mismo concepto de “costa seca” lo aplicaron los militares británicos y los soviéticos a lo largo de unos 27 km como frontera de sus respectivas Zonas de Ocupación (militares) de Alemania a partir de 1945, en el interior de la ría de Lübeck. La entrada de esta ría —que desemboca en el Báltico— junto con toda la orilla occidental, los primeros 6,4 km de la orilla oriental y toda la superficie del mar, pertenecientes a Schleswig-Holstein, quedaron en manos británicas. Los 27 km restantes de la orilla oriental, de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, quedaron en manos soviéticas, sin jurisdicción alguna sobre el agua que bañaba la costa. Como vemos, la interpretación británica del principio de que «la tierra domina al mar» se modifica según varíen los intereses del Reino Unido y le permita su fuerza militar.

¹⁰⁷ &lpg=PT138&dq=%22dry+shore%22+thesis&source=bl&ots=f4j0hFOr4V&sig=WWCtWALPcQ0ekcV_dB
YzwLvV90s&hl=es&sa=X&ei=FuwvmVciPH8fgavSJgJAN&ved=0CB8Q6AEwAA#v=onepage&q&f=false).

¹⁰⁸ ESCOBAR SANTIBÁÑEZ, R., *Los derechos de Chile en el Beagle*, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1969, p. 76.

¹⁰⁸ Citado por *ibid.*, p. 77.

Esta “costa seca”, años después, pasó a ser la frontera entre los dos Estados alemanes independientes y entre las dos Alianzas militares de las que formaban parte; a lo largo de ella se instalaron dispositivos como los del Muro de Berlín: alambradas, campos de minas, ametralladoras, perros, torretas de vigilancia, etc.»¹⁰⁹.

Otro caso existente donde se aplica la teoría de la costa seca sería el de la Bahía de Cocinetas, entre Venezuela y Colombia, donde hay que recordar que el territorio colombiano llega hasta la orilla del mar y todas las aguas de la Bahía y la costa adyacente es venezolana. El Acta de Castilletes de 29 de abril de 1900, establecido por la Comisión Mixta Colombo-Venezolana, fijó las líneas de común acuerdo, en virtud del Tratado de 30 de diciembre de 1898¹¹⁰.



En relación con el Golfo de Venezuela¹¹¹ hay más divergencias pero igualmente la doctrina de la costa seca está presente¹¹². El Instituto de Estudios

¹⁰⁹ LIBERAL, Á., «Gibraltar y su “costa seca”», *Ideal de Granada*, 3 de octubre de 2014.

¹¹⁰ Esto fue declarado válido y en vigor por el Laudo Arbitral del Consejo Federal Suizo de 24 de marzo de 1922, en cuyo art. 2.º se señala que «cada Parte podrá proceder a la ocupación definitiva de los territorios deslindados por los linderos naturales indicados por la Corona de España en su sentencia del 16 de marzo de 1891, y también por los linderos artificiales fijados de común acuerdo en 1900-1901, por la Comisión Mixta colombo-venezolana instituida en virtud del Pacto-Convención del 30 de diciembre de 1898».

¹¹¹ Para un análisis del conflicto, véase OLAVARRÍA DE TEZANOS PINTO, J., *El Golfo de Venezuela es de Venezuela*, Caracas, Armitano, 1988. También URDANETA, A., *Problemas Fronterizos Colombo-Venezolanos*, marzo de 2009 (<http://www.monografias.com/trabajos-pdf2/problemas-fronterizos-colombo-venezolanos/problemas-fronterizos-colombo-venezolanos.pdf>). Igualmente VEGA AGUIRRE, A. M., *Ánalisis del Diferendo Jurídico y Político entre Colombia y Venezuela con Respecto al Dominio sobre el Golfo de Coquivacoa/de Venezuela y sus Límites Marítimos 1952-2010*, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Relaciones Internacionales, 2012 (<http://repository.urosario.edu.co/> (Véase nota 112 en página siguiente)

Fronterizos de Venezuela (IDEFV), en una nota publicada el 21 de abril de 2009, señala al Dr. Pedro José Lara Peña como el precursor de la teoría de la costa seca para el Golfo de Venezuela¹¹³. En este sentido, señala que Lara Peña «adoptó la tesis de costa seca para Colombia entre Castilletes y Punta Espada, de forma similar a la que ya existe desde el hito 3, hasta el hito 4 (morro de las Calaveras), o sea, la costa de la laguna de Cocinetas entre ambos puntos [...]. Por nuestra parte, el Instituto (IDEFV), sostiene que Colombia no posee ni un milímetro de costas en la Guajira más acá del mogote de los Frailes más próximo a Juyachí, que es el inicio de la frontera fijada por el Laudo de Madrid de 1891, el cual fue completamente desestimado en su Sección Primera por la Comisión Mixta demarcadora en 1900. Todo lo que allí se adoptó es nulo de toda nulidad, por lo que ambos países tienen la obligación de replantear esta Sección, en su totalidad (hasta el cerro Pintado), de acuerdo con el Laudo»¹¹⁴.

En realidad, Lara Peña llama a la tesis de la costa seca «Tesis de Condicionamiento Judicial del Título»¹¹⁵. Esta tesis no ha sido adoptada formalmente por el Gobierno venezolano¹¹⁶. Sin embargo, sí hay numerosos actos de origen interno que la avalan y, además, las tesis colombianas, para apoyar su reivindicación sobre parte de las aguas del Golfo de Venezuela, sí consideran que el archipiélago venezolano de las Islas Monjes no proyectan espacios marítimos y se trata de un enclave venezolano en aguas colombianas¹¹⁷, es decir, aplican la doctrina de la costa seca. Sin embargo, el archipiélago Los Monjes, en realidad son rocas o islotes, no islas y, por tanto, no generarían zona económica exclusiva pero sí mar territorial, acorde con la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹¹⁸.

En este sentido, Enrique Gaviria Liévano reconoce que hay voces oficiales venezolanas que reivindican la doctrina de la costa seca para su aplicación en el Golfo de Venezuela¹¹⁹. En este sentido no habría que olvidar que el Decreto venezolano de 16 de septiembre de 1939, en su art. 2 señala que:

bitstream/handle/10336/4131/1018424510-2012.pdf?sequence=3 y JURIS, K. y PEREIRA, M., *La Política Exterior de Colombia y Venezuela frente a la Delimitación de Fronteras Marinas y Submarinas en el Golfo de Coquibacoa*, Cartagena de Indias, Tesis de Grado Corporación Universitaria Rafael Núñez, 2007.

¹¹² Otras soluciones pueden verse en MUÑOZ MIRANDA, L. H. y VÁZQUEZ PATERNINA, E. A., *La Mediación de UNASUR como Alternativa Jurídico-Política para la Solución del Diferendo Limítrofe Colombo-Venezolano por el Golfo de Coquibacoa/Venezuela*, Cartagena de Indias, Universidad de Cartagena, 2014.

¹¹³ Al respecto, véase LARA PEÑA, P. J., *Las tesis excluyentes de la soberanía colombiana en el Golfo de Venezuela*, Caracas, Ex-Libris, 1988. Véase también LARA PEÑA, P. J., *El Golfo de Venezuela*, Caracas, O. Ascanio Editores, 1998.

¹¹⁴ <http://institutodeestudiosfronterizos1.blogspot.com.es/2009/04/dr-pedro-jose-lara-peña-el-golfo-de.html>.

¹¹⁵ Carta de Pedro José Lara Peña al Ministro de Defensa venezolano, José Vicente Rangel, el 20 de marzo de 2001 (http://institutodeestudiosfronterizos1.blogspot.com.es/2009/04/dr-pedro-jose-lara-peña-el-golfo-de_21.html), p. 4.

¹¹⁶ <http://rafael.bervin.over-blog.es/article-diferendo-limítrofe-del-golfo-de-venezuela-39512900.html>.

¹¹⁷ *Ibid.*

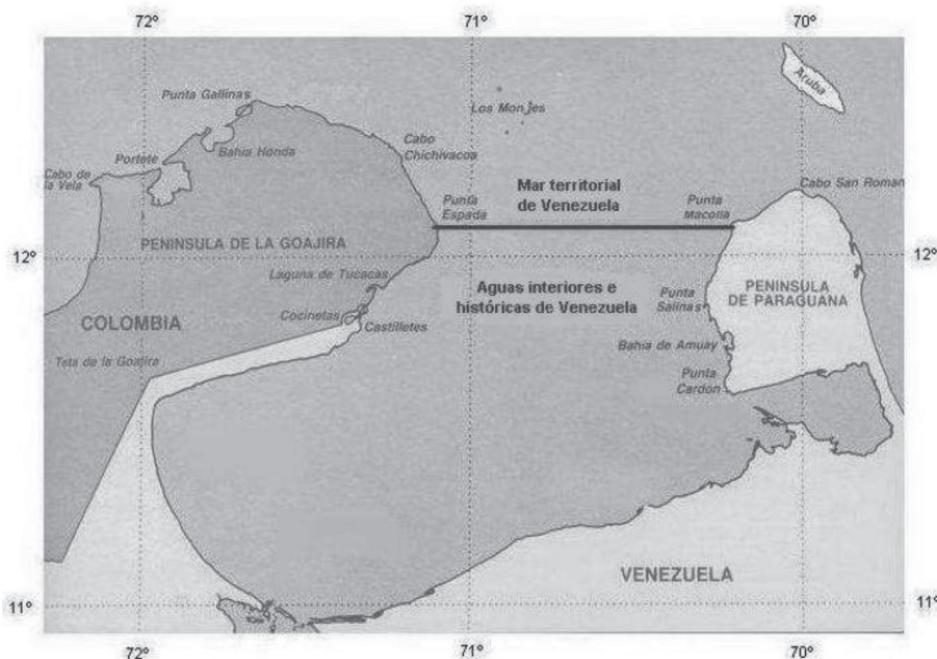
¹¹⁸ Véase este reconocimiento también en MONROY CABRA, M., *El Diferendo Colombo-Venezolano*, Bogotá, Editorial Oveja Negra, 1987, p. 89.

¹¹⁹ GAVIRIA LIEVANO, E., *Derecho Internacional Público*, Bogotá, Temis, 1988, p. 234.

«En las bahías, golfos y senos sujetos a la exclusiva jurisdicción de la República, las aguas territoriales son el espacio marítimo que se extiende cinco kilómetros y 556 metros (tres millas náuticas) hacia el mar, medidos desde una línea recta trazada a través de la apertura».

Igualmente, la Nota de Protesta de la cancillería venezolana de 17 de junio de 1940 consideraría al Golfo de Venezuela como un «golfo histórico y sus aguas como nacionales»¹²⁰. Obviamente hay quien considera también que «la tesis de la costa seca es una tontería, que no se le ocurre a nadie sensato y jamás se la oí a ningún dirigente venezolano serio»¹²¹.

Podríamos pensar que no son más que opiniones jurídicas, sin embargo, como reconoce Héctor Cuadra Moreno «la doctrina constituye una fuente preciosa, pero subsidiaria del Derecho internacional. La doctrina es considerada, según este artículo (se refiere al art. 38 del Estatuto de la CIJ) como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho. Y así, la Corte funda su concepción de la nacionalidad, entre (otras) fuentes, en la «opinión de los autores» (Sentencia del 6 de abril de 1955, en el caso *Nottebohm*; Opi-



¹²⁰ RUANO MONTENEGRO, R., *El Golfo de Venezuela. Aspectos Geopolíticos y Jurídicos (periodo 1922-1980)*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2011, p. 20 (<http://es.slideshare.net/geoeco2/el-golfo-de-venezuela-aspectos-geopoliticos-y-juridicos-periodo-19221980>).

¹²¹ ZALAMEA, A., *Catálogo de Errores: La Crisis Colombo-Venezolana*, Bogotá, Editorial Oveja Negra, 1987, p. 45.

nión del 21 de junio de 1971 en el caso de Namibia»¹²². Al fin y al cabo es la forma de ir constituyendo la *opinio iuris* que es un elemento importantísimo en la conformación de las normas jurídicas internacionales¹²³.

Otro caso útil para el análisis de la doctrina de la costa seca es el de las islas Likoma y Chizumulu, dentro del Lago Malawi, que están completamente rodeadas de aguas de Mozambique, aunque la parte terrestre pertenezca a Malawi¹²⁴.

En este mismo lago, Malawi reivindica la soberanía sobre todas las aguas de la parte del lago que hace frontera con Tanzania, exigiendo la aplicación de la doctrina de la costa seca para Tanzania¹²⁵. Los informes jurídicos, incluyendo uno de la antigua Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, Rosalyn Higgins¹²⁶, parecen todos ellos favorables a las tesis de Malawi, asentadas en un tratado internacional¹²⁷ que le otorga estos espacios lacustres. Chris Mahony & Otros consideran también que «*The legality of the Lake dispute clearly supports Malawi*»¹²⁸. Cuando el Reino Unido unió la actual Tanzania (la antigua Tanganika alemana) a la Corona Británica, otorgó la administración al territorio de Nyasaland (actual Malawi) sin intervención alguna del territorio de Tanganika (actual Tanzania). Según James Mayall, durante los Informes Anuales Británicos desde 1924 hasta 1932 siempre se refirieron a la línea media de la frontera del lago¹²⁹. Sin embargo, desde 1935 los informes británicos se referían siempre, incluyendo los mapas, a la frontera a lo largo de la costa¹³⁰.

¹²² CUADRA MORENO, H., «La contribución de la jurisprudencia de la Corte Internacional al Derecho Internacional», *Revista Mexicana de Derecho Comparado*, vol. 15, 1972, pp. 447-448.

¹²³ TOLEDO TAPIA, F. E., «La *opinio iuris* como elemento psicológico de la costumbre», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17, 1990, pp. 483-508.

¹²⁴ La base de esta situación se encuentra en los tratados internacionales celebrados por Gran Bretaña y Portugal, potencias coloniales precedentes de ambos Estados, a finales del siglo XIX y que, en base el principio del *utatis possidetis iuris* han aplicado los nuevos Estados. Véase DEPARTMENT OF STATE, *Malawi-Mozambique Boundary*, International Boundary Study, núm. 112, Washington, Bureau of Intelligence and Research, 1971, p. 4.

¹²⁵ Las partes han llegado al acuerdo de someter esta disputa territorial a la Corte Internacional de Justicia (<http://www.tvcnews.tv/?q=article/malawi-tanzania-agree-icj-over-lake-dispute>).

¹²⁶ «While the boundary between Malawi and Tanzania is Lake Nyasa [Malawi and] is a complicated issue, and not without its difficulties, I feel that the legal claims of Malawi to all of Lake Nyasa, and the submerged lands there under, is considerably the better claim». Véase <http://mabvutojobani.com/2013/07/20/uk-top-judge-backed-malawi-in-lake-dispute/>.

¹²⁷ Anglo-German Treaty (Heligoland-Zanzibar Treaty), July 1, 1890 (http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/606_Anglo-German%20Treaty_110.pdf). Un estudio histórico sobre este Tratado puede verse en NILER PYEATT, D., *Heligoland and the Making of the Anglo-German Colonial Agreement in 1890*, Texas Tech University, 1988 (<http://repositories.ttu.edu/bitstream/handle/2346/12379/31295000269471.pdf?sequence=1>).

¹²⁸ Véase MAHONY, C. et al., *Where Politics Borders Law: The Malawi-Tanzania Boundary Dispute*, Working paper núm. 21 del New Zealand Center for Human Rights Law, Policy and Practice, February 2014, p. 16 (<https://cdn.auckland.ac.nz/assets/humanrights/Research/MalawiTanzania-NZCHRLPP-final.pdf>).

¹²⁹ MAYALL, J., «The Malawi-Tanzania Boundary Dispute», *The Journal of Modern African Studies*, vol. 11, 1973, núm. 4, p. 624.

¹³⁰ MAHONY, C. et al., *op. cit.*, nota 128, p. 3.

Recientemente Tanzania ha rehuido del reconocimiento del Tratado Heligoland de 1890 que hasta ahora también aceptaba¹³¹. Quizás, considerando sus posiciones débiles, ha optado por esta nueva estrategia.



Sin embargo, lo que apoya definitivamente la autoridad de la aplicación de la doctrina de la costa seca son los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia quien ha tenido la oportunidad de analizar esta doctrina y decidir sobre su aplicación en dos casos: el caso de Costa Rica contra Nicaragua¹³² y el caso de Chile contra Perú¹³³.

En el caso de Costa Rica contra Nicaragua, en el Río San Juan, ambas Partes aceptan la existencia de un Tratado Internacional¹³⁴ que reconoce la

¹³¹ LALBAHADUR, A., «Malawi vs. Tanzania vs. SADC: Regional Dispute Resolution Bites the Dust», *South Africa Institute of International Affairs*, 13 August 2013 (<http://www.saiia.org.za>).

¹³² Sentencia CIJ, caso *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, de 13 de julio de 2009.

¹³³ Sentencia CIJ, caso *Maritime Dispute (Perú v. Chile)*, de 27 de enero de 2014.

¹³⁴ El Tratado de Límites Jerez Cañas de 15 de abril de 1858.

soberanía de la masa de agua del Río San Juan a Nicaragua, aunque otorga también limitaciones a esa soberanía en el sentido de que ofrece el Derecho de navegación y de pesca de subsistencia a Costa Rica¹³⁵. Por tanto, el límite entre ambos Estados está en la orilla del Río San Juan que linda con Costa Rica. Es pura aplicación de la doctrina de la costa seca.

La Corte Internacional de Justicia señala textualmente que

«los gobiernos de Costa Rica y Nicaragua llegaron a un acuerdo el 15 de abril de 1858 mediante un Tratado de Límites, el cual fue ratificado por Costa Rica el 16 de abril de 1858 y por Nicaragua el 26 de abril de 1858. El Tratado de Límites de 1858 fijó el trazado de la frontera entre Costa Rica y Nicaragua desde el océano Pacífico hasta el mar Caribe. De acuerdo con la frontera entonces trazada, el Distrito de Nicoya se encontraba en el territorio de Costa Rica. Entre un punto tres millas inglesas del Castillo Viejo y el mar Caribe, el Tratado fijó la frontera a lo largo de la margen derecha del río San Juan. Establecía el dominio y jurisdicción soberanos de Nicaragua sobre las aguas del río San Juan, pero al mismo tiempo afirmaba los derechos de navegación de Costa Rica “con objetos de comercio” en la parte baja del curso del río»¹³⁶.

En realidad Costa Rica no objetaba la titularidad jurídica nicaragüense de las aguas del río San Juan, en su conjunto, incluyendo las aguas que bañaban sus propias costas. Objetaba los límites impuestos por Nicaragua al Derecho de navegación costarricense.

COSTA RICA - NICARAGUA



PUNTOS DE REFERENCIA

- | | | |
|----------------------------------|--|-------------------------|
| 1. Punta Castilla. | 3. Castillo Viejo | 5. Río Sapoá |
| 2. Marge del río San Juan | 4. 2 millas del Lago de Nicaragua | 6. Bahía Salinas |

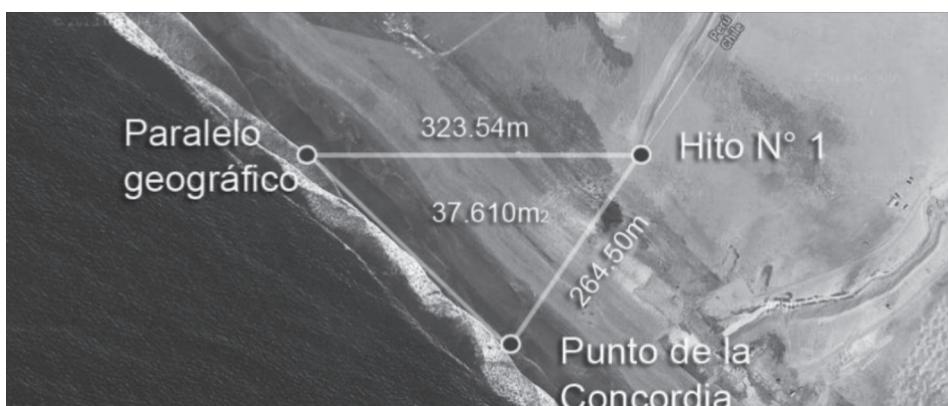
¹³⁵ El Tratado reconoce el «dominio y sumo imperio» nicaragüense sobre todo el río San Juan. Y concede, en un tramo del río de 140 km «derechos perpetuos» de libre navegación con objeto de comercio. Véase Sentencia CIJ caso *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, de 13 de julio de 2009, párr. 43, que reproduce el art. VI del Tratado.

¹³⁶ Una traducción oficial de la sentencia se puede obtener en ACDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131/ISSN: 2145-4493, vol. 3, 2010, pp. 7-411, párr. 19.

En el caso de Chile contra Perú, la Corte Internacional de Justicia adjudicó los espacios marítimos de una franja costera, perteneciente a Perú, entre Punta Concordia¹³⁷ y el Paralelo Geográfico del Hito núm. 1¹³⁸, a 264,50 metros hacia dentro de tierra, aceptado por las partes como punto de delimitación marítima. Tiene una longitud de casi 300 metros y se le otorga a Chile, dejando esa parte del territorio peruano sin acceso al mar, que desde la orilla pertenece a Chile¹³⁹.

Entre Punta Concordia y el punto en que se produce una intersección entre el paralelo geográfico y la orilla del mar, trazado desde el Hito núm. 1, se produce una «costa seca», de 323 metros, cuyas aguas son chilenas y cuya tierra es peruana.

Chile ha argumentado ante la Corte Internacional de Justicia que la frontera chileno-peruana estaba en el Hito núm. 1, a pesar de la existencia del Tratado de Lima de 1929, exigiendo que el límite marítimo comience en el Hito núm. 1, en base al Convenio Especial sobre Zona Marítima de 4 de diciembre de 1954¹⁴⁰, que establecía los límites marítimos. El Tratado de Lima de 1929 establecía claramente los límites terrestre¹⁴¹ y ello ha sido mencionado de forma expresa por la Corte Internacional de Justicia. Igualmente,



¹³⁷ El Tratado entre Chile y Perú de 3 de junio de 1929, conocido como Tratado de Lima, determina que el punto fronterizo terrestre entre ambos Estados es Punta Concordia. Véase en http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/0_1389,SCID%253D15754%2526ISID%253D563%2526PRT%253D15747%2526JNID%253D12,00.html.

¹³⁸ Dado que en Punta Concordia no podía establecer un Faro, Hito o Poste, se puso 270 metros hacia adentro.

¹³⁹ Sentencia CIJ caso *Maritime Dispute (Perú c. Chile)*, de 27 de enero de 2014, párr. 176. Un interesante análisis al respecto puede verse en CONROY, H. W., «El punto Concordia y el inicio de la frontera marítima entre el Perú y Chile», *Agenda Internacional*, vol. 21, 2014, núm. 32, pp. 51-78.

¹⁴⁰ Véase el texto en http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/0_1389,SCID%253D15766%2526ISID%253D563%2526PRT%253D15747%2526JNID%253D12,00.html.

¹⁴¹ Art. 2 del Tratado de Lima de 1929: «La línea divisoria entre dichas dos partes (Tacna-Arica) y en consecuencia la frontera de los territorios del Perú y Chile partirá de un punto en la costa que se denominará Concordia, distante 10 km al norte del puente del río Lluta para seguir hacia el oriente...».

Punta Concordia fue señalada por la Comisión Demarcadora de Límites de 1929-1930 como frontera terrestre.

Por tanto, es difícil argumentar que la doctrina de la costa seca no existe porque hay evidencias empíricas de su aplicación y una rica práctica, a pesar de su excepcionalidad.

5. CONCLUSIONES

1. El Derecho internacional sobre descolonización impide que se puedan atribuir espacios para su administración a las potencias coloniales, sobre todo si Naciones Unidas, garante del ejercicio de este derecho, toma la decisión de considerar que un territorio sometido a dominación colonial debe integrarse al territorio circunvecino de otro Estado porque la población no puede decidir el destino del territorio, por no ser la legítima titular del derecho de autodeterminación.

2. España y el Reino Unido reconocen la vigencia del Tratado de Utrecht a los efectos de legitimar la presencia del Reino Unido en la ocupación de Gibraltar. Por ello, le corresponde, hasta tanto se proceda a su reintegración, la administración colonial del puerto de Gibraltar. Este puerto dispone, como todos los puertos, de aguas interiores, de espacio jurídico-marítimo que le reconoce el actual Derecho del Mar. Para ello, España debe facilitar el acceso y la salida de los buques con destino o con procedencia hacia o desde Gibraltar, aunque esto suponga atravesar su mar territorial. Tal como le reconoce el Derecho internacional del Mar, el ejercicio del derecho de paso inocente tiene los límites establecidos en los reglamentos de prevención medioambiental, seguridad nacional, ejercicio de control del contrabando, etc. En cuanto a los buques de guerra u otros buques de Estado podrán ejercer el derecho de paso inocente siempre y cuando no supongan un peligro para el Estado cuyo mar territorial estén atravesando.

3. El Derecho internacional del Mar no es el único *corpus iuris* aplicable a las aguas marítimas adyacentes a Gibraltar. Este derecho puede ser modificado por un derecho excluyente como la norma imperativa sobre descolonización, por un derecho preexistente o por un derecho convencional especial que limite los derechos del Estado costero. Nada impide que existan tratados internacionales que limiten e incluso impidan el ejercicio del Derecho del Mar. El Tratado de Utrecht es una norma especial que deroga la norma general. Por tanto, aplicado al caso de las aguas marítimas adyacentes a Gibraltar, está limitando el ejercicio del actual Derecho del Mar por parte del Reino Unido exclusivamente a las aguas interiores del puerto de Gibraltar y al derecho de acceso y salida de los buques desde o hacia su puerto, a través del mar territorial español.

4. El principio general mediante el cual «el territorio domina el mar» puede ser derogado por un tratado internacional o por el ejercicio de la práctica de los Estados. En estos casos, la doctrina de la costa seca es plenamente

aplicable si existen normas convencionales, como existen en el caso de Gibraltar. Hay práctica de los Estados al respecto e incluso pronunciamientos judiciales de la Corte Internacional de Justicia que lo avalan.

RESUMEN

LA CONTROVERSIAS SOBRE LA TITULARIDAD JURÍDICO-INTERNACIONAL DE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS ADYACENTES A GIBRALTAR

Este estudio tiene por objetivo identificar el Derecho aplicable en relación a la titularidad de las aguas marinas adyacentes a Gibraltar. Para ello el autor tiene en cuenta cuatro elementos: la situación colonial específica, donde la Organización de las Naciones Unidas viene señalando, de forma ininterrumpida la necesidad de establecer negociaciones entre la Potencia Administradora (Reino Unido) y España para proceder a la reintegración territorial de Gibraltar a España, teniendo en cuenta los intereses y aspiraciones legítimos acordes con el Derecho internacional de la población de Gibraltar. Igualmente analiza la cesión del puerto de Gibraltar al Reino Unido, quien en la actualidad lo administra, incluyendo sus aguas interiores. También se analiza la aplicación del principio *lex specialis derogat legi generali*, considerando el Tratado de Utrecht como *lex specialis* y al Derecho del Mar como *lex generalis*, así como la aplicación de teoría de la «costa seca» al caso concreto de Gibraltar.

Palabras clave: Bahía de Algeciras, Gibraltar, costa seca, colonización.

ABSTRACT

THE CONTROVERSY SURROUNDING THE SOVEREIGN TITLE OF GIBRALTAR'S ADJACENT MARINE WATERS IN INTERNATIONAL LAW

This study seeks to identify the applicable law relating to the sovereign title of Gibraltar's adjacent marine waters. To this end, the author considers four elements. The first element relates to the specific colonial situation where the United Nations have been continuously outlining the need for negotiations between the Administrator Power (UK) and Spain to proceed to the reintegration of Gibraltar into the Spanish territory, taking into account the interests and legitimate aspirations of the population of Gibraltar which are consistent with International Law. It also analyzes the cessions of the port of Gibraltar to the UK, which currently manages the port and its internal waters. The principle of *lex specialis derogat legi generali* is also analyzed, where the Treaty of Utrecht is considered as *lex specialis* and the Law of the Sea as *lex generalis* and, finally, the application of the «dry shore» theory to the specific case of Gibraltar.

Keywords: Bay of Algeciras, Gibraltar, «dry shore», colonization.

RÉSUMÉ

LA CONTROVERSE SUR LA SOUVERAINETÉ EN DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES MARITIMES ADJACENTS À GIBRALTAR

Cette étude vise à identifier le droit applicable en matière de souveraineté des eaux marines adjacentes à Gibraltar. A cette fin, l'auteur considère quatre éléments. En premier lieu, la situation coloniale spécifique, au regard de laquelle les Nations Unies ont toujours

souligné la nécessité de négociations entre la Puissance administrant (le Royaume-Uni) et l'Espagne en vue de procéder à la réintégration territoriale de Gibraltar à l'Espagne, en tenant compte des intérêts et des aspirations légitimes, conformément au droit international, de la population de Gibraltar. L'étude analyse également la cession du port de Gibraltar au Royaume-Uni, qui le gère actuellement, y compris ses eaux intérieures. Sont également analysés le principe *lex specialis derogat legi generali*, en tenant en compte le fait que la *lex specialis* est le Traité d'Utrecht et la *lex generalis* le droit de la mer, ainsi que l'application de la théorie de la «côte sèche» au cas de Gibraltar.

Mots-clés: Baie d'Algésiras, Gibraltar, côte sèche, colonisation.





LA EJECUCIÓN SIN EXEQUÁTUR. REFLEXIONES SOBRE EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS, CAPÍTULO III

Marta REQUEJO ISIDRO

Senior Research Fellow
Max Planck Institute Luxemburgo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONSECUENCIAS INMEDIATAS DE LA SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR.—2.1. Antes de la ejecución.—2.2. Aplicación de medidas cautelares.—3. EJECUCIÓN EN EL REGLAMENTO: CLAVES.—3.1. El certificado.—3.1.1. Pieza central del sistema.—3.1.2. El diseño del modelo: crítica.—3.1.3. El relativo valor del documento.—3.2. La adaptación de las medidas desconocidas.—3.2.1. «Adaptar».—3.2.2. ¿Adaptar sin exequártur?—3.3. Denegación de la ejecución.—3.3.1. Procedimiento. Delegación en el legislador nacional.—3.3.2. Motivos.—4. LA NECESIDAD DE NUEVOS EQUILÍBRIOS Y REPARTOS.—4.1. Ejecutante, ejecutado: a quién beneficia el sistema.—4.2. Sobre el rol de transición del exequártur.—4.3. Oposición a la ejecución por motivos atinentes al fondo del asunto.—5. INTEGRACIÓN. INTERPRETACIÓN EN SU CONTEXTO.—6. LA IMPLEMENTACIÓN DEL REGLAMENTO EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES.—6.1. Las primeras reacciones nacionales.—6.1.1. Alemania.—6.1.2. Reino Unido e Irlanda.—6.1.3. Polonia.—6.2. El caso español.—6.2.1. La necesidad de intervención legislativa.—6.2.2. La Ley de Cooperación Jurídica Internacional.—7. VALORACIÓN.—7.1. En singular.—7.2. La perspectiva global.

1. INTRODUCCIÓN

De conformidad con el art. 66.2 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas I bis, las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas en o después del 10 de enero de 2015 en materia civil o mercantil serán reconocidas y/o ejecutadas conforme a dicho Reglamento. En este marco la declaración de ejecutividad no es necesaria para ejecutar una decisión fuera de la jurisdicción que la ha

dictado. El exequátor se suprime y el foco de atención del sistema pasa a ser la ejecución misma.

Facilitar el exequátor ha sido desde muy temprano un objetivo del legislador europeo¹, que lo ha abordado de manera progresiva. El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, primero, y luego su sucesor, el Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, simplificaban en gran medida el procedimiento de declaración de ejecutividad. El siguiente estadio en la evolución debería ser la completa supresión del exequátor. Incorporado a la agenda política europea desde 1999², se refuerza en los siguientes programas (La Haya, Estocolmo), para hacerse realidad en Reglamentos de ámbito material limitado: el Reglamento (CE) núm. 805/2004, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, el Reglamento (CE) núm. 861/2007, de 11 de julio, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, el Reglamento (CE) núm. 1896/2006, de 12 de diciembre, por el que se establece un proceso monitorio europeo, y el Reglamento (CE) núm. 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (para los Estados miembros que son partes del Protocolo de La Haya de 2007)³.

La supresión del exequátor había sido defendida por la Comisión en su propuesta de refundición del Reglamento Bruselas I⁴. Como es sabido, la misma sólo culminó parcialmente: en el Reglamento Bruselas I bis el exequátor ha desaparecido como etapa procesal intermedia y las decisiones ejecutables en un Estado miembro lo son inmediatamente en los demás. Sin embargo, los motivos que anteriormente se ofrecían para resistir el reconocimiento y el exequátor se mantienen, si bien en tanto que objeciones a la ejecución. De este modo el Reglamento refundido no representa una continuidad en relación con ninguno de los instrumentos citados en el párrafo anterior.

La propuesta de la Comisión había encontrado una fuerte oposición en los círculos académicos. Ahora bien, la mayoría de las críticas se centraban en la desaparición de los motivos para contestar el exequátor, y en particular en la de la cláusula de orden público⁵; se prestó mucha menos atención a las difi-

¹ Véase el art. 220 del Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957.

² Conclusiones del Consejo Europeo de Tempere, de 16 de octubre de 1999.

³ De forma más restringida también el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre. Tampoco existe ya exequátor en Reglamentos posteriores al Bruselas I bis: es el caso del Reglamento (UE) núm. 606/2013, sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, o del Reglamento (UE) 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 fronterizo de deudas en materia civil y mercantil. En cambio el requisito pervive en el Reglamento (UE) núm. 650/2012, en materia de sucesiones, y en el Reglamento (UE) 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia (refundido).

⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), COM (2010) 748 final.

⁵ Entre otros muchos: KRAMBERGER SKERL, J., «European Public Policy (with an Emphasis on Exequatur Proceedings)», *Journal of Private International Law*, 2011, pp. 461-490, y SCHACK, H., «The

cultades técnicas que podrían aparecer en el marco de la ejecución de la decisión extranjera⁶. En este sentido el Reglamento contiene unas cuantas, pocas, reglas que tendrán un impacto directo sobre el diseño de los procesos locales de ejecución, mientras que para otros aspectos requiere la cooperación del legislador nacional y otros, en fin, no se regulan en el texto ni se encomiendan a nadie. Así, con la supresión del *exequáтур* pasa a primer término la cuestión de la articulación entre las normas europeas y las nacionales, en un contexto presidido por la diversidad de estas últimas⁷. Es discutible que el resultado final sea un paso adelante en la libre circulación de decisiones en Europa, menos costosa en términos de tiempo y dinero.

El presente estudio se centra en un Reglamento que es, por el momento, pieza única en la UE. Los ejes de la observación son dos: por una parte, la interactuación del Reglamento con los sistemas jurídicos nacionales; por otra, su singularidad en el contexto del espacio de libertad, seguridad y justicia. Lo primero se realizará de dos formas: desde una perspectiva general se analizará qué aporta el Reglamento a los sistemas nacionales, y qué requiere de ellos (apdos. 2 a 5); luego, de forma concreta, se verá qué se ha hecho en los Estados miembros hasta el momento como reacción a una y otra cosa (apdo. 6)⁸. Acerca de lo segundo hay que decir que no llevaremos a cabo una comparación exhaustiva de los textos europeos en materia de Derecho procesal civil: se trata más bien de ilustrar con los propios desarrollos del trabajo (si se quiere, de manera transversal) rasgos del Reglamento refundido que lo hacen singular.

Misguided Abolition of *Exequatur* Proceedings in the European Union», *Festschrift für Tadeusz Erćinski*, Warschau, LexisNexis Polska, 2011, pp. 1345-1358, defendiendo mantener la cláusula de orden público para proteger los valores intrínsecos de la UE. KRAMER, X., «Approaches to Jurisdiction and Foreign Judgments and the International Fight against Corruption», en *International Law and the Fight against Corruption, Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Preadviezen*, 139 (Advisory Report for the Dutch Royal Society of International Law), La Haya, Asser Press, 2012, pp. 99-142, esp. p. 132, la cláusula debe conservarse para luchar contra crímenes objeto de condena global, como la corrupción de los funcionarios públicos. KUIPER, J. J., «The Right to a Fair Trial and the Free Movement of Civil Judgments», *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, vol. 6, 2010, pp. 23-51, aboga por mantener la cláusula para la defensa del orden público del foro.

⁶ Véase no obstante LÓPEZ DE TEJADA, M., *La disparition de l'equatuer dans l'espace judiciaire européenne*, París, LGDJ, 2013, pp. 285 y ss. («*Les incertitudes de l'insertion*»); TIMMER, L. J., «Abolition of *Exequatur* under the Brussels I Regulation: Ill Conceived and Premature?», *Journal of Private International Law*, 2013, pp. 129-147, esp. p. 136.

⁷ Curiosamente, con anterioridad la propia Comisión había considerado imposible la supresión del *exequáтур*, entre otros motivos por la divergencia entre las reglas sobre ejecución en los Estados miembros: COM(97) 609 final, 26 de noviembre de 1997, *DO*, C núm. 33, de 31 de enero de 1998.

⁸ En relación con España, donde el proceso de adopción de medidas para implementar el Reglamento aún no ha culminado, se hace un ejercicio teórico de implementación a través de las reglas de ejecución vigentes. Para simplificar el punto de referencia son las sentencias firmes de condena de dinero, mientras que en la ejecución provisional sólo aparecerán puntuales.

2. CONSECUENCIAS INMEDIATAS DE LA SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR

2.1. Antes de la ejecución

La resolución que es ejecutable en un Estado miembro lo será en cualquier otro sin necesidad de una declaración de ejecutividad (arts. 39 y 40): lo que no significa que la ejecución, siquiera provisional⁹, sea inmediata. Puesto que serán aplicables a la resolución extranjera las mismas condiciones que a las decisiones nacionales¹⁰, de entrada hay que estar a lo que dispongan las reglas locales (art. 41.1). En algunos países es precisa una demanda de ejecución, que desencadena un nuevo proceso en sentido propio, incluso con la posibilidad de una audiencia; es el caso de la *acción ejecutiva* de los arts. 517 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC). La ejecución se aplaza también allí donde se otorga al deudor un periodo de gracia, como ocurre en España en virtud del art. 548 de la LEC o, a discreción del juez, en Francia (arts. 1.244-1 a 1.244-3 *Code Civil*). Además, si la ley del foro lo contempla la persona contra la que se dirige la ejecución puede oponerse (bajo ciertas condiciones) a ella ya en un primer estadio, o por la vía de recursos que canalicen defensas procesales o de fondo.

El Reglamento mismo prevé obligaciones aptas para retardar la ejecución —aunque sin indicación de plazos: corresponde al legislador nacional articularlos—, y contempla circunstancias que conllevan tal efecto. Así, la obligación de notificar el certificado del art. 53 a la persona contra quien se solicita la ejecución antes de cualquier medida de ejecución (art. 43.1). La misma persona tiene derecho a solicitar una traducción de la resolución en caso de que su domicilio se halle fuera del Estado de origen, y no cabe adoptar medidas de ejecución hasta que tal traducción se le proporcione (art. 43.2)¹¹. Puede contribuir también a aplazar la ejecución lo que dispone el art. 54: si

⁹ El Reglamento refundido no contiene previsiones sobre ejecución provisional, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el Reglamento 4/2009, art. 39 (en el contexto de los recursos contra la decisión en cuanto al fondo).

¹⁰ Es principio básico del Capítulo III, Sección 2.^a, el de equivalencia o asimilación de las decisiones de los Estados miembros a efectos de su tratamiento procesal en ejecución. El principio de extensión de efectos aparece igualmente: art. 54. Algun autor habla del «principio de adaptación», en el mismo precepto: NUYS, A., «Bruxelles I bis: présentation des nouvelles règles sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», en BARNICH, L., ENGLERT, H., NUYS, A. y JAFFERALI, R., *Actualités en Droit International Privé*, Bruselas, Bruxlant, 2013 pp. 77-134, pár. 2 (a partir de aquí NUYS, A., 2013a); *id.* «La refonte du règlement Bruxelles I», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2013, pp. 1-41, pár. 15 (a partir de aquí NUYS, A., 2013b). A nuestro modo de ver la adaptación no es un principio, sino una necesidad que en el marco del art. 54 debe ser satisfecha a la luz del principio de extensión de efectos.

¹¹ El Reglamento prevé la posibilidad de solicitar traducciones o transliteraciones de documentos en otros lugares a los fines de la ejecución por parte de la autoridad competente (art. 42), y/o de la parte interesada (art. 54). No se indica si en estos casos caben en el ínterin medidas de ejecución, pero lo presumible es que no. La traducción es necesaria para que la autoridad conozca el contenido de la resolución o del certificado (o la medida extranjera cuyo equivalente ha de buscarse en el propio ordenamiento, art. 54), y por tanto qué es lo que hay que ejecutar, y es lo que permite la defensa de la parte contra la que se solicita la ejecución.

la decisión extranjera contiene una medida u orden desconocida en el Estado miembro requerido la misma deberá ser adaptada buscando su equivalente funcional en el ordenamiento del foro. Sin duda tal adaptación requiere tiempo, ya que es probable que sea preciso explicar la medida extranjera, su naturaleza y efectos para identificar algo similar en el foro. Cualquiera de las partes puede además impugnar la adaptación (art. 54.2).

2.2. Aplicación de medidas cautelares

A tenor del art. 40, toda resolución con fuerza ejecutiva conllevará la facultad de aplicar las medidas cautelares previstas en la legislación del Estado miembro requerido. Son medidas del art. 40 los embargos preventivos, sin realización de los bienes¹²; la información sobre un embargo inminente¹³ y las medidas para localizar bienes del deudor¹⁴. A partir del 17 de enero de 2017, en el ámbito de aplicación correspondiente, deberá añadirse la orden europea de retención del Reglamento (UE) núm. 655/2014, de 15 de mayo (con las medidas que la acompañan y, al respecto, véase el art. 14 sobre la obtención de información sobre cuentas).

Conviene detenerse en el alcance de la remisión al Derecho nacional en este punto. *A priori* la ley del Estado miembro requerido determina tanto las medidas cautelares a adoptar como las condiciones exigidas para ello. No es así, en cambio, si el art. 40 se interpreta a la luz de su antecedente, el art. 47 del Reglamento Bruselas I¹⁵, como sugiere el Considerando 34 del Reglamento. Más abajo aludiremos con carácter general a los límites de la continuidad (con la jurisprudencia previa) en la interpretación de los textos¹⁶; podemos afirmarla ahora, pese a que la equivalencia no consta en la tabla al final del Reglamento. No es seguro, sin embargo, si el modelo del art. 40 es el primer o el segundo apartado del art. 47, lo que no es irrelevante. Las condiciones

¹² *Landgericht Bonn*, de 4 de marzo de 2003, *RIW*, 2003, p. 388. Sobre una *freezing order* como medida cautelar en el marco del art. 47 del Reglamento Bruselas I, *Banco Nacional de Comercio Exterior SNC v. Empresa de Telecomunicaciones de Cuba SA* [2007] EWCA Civ 662, [2007] I.L.Pr. 51; e *infra*, nota al pie núm. 17.

¹³ Por ejemplo el § 845 ZPO, «Schon vor der Pfändung kann der Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels durch den Gerichtsvollzieher dem Drittschuldner und dem Schuldner die Benachrichtigung, dass die Pfändung bevorstehe, zustellen lassen mit der Aufforderung an den Drittschuldner, nicht an den Schuldner zu zahlen, und mit der Aufforderung an den Schuldner, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere ihrer Einziehung, zu enthalten. Der Gerichtsvollzieher hat die Benachrichtigung mit den Aufforderungen selbst anzufertigen, wenn er von dem Gläubiger hierzu ausdrücklich beauftragt worden ist. An Stelle einer an den Schuldner im Ausland zu bewirkenden Zustellung erfolgt die Zustellung durch Aufgabe zur Post».

¹⁴ Por ejemplo los arts. 551.3.2 y 554 de la LEC española.

¹⁵ Que también reproducen otros instrumentos, como el art. 54 del Reglamento (UE) núm. 650/2012. A su vez, el art. 47.1 sigue el modelo del art. 1445 *Code Judiciaire* belga. Disposiciones similares existen en otros países, como Luxemburgo y Francia. El equivalente al art. 47.3 resultaría ahora de la suma de los arts. 39 y 44, con las variaciones originadas en la supresión del exequártur y la introducción de la solicitud de denegación de la ejecución ex art. 45.

¹⁶ Apartado 5.

de las medidas cautelares en el primer supuesto (esto es, existe un título ejecutivo extranjero, pero aún no la declaración de ejecutividad en el foro) son las propias del ordenamiento del foro. En cambio cabría proyectar sobre el segundo supuesto (esto es, ya hay declaración de ejecutividad) la decisión del TJ en el as. 119/84¹⁷, recaída en el marco del art. 39 del Convenio de Bruselas (esto es, cuando se ha otorgado el exequáutur y mientras dure el plazo para recurrirlo o se resuelve el recurso contra el mismo). En esta decisión el TJ excluyó supeditar las medidas cautelares a exigencias derivadas del Derecho local, aunque condicionó su respuesta como sigue (apdo. 21): «La cuestión de si una u otra disposición del Derecho procesal interno del Tribunal requerido es aplicable a las medidas cautelares adoptadas en virtud del art. 39, depende del contenido de cada disposición nacional y de su compatibilidad con los principios establecidos por el artículo citado». En el Reglamento Bruselas I bis la desaparición del exequáutur y con él, de la relevancia de la diferencia entre una fase previa a él y las posteriores, apunta a este último escenario, y por tanto a la idea de que no es posible condicionar el art. 40 a requisitos locales que pongan en riesgo la efectividad de la regla comunitaria¹⁸. La aplicación de las medidas cautelares previa a la ejecución, en consecuencia, se complica: primero, porque el tratamiento es diferente para los casos domésticos y los transnacionales cuando el Estado de origen sea miembro de la UE. Segundo, porque en tal supuesto habrá que identificar, entre las condiciones exigibles para otorgar la medida, las que son compatibles con las reglas comunitarias y las que no.

3. EJECUCIÓN EN EL REGLAMENTO: CLAVES

A tenor del art. 41 del Reglamento Bruselas I bis el procedimiento de ejecución de las decisiones extranjeras se regirá por la ley del Estado requerido y la ejecución se llevará a cabo en las mismas condiciones que para las resoluciones nacionales. Ahora bien, el propio artículo introduce una reserva: «Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente sección», refiriéndose a la Sección 2.^a del Capítulo III. Esta, conjuntamente con las disposiciones comunes de la Sección 4.^a, sienta reglas con impacto directo en la ejecución de las decisiones extranjeras. Algunas de ellas son muy detalladas y no dejan margen —o muy poco— al legislador nacional y a las variaciones locales: así, acerca de los documentos que deben acompañar la solicitud de ejecución. Otras, en cambio, requieren la intervención del legislador nacional, y en consecuencia

¹⁷ ECLI:EU:C:1985:388. En España la decisión ha sido utilizada en el marco del art. 47.3 del Reglamento Bruselas I para estimar el recurso contra la imposición de fianza a la parte ejecutante cuando, otorgado el exequáutur, la parte contraria formuló oposición contra el auto: *Auto de la AP de Barcelona (Sección 15.^a)*, de 4 de marzo de 2004, AC/2004/1550.

¹⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., «La reconnaissance et l'exécution des décisions dans le règlement Bruxelles I bis», en GUINCHARD, E. (ed.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruselas, Bruylant, 2014 pp. 205-247, párr. 25; KRAMER, X., «Art. 40», en DICKINSON, A. y LEIN, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, OUP, 2015, núm. 13.195, con más referencias.

abren la puerta a soluciones divergentes en la UE: por ejemplo, el art. 43 indica sólo que la notificación debe hacerse «antes de la primera medida de ejecución» pero no especifica cuánto «antes» (el Considerando 32 y su alusión a una «antelación razonable» no es realmente una ayuda).

De las reglas sobre ejecución del Reglamento destacan las relativas al certificado previsto en el art. 53: a la necesidad de adaptar las órdenes o medidas contenidas en la resolución original, si son desconocidas en el Estado miembro requerido (art. 54); y a la posibilidad de solicitar la denegación de la ejecución sobre la base de argumentos del propio Reglamento (arts. 45 y ss.), con posibles consecuencias sobre el curso de la ejecución misma (art. 44.1)¹⁹.

3.1. El certificado

3.1.1. Pieza central del sistema

El Reglamento Bruselas I bis dispone en su art. 42 qué documentación debe acompañar la solicitud de ejecución, desplazando cualquier otra condición al respecto en la legislación nacional (por ejemplo, en España, el art. 956 de la LEC de 1881, que exige indirectamente traducir la ejecutoria). No es precisa la declaración de ejecutividad: basta la presentación de la decisión extranjera y el certificado a que se refiere el art. 53.

El certificado del Reglamento refundido difiere notablemente del mismo documento en el Reglamento previo, Reglamento (CE) 44/2001: ahora es obligatorio (no lo era antes, en el art. 55 del Reglamento Bruselas I); el órgano para emitirlo es el órgano jurisdiccional de origen, y no cualquier otra autoridad (art. 54 del Reglamento Bruselas I)²⁰; su contenido es altamente detallado, conforme al modelo del anexo I (frente al anexo V del Reglamento Bruselas I); y hay que notificar el documento a la persona contra la cual se insta la ejecución antes de cualquier medida ejecutiva, conforme al art. 43, a fin de proteger sus derechos de defensa. Incluso elementos que reproducen el Reglamento anterior son susceptibles de una interpretación distinta: esto es probablemente lo que ocurre con la legitimación para solicitar el documento pese a que, como en el art. 54 del Reglamento previo, se ofrece a «cualquier parte interesada» (art. 53). La noción está por definir; su comprensión debe ser única en la UE, lo que aboga a favor de una definición autónoma. En este contexto se ha sugerido que la interpretación debe ser amplia y adaptada

¹⁹ Igualmente nueva, aunque presente en algún instrumento previo [p. ej., art. 21.3 del Reglamento (CE) núm. 867/2007], es la regla que exime al solicitante de ejecución de domicilio postal en el Estado requerido, así como de la necesidad de representación salvo que la misma sea obligatoria por razones distintas de la nacionalidad o el domicilio: art. 41.3.

²⁰ Conviene recordar que la misma exigencia aparece en otros instrumentos, lo que no ha impedido que el legislador nacional encomiende la tarea al personal del tribunal y no al juez mismo. Así en Francia, en el contexto del Reglamento sobre el título ejecutivo europeo, art. 509-1 del CPC (*greffier en chef*). Véase también *infra*, apartado 6.1.1, el caso de Alemania.

al sustancial cambio que representa la supresión del exequáтур²¹; sobre ello volveremos más abajo (*infra* apdo. 5). En todo caso la expresión debe abarcar a quien figure en la decisión judicial como acreedor, y a quienes le hayan sucedido en tal posición y así lo acrediten (cuando el hecho no resulte de la resolución misma)²².

A la luz de lo anterior se comprende que el certificado es pieza clave del sistema; una vocación de importancia singular que no ha pasado desapercibida en la doctrina²³. Cada vez más la confianza recíproca se materializa —e incluso se sustenta— en un papel: por eso es llamativo que el legislador europeo no haya cuidado más determinados aspectos del documento.

3.1.2. *Diseño del modelo: crítica*

Los reproches al Reglamento en lo relativo al certificado tienen dos vertientes: se critica por un lado el diseño del formulario, y por otro la falta de regulación del procedimiento para solicitar y expedir el documento.

El anexo I ofrece desde luego un formulario muy completo, en el que sin embargo faltan menciones relevantes: así, la de si la decisión a ejecutar es recurrible o no²⁴. También se debe denunciar la complejidad en la manera de reflejar algunos datos: los intereses legales, por ejemplo, se indican por medio de referencia a la ley aplicable; si ésta es extranjera en relación con el lugar de ejecución a la autoridad competente no le resultará ni sencillo ni rápido hacer el cálculo.

En relación con el trámite de obtención del certificado son cuestiones abiertas la relativa a los plazos para solicitarlo y emitirlo; la admisibilidad de tasas por su expedición; la de si existe recurso contra su otorgamiento o denegación. Alguna de estas ausencias son explicables: la relación de directa dependencia entre el certificado y la ejecución, y el hecho de que el plazo para pedir ésta se regule en cada Estado miembro, puede justificar la falta de solución uniforme en cuanto al plazo de solicitud del documento. Por el contrario sí habría cabido indicar una solución única en cuanto al tiempo límite para expedirlo —al menos para el caso en que se pide por separado en relación con la demanda—²⁵. La falta de mención a una tasa de expedición, o a mecanismos de rectificación del certificado por errores materiales o para su

²¹ FITCHEN, J., «Art. 53», en DICKINSON, A. y LEIN, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, OUP, 2015, núm. 13.477.

²² Por ejemplo *Auto del TS*, de 18 de octubre de 2005, JUR/2005/270947, sobre legitimación para solicitar la ejecución por cesión de derechos del demandante.

²³ POHL, M., «Die Neufassung der EuGVVO- im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle», *IPRax*, 2013, pp. 109-114, esp. p. 113.

²⁴ Puede ocurrir que se trate de una mención obligatoria en la propia decisión, como ocurre en España (art. 208 de la LEC), pero puede que no. Tendría sentido que lo fuera en el certificado.

²⁵ *Infra*, apartado 6.2.2, la solución en la LEC tras la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, *BOE* núm. 182, de 31 de julio.

revocación, que sí están en otros textos²⁶, es también más difícil de explicar; y, sobre todo, es difícil decidir si significa la exclusión radical de estos aspectos, o sólo que el legislador europeo se ha desentendido de ellos, dejando el campo libre al nacional²⁷.

Tampoco tiene una respuesta clara la pregunta sobre si el certificado forma parte del título ejecutivo²⁸. Su naturaleza obligatoria apoya la respuesta afirmativa. Sin embargo, ello implicaría consecuencias difícilmente aceptables en el marco legal y de política legislativa de la UE: la inexactitud del certificado podría fundamentar una defensa contra la ejecución al Estado requerido, no prevista en el Reglamento. Esta posibilidad había sido discutida en la doctrina española en relación con el título ejecutivo europeo, y rechazada en virtud de la existencia del art. 10 en el Reglamento correspondiente²⁹; ahora bien, una norma similar falta en el nuevo Reglamento.

3.1.3. *El relativo valor del documento*

El recurso a formularios normalizados y certificados es ya una práctica común en la UE, con el fin de agilizar los trámites transfronterizos y abaratarlos; son útiles para la libre circulación de decisiones. Ahora bien, la rapidez no prevalece sobre otros objetivos. La progresión en la libre circulación de decisiones en el seno de la UE ha dependido siempre de la capacidad para garantizar un determinado nivel de calidad en la administración de la justicia por parte de los Estados miembros. A la vista de los diferentes textos (Reglamentos) es evidente que el nivel de calidad no es el mismo en todos los ámbitos: la confianza mutua posee un distinto alcance en el ámbito sucesorio, por ejemplo, y en materia de restitución de menores secuestrados. El valor de los certificados previstos en cada caso varía en función de ello.

En el marco del Reglamento (CE) núm. 44/2001 el TJ ha admitido la prueba contra lo dispuesto en el certificado en el Estado requerido como una consecuencia del sistema de doble control que pervive en el Reglamento. Ello, porque «limitar el alcance de la facultad de examen de la que dispone en esta fase el juez del Estado miembro requerido por el mero motivo de que se ha presentado una certificación equivaldría a privar al control que este mismo juez debe efectuar de todo efecto útil, y, por tanto, a impedir la realización del objetivo consistente en garantizar el respeto del derecho de defensa establecido por dicho Reglamento»³⁰. A la pregunta sobre si la solución vale para el Reglamento refundido la respuesta es probablemente

²⁶ Por ejemplo, el art. 25 del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 establece una regla sobre tasas en relación con el conjunto del proceso. El art. 10 del Reglamento (CE) núm. 805/2004 regula la rectificación de errores materiales del certificado.

²⁷ Sobre este punto en general véase el apartado 5.

²⁸ Entiende que sí GASCÓN INCHAUSTI, F., párr. 10; añade en cambio que las traducciones no lo son (*op. cit.*, nota 18, nota al pie núm. 24).

²⁹ RAMOS ROMEU, F., *El título ejecutivo europeo*, Cizur Menor, Civitas, 2006, p. 126.

³⁰ As. C-169/10, ECLI:EU: C:2012:531, núm. 45.

afirmativa³¹. Ciertamente, en él se exige que el certificado sea expedido por un órgano jurisdiccional. *A priori* tal exigencia, que se explica en la mayor complejidad del documento³², debería servir para dotarle de un valor añadido en la línea del art. 42 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Sin embargo, tal como señaló el TJ en el párrafo reproducido, ello no sería compatible con el sistema de doble control que el Reglamento mantiene: el mismo devendría impracticable. Aparte de ello la falta de previsión de recurso contra el otorgamiento del certificado, o para su rectificación en origen, imponen esta misma solución: tanto el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo, art. 10, como el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 —para las decisiones que suprimen el *exequátor*, art. 43— prevén estas posibilidades en el Estado de origen, en consonancia con la idea de un sistema de «ventanilla única»³³ o control único, a efectuar en dicho Estado; que no existan en el Reglamento Bruselas I bis, justifica que deba quedar abierta la posibilidad de contestar el certificado en el Estado requerido.

Incompleto, *user-unfriendly*, y (posiblemente) contestable, el nuevo certificado, que quiere ser uno de los avances esenciales del Reglamento refundido, se queda en definitiva a medio camino.

3.2. La adaptación de las medidas desconocidas

3.2.1. «Adaptar»

Una novedad (al menos en la letra) del Reglamento refundido es la obligación impuesta al Estado requerido en relación con las medidas u órdenes contenidas en la decisión extranjera que sean desconocidas en el foro; conforme al art. 54 habrá que adaptarlas dentro de lo posible, buscando en el ordenamiento propio órdenes o medidas similares con efectos equivalentes.

La obligación de adaptar las medidas responde por una parte a una necesidad práctica: es difícil imaginar cómo se implementará una orden extraña al sistema en que se pretende ejecutar, si éste no dispone de los útiles necesarios al respecto. Por otra parte, así se evita que el resultado de esa dificultad práctica se traduzca en la simple denegación de la ejecución de la medida. A la vista de estos datos sorprende que el Reglamento no exija que la adaptación sea de oficio.

³¹ Opina que la cuestión está abierta FITCHEN, J., *op. cit.*, nota 21, núm. 13.481.

³² BERAUDO, J. P., «Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDJ*, 2013, núm. 3 (versión electrónica), núm. 41: «Il faut donc espérer que les juridictions seront dotées, en temps utile, du personnel apte à accomplir cette tâche supplémentaire qui impose de savoir lire et comprendre un procès-verbal de signification, l'en-tête ainsi que le dispositif d'un jugement, et de rédiger la synthèse présentant la brève description de l'objet du litige et de la décision rendue par la juridiction».

³³ Tomamos prestada la expresión de HESS, B., «The Influence of the ECHR on the European Law of Civil Procedure», ponencia presentada en Madrid, 21 de mayo de 2015, pendiente de publicación en el AEDIPr.

La adaptación es, en línea de principio, una actividad corriente en el ámbito de las relaciones jurídico privadas transfronterizas, que ponen en relación ordenamientos jurídicos diferentes constantemente. Ello no significa que adaptar sea sencillo; de hecho, ni siquiera está siempre claro en qué consiste³⁴; en ocasiones es dudoso hasta lo que hay que adaptar³⁵. En el contexto del Reglamento refundido la adaptación requiere una comparación entre la medida extranjera, por definición desconocida, y las potenciales equivalentes en el Derecho nacional; exige, pues, conocimientos jurídicos y pericia por parte del adaptador. Éste deberá cuidar también de que al buscar la equivalencia no otorga a la medida original más efectos que los que tiene en el ordenamiento del primer Estado. ¿Podría, en cambio, darle menos? El alcance exacto del principio de extensión es difícil de determinar a la luz de afirmaciones como ésta del TJ en el as. C-420/07: «A este respecto, aunque, en principio, el reconocimiento debe producir el efecto de atribuir a las resoluciones la autoridad y la eficacia con que cuentan en el Estado miembro en el que han sido dictadas (...), no hay razones para dar a una resolución extranjera, en el momento de su ejecución, derechos que no tiene en el Estado miembro de origen [...] o efectos que no produciría una resolución del mismo tipo dictada directamente en el Estado miembro requerido»³⁶. La cuestión vuelve a ser de nuevo qué significa «adaptar», y los límites, no siempre claros, entre esta operación y otras proscritas —como la revisión en cuanto al fondo—. Es significativo que la obligación de adaptación, que consta también de forma expresa en el art. 11 del Reglamento (UE) núm. 606/2013, se limite en este texto a los elementos fácticos de la decisión original.

3.2.2. ¿Adaptar sin exequáтур?

La necesidad de adaptaciones ya había sido aludida por el TJ antes del Reglamento refundido³⁷. Ahora bien, entonces la tarea se desarrollaba en el marco del exequáтур. De hecho, en algunos ordenamientos la adaptación de instituciones o medidas desconocidas se define como una de las funciones clá-

³⁴ ¿Es adaptación en el sentido del art. 54 la operación de fijar el montante de una condena ilíquida? Repárese en que de serlo cabría a cualquiera de las partes recurrir conforme al art. 54.2 (en otro caso puede que también, pero al amparo de otra norma). Véase en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 7 de agosto de 2002, n. 11921, *Anglo Venezuelan Real Estate and Agricultural Development Limited c. Zanussi, Guido Altinex ASA, Giurisprudenza Italiana*, 2003, pp. 649 y ss., sobre el reconocimiento de una decisión inglesa que había condenado al demandado al demandado a los gastos del juicio del demandante, sin fijar el montante; la determinación del mismo se había dejado en manos de la autoridad competente en el Reino Unido (el *Taxing Master*). El tribunal señaló que a pesar de que en el Derecho italiano son indivisibles la condena en costas y su liquidación la decisión era apta para desplegar efectos en Italia, porque a los fines del reconocimiento podía ser asimilada a la *condanna generica* del Derecho italiano.

³⁵ Véase *infra*, apartado 6.2.2., sobre este punto en la LEC tras la modificación operada por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (adaptación de la resolución misma).

³⁶ ECLI:EU:C:2009:271, núm. 66.

³⁷ As. C-235/09, ECLI:EU:C:2011:238.

sicas del exequáтур³⁸; en la Propuesta de la Comisión quedaba limitada a los supuestos excepcionales en que aún sería necesario el exequáтур³⁹. En línea de principio esto supone que un órgano jurisdiccional se ocupa de la adaptación. El Reglamento no toma partido a este respecto: «Corresponde a cada Estado miembro determinar cómo proceder a tal adaptación y quién debe realizarla», reza el Considerando núm. 28; y a diferencia de lo que sucede con la expedición del certificado (art. 53) no se exige aquí la intervención de un juez o tribunal. La solución se explica, probablemente, en las diferencias entre los Estados miembros en torno a la autoridad competente para la ejecución —quiénes son, cuál es su estatuto profesional, para qué actividades son para las que están capacitadas, cuál es su responsabilidad, o cómo se organizan—, que es, lógicamente, la primera en que se piensa para adaptar de cara a poder ejecutar. Ahora bien, no es seguro que cualquier operador jurídico local esté preparado para la tarea de adaptar; y a día de hoy los apoyos con que se cuenta para conocer y comprender un ordenamiento extranjero son escasos⁴⁰.

La supresión del exequáтур con la consecuente asunción de tareas de adaptación por parte de las autoridades de la ejecución había suscitado ya la crítica. Muy directa, señalaba la AG J. Kokkot que «una ejecución fuera del Estado miembro en el que se dictó la resolución sin que se haya declarado la fuerza ejecutiva de esta última entrañaría asimismo considerables problemas prácticos. Los órganos ejecutivos nacionales apenas podrían evaluar la resolución extranjera que les ha sido presentada y, en particular, tampoco podrían examinar las condiciones de la ejecutoriedad de la resolución ni determinar la naturaleza y el alcance de la ejecución que deben llevar a cabo»⁴¹. En la doctrina también se subraya la conveniencia de la intervención de un juez a la hora de adaptar: en Francia o Bélgica, por ejemplo, donde presumiblemente la tarea se encomienda al *huissier de justice*, los autores sugieren que en caso de duda tanto el *huissier* como las partes estén autorizadas para acudir a un juez⁴². En Alemania se reprocha al legislador nacional la solución

³⁸ NUYTS, A., 2013a, *op. cit.*, nota 10, párr. 3; BUREAU, D. y MUIR-WATT, H., *Droit International Privé*, t. I, París, 3.^a ed., PUF, 2014, párr. 298. No es el caso en España: pero aquí la ejecución posterior al exequáтур exige un proceso judicial en el que tiene lugar la adaptación de la medida.

³⁹ Art. 66 de la Propuesta.

⁴⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 18, párr. 24, entiende que corresponde a la parte ejecutante proponer la adaptación; ello aportará indicaciones a seguir por el órgano que la efectúe, aunque desde luego no está obligado a seguirlas. El TJUE ha señalado alguna pauta: véase el as. C-235/09, ECLI:EU:C:2011:238. La Red Judicial Europea debería servir como apoyo en este punto. El Considerando 16 del Reglamento sobre sucesiones, que es un caso específico de adaptación, contempla lo siguiente: «A fin de determinar el derecho real equivalente más cercano del Derecho nacional, se podrá entrar en contacto con las autoridades o personas competentes del Estado cuya ley se haya aplicado a la sucesión para obtener más información sobre la naturaleza y los efectos de ese derecho. A estos efectos, podría recurrirse a las redes existentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, así como a cualesquiera otros medios disponibles que faciliten la comprensión de la ley extranjera».

⁴¹ Conclusiones al as. C-92/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:177, núm. 74. También TIMMER, L. J., *op. cit.*, nota 6, p. 140.

⁴² VAN BOXSTAEL, J. L., «De Bruxelles I à Bruxelles Ibis», *Journal des Tribunaux*, 2015, pp. 105-108, párr. 80. Podría tratarse del *juge des saisies* (NUYTS, A., 2013a, *op. cit.*, nota 10, párr. 3), o del de primera instancia (VAN BOXSTAEL, J. L., *op. cit.*, nota 42, párr. 80).

incorporada al § 1114 ZPO, conforme a la cual la adaptación recae sobre el *Gerichtsvollzieher* y el *Rechtspfleger*; a juicio de los autores estos funcionarios son capaces de llevar a cabo tareas simples, como el cálculo de intereses progresivos, pero es dudoso que puedan afrontar con éxito situaciones más complejas que requieran disponer de un bagaje de conocimientos jurídicos y de un idioma extranjero⁴³. En España la adaptación será llevada a cabo por el juez de la ejecución o por el secretario judicial, lo que en general debería garantizar una base jurídica sólida⁴⁴.

Finalmente, hasta el mismo Reglamento capitula: el art. 54 prevé la recurribilidad de la adaptación por cualquiera de las partes e implica en este estadio a un órgano jurisdiccional.

3.3. Denegación de la ejecución

3.3.1. *Procedimiento. Delegación en el legislador nacional*

Conforme al art. 45 cualquier parte interesada puede oponerse a la ejecución sobre la base de causas contempladas por el propio Reglamento —que son, en gran medida⁴⁵, las mismas que bajo el anterior régimen permitían objetar al exequártur—⁴⁶. Con esta regla el Reglamento refundido abre la puerta al legislador de la UE en un ámbito, el de la ejecución, hasta ahora reservado al legislador nacional, salvo contadas y bastante perfiladas excepciones.

Lo cierto es que el Reglamento aporta poco al diseño del procedimiento de denegación de la ejecución. Razones similares a las que explican que el Reglamento no concreta la autoridad que adaptará las medidas de ejecución desconocidas en el foro⁴⁷ justifican su reserva en relación con el procedimiento: es la consecuencia lógica de la supresión del exequártur y la migración de los motivos de oposición al estadio de la ejecución⁴⁸. Sin embargo, ni la opción ni la explicación convencen totalmente. Lo primero, por los resultados que provoca: una potencial diversidad de soluciones nacionales. Lo segundo, porque en instrumentos anteriores al presente, como el Reglamento (CE) núm. 4/2009, sí se han incluido soluciones uniformes: por ejem-

⁴³ SCHLOSSER, P. y HESS, B., «Art. 54», en *EU-Zivilprozessrecht, EuGVVO, EuMahnVO, EuBagVO, EuZVO, EuBVO Kommentar*, Munich, C. H. Beck, 2015, marg. 4.

⁴⁴ *Infra*, apartado 6.2.

⁴⁵ El art. 45 agrupa en una sola disposición el contenido de los arts. 34 y 35 del Reglamento 44/2001. La unidad no parece tener mayores consecuencias. Más entidad poseen los cambios en la extensión del control de la competencia del juez de origen en los litigios que involucran a una parte débil, con la limitación explícita a los casos en que es ésta la demandada, y la inclusión de los contratos de trabajo [art. 45.1.e)].

⁴⁶ Cuestión distinta es si conservan la misma naturaleza; ligado a ello, si cabe mantener para ellos la interpretación recaída hasta el momento a propósito de los arts. 34 y 35 del Reglamento Bruselas I. Véase *infra*, apartado 5.

⁴⁷ *Supra*, apartado 3.2.

⁴⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 18, párr. 44.

plo, para el cómputo de plazos (Considerando 41); incluso se ha establecido un supuesto de fuerza ejecutiva provisional (art. 39); no se ve por qué no en éste.

Sea como fuere, lo cierto es que es el legislador europeo involucra ampliamente al nacional en este aspecto, en dos sentidos. Por una parte, le encierra una tarea con doble alcance: el procedimiento de la Sección 3.^a, Subsección 2.^a, ha de valer tanto para la solicitud de denegación de ejecución como para declarar que no concurren motivos de denegación del reconocimiento del art. 45 (art. 36.2 del Reglamento)⁴⁹. Por otra parte, corresponde a cada Estado miembro decidir el *iter* procedimental y concretar las reglas de textura abierta que contempla el Reglamento⁵⁰; para este fin hay pocas pautas comunes, algunas de ellas sólo implícitas. Por ejemplo, el hecho de que el procedimiento elegido haya de servir a un doble fin, como acabamos de ver, restringe *de facto* el margen de acción del legislador local.

El Considerando 30 ofrece una indicación acerca del procedimiento al pronunciarse a favor de acumular todos los motivos —los previstos en el ordenamiento nacional, y los del art. 45— para resistir la ejecución. No concreta, sin embargo, si ello debe ocurrir en el marco general vigente en cada ordenamiento para la oposición a la ejecución, o en el contexto del procedimiento que (eventualmente) se diseñe *ex novo* para tramitar una solicitud de denegación de ejecución al amparo de los arts. 45 y ss. del Reglamento. La opción se deja en manos del legislador local.

El articulado, por su parte, hace una remisión general al Derecho nacional con la típica reserva «En la medida en que no esté recogido en el presente Reglamento» (art. 47): pero el Reglamento, como se ha dicho, es escueto. De la letra del art. 46 se infiere que la solicitud tendente a que la ejecución se deniegue es posible una vez se haya instado la misma (la ejecución); no se admite, por tanto, con carácter preventivo. En la sección se determinan los documentos que debe aportar el solicitante (art. 47), y se obliga a lo siguiente: debe existir una posibilidad de recurso, en tanto que otra ulterior no es necesaria (arts. 47.1, 49, 50); hay que resolver «sin demora» (art. 48); y el órgano jurisdiccional está facultado para suspender el procedimiento para la denegación, en cualquiera de sus estadios, si la decisión en causa está siendo objeto de recurso en el Estado de origen o el plazo para recurrirla no ha finalizado (art. 51). En consecuencia, la cuestión sobre cómo implementar procesalmente la posibilidad de resistencia ofrecida a la persona contra quien se solicita la ejecución, con base en los motivos del art. 45, queda pendiente.

⁴⁹ En el seno del Reglamento la relación entre las dos operaciones —reconocimiento y ejecución— no va más lejos; no se aborda el significado de denegación del reconocimiento en el marco de una solicitud ulterior para la denegación de la ejecución, o viceversa. BERAUDO, J. P., *op. cit.*, nota 32, núm. 47; HAU, W. (LINKE/HAU) *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6.^a ed., Colonia, Otto Schmidt, 2015, párr. 14.24.

⁵⁰ Es el caso del art. 43, sumado al Considerando 32: no impone un plazo concreto para notificar el certificado, pero sí exige que ello se haga con «antelación razonable». Algo similar ocurre en el art. 48: la decisión sobre la solicitud de denegación de la ejecución debe adoptarse «sin demora».

Cabe imaginar dos soluciones: intentar canalizar la oposición en el seno de procedimientos ya existentes, diseñados para resistir la ejecución de decisiones domésticas; o crear un nuevo cuadro procedural independiente, probablemente en la línea del extinto exequáтур. Esta última es la solución por la que por el momento se está optando⁵¹; seguramente es la respuesta que más facilita dotar de doble funcionalidad al proceso (que ha de servir, como vimos, para denegar la ejecución y para constatar la ausencia de motivos de no reconocimiento). Los nuevos procedimientos nacionales para la denegación del exequáтур se conciben como comportamientos estancos —el Considerando 30 ha caído en saco roto—.

3.3.2. *Motivos*

El TJ ha insistido en el pasado en mantener separados los estadios de exequáтур y ejecución: en el asunto 145/86 indica que una parte que no ha recurrido el exequáтур en el momento previsto para ello conforme al Convenio de Bruselas, art. 36, no podrá «alegar en la fase de ejecución de la resolución una razón válida que hubiera podido invocar en el marco de dicho recurso»; la solución debe ser aplicada de oficio⁵². Recíprocamente, en el asunto C-267/97 señala que no caben objeciones a la ejecución en el momento del exequáтур⁵³. La postura del TJ habría dado lugar a reacciones de diverso signo en función del Estado miembro considerado: en España viene a corroborar una situación (teóricamente) consolidada en el nivel nacional después de un largo periodo de discusión y de jurisprudencia contestable⁵⁴; en otros países, en cambio, se percibe como una oportunidad perdida de potenciar la eficacia del sistema⁵⁵. En Alemania la crítica suma consideraciones dogmáticas en relación con causas que se entiende se dirigen contra la decisión nacional sobre exequáтур, y no contra el título extranjero⁵⁶.

⁵¹ *Infra*, apartado 6.

⁵² ECLI:EU:C:1988:61, núm. 34.

⁵³ ECLI:EU:C:1999:213.

⁵⁴ La confusión entre reconocimiento y exequáтур, por una parte, y exequáтур y ejecución, por otra, ha sido una constante de la jurisprudencia española denunciada prontamente por la doctrina (véase ya REMIRO BROTÓNS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 305; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, EDERSA, 1981, pp. 162-163), y que se ha corregido sólo hasta cierto punto: véase ejemplos y comentario de MARTÍNEZ SANTOS, A., «Régimen procesal del reconocimiento y el exequáтур en el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000: algunos problemas prácticos de su aplicación en España», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M. P. (dir.), *La armonización del Derecho procesal tras el Tratado de Lisboa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 253-284, esp. pp. 270-277.

⁵⁵ LÓPEZ DE TEJADA, M., *op. cit.*, nota 6, párrs. 350 y ss.

⁵⁶ HESS, B., «Europäischer Vollstreckungstitel und nationale Vollstreckungsgegenklage», *IPRax*, 2004, pp. 493-494, esp. p. 494, con más referencias; BITTMANN, D. C., «Die Zulässigkeit materiellrechtlicher Einwendungen gegen einen Europäischen Vollstreckungstitel im Vollstreckungsstaat», *IPRax*, 2015, pp. 129-134, esp. p. 134. En Francia se ha planteado la misma cuestión en relación con el *délai de grâce*; la respuesta depende de la opinión acerca de si tal plazo se refiere a la deuda declarada en el Estado de origen, o si modifica los efectos de la decisión de exequáтур. Véase MUIR WATT, H., «Note Cour d'Appel de Paris (1er Ch.), 9 mars 1995», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 735-741, esp. p. 735.

La jurisprudencia del TJ no vale en el Reglamento refundido: los motivos del art. 45 son ahora causas para objetar la ejecución. No hay, por tanto, diferencia conceptual con otros motivos previstos al mismo efecto en los ordenamientos nacionales; conforme al art. 41 todos se suman. Ahora bien, las causas de oposición previstas a nivel local no se aceptan de forma incondicionada: depende de que sean compatibles con las causas que enumera el propio Reglamento refundido. Qué implica exactamente el requisito no es seguro. El hecho de que se haga referencia sólo a la compatibilidad de los ordenamientos de los Estados miembros con el art. 45 no es relevante, a nuestro juicio: no es verosímil que el legislador europeo haya querido limitar así el deber genérico de respetar el efecto útil del Reglamento. Resulta llamativo, en todo caso, que no se haga una referencia expresa a la prohibición de revisión en cuanto al fondo del art. 52: las razones más probables de incompatibilidad entre un ordenamiento nacional y el sistema del Reglamento se encuentran en las posibilidades que ofrezca el primero de esgrimir objeciones sustantivas contra la ejecución —lo que se acerca demasiado a una *révision du fond*—⁵⁷.

4. LA NECESIDAD DE NUEVOS EQUILIBRIOS Y REPARTOS

4.1. Ejecutante, ejecutado: a quién beneficia el sistema

¿Cómo afecta el Reglamento refundido a las posiciones respectivas del acreedor y deudor?

Por lo que se refiere al primero, *a priori* las perspectivas del vencedor en el litigio de origen de poder ejecutar rápidamente la sentencia en otro país mejoran con el Reglamento. Recíprocamente, empeoran las del deudor o persona contra la que se pide la ejecución. El paulatino avance de la libertad de circulación de decisiones en Europa permite concluir que la posición del deudor en un escenario transfronterizo se ha transformado: de encontrarse cómodamente protegido por las fronteras pasa a ver su patrimonio expuesto en un área geográfica muy extensa.

En realidad, la supresión del exequáтур obliga a buscar nuevas fórmulas para el equilibrio entre las partes. Señala el Considerando 29 que «la ejecución directa en el Estado miembro requerido de una resolución dictada en otro Estado miembro sin la declaración de fuerza ejecutiva no debe comprometer el respeto de los derechos de la defensa». Así se explica que el Reglamento acompaña la ejecutabilidad inmediata de la decisión extranjera de la facultad de pedir la denegación de ejecución por los motivos del art. 45. También, la facultad que se otorga al ejecutado de pedir la traducción de la decisión extranjera en el supuesto en que el Estado de su domicilio no coincida con el de origen (art. 43); la norma se inspira en el art. 8 del Reglamento sobre notifi-

⁵⁷ BITTMANN, D. C., *Von Exequatur zur qualifizierten Klausurerteilungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 194-208. Véase también *infra*, apartado 4.3.

cación. Merece la pena recordar que hasta que la traducción se proporcione al solicitante caben las medidas cautelares, pero no de ejecución (art. 43.3).

La preocupación por los derechos de defensa del deudor no es discutible. Cosa distinta es la impresión que produce el Reglamento de que sus disposiciones resultarán en la práctica en la mejora de la posición del ejecutado, y en detrimento del acreedor⁵⁸. La legitimación para alegar los motivos que contempla el art. 45, por ejemplo, es (y tiene que ser) ahora más amplia que bajo el régimen precedente; ello, porque antes operaban contra la solicitud de exequáтур y ahora se abren a la persona contra quien se solicita la ejecución, coincida o no con la parte demandada en el proceso de fondo (única legitimada pasiva, en cambio, en el trámite del exequáтур).

Hay otras reglas aptas para retardar⁵⁹, comprometer, o dificultar la ejecución. De entrada, la posición del acreedor se apuntala por la vía de eliminar formalidades y costes. Sin embargo, el art. 43 autoriza al deudor a solicitar la traducción de la resolución (ciertamente bajo algunas condiciones), y corresponde al acreedor proporcionársela soportando el gasto⁶⁰ —al menos en principio—⁶¹. La carga de contestar la ejecutabilidad de la decisión con base en los motivos del art. 45 recae sobre la persona contra quien se solicita la ejecución, y en este sentido es un gravamen para ella; no obstante, al mismo tiempo puede funcionar como una estrategia para ralentizar la ejecución, jugando con la difusa frontera entre el ejercicio legítimo de los derechos y su abuso. En opinión de la doctrina el riesgo de que el deudor aproveche la oportunidad es mayor cuanta menos experiencia posea la autoridad competente para decidir sobre este punto⁶².

Otras previsiones que no están concebidas pensando específicamente en proteger al ejecutado pueden terminar volviéndose en contra del ejecutante. Un ejemplo es la complejidad en la manera de reflejar datos el certificado: los intereses legales se indican por medio de referencia a la ley aplicable; si ésta es extranjera en relación con el lugar de ejecución a la autoridad competente no le resultará sencillo ni rápido hacer el cálculo. Otro ejemplo es el caso del recurso previsto en el art. 54 contra la adaptación de las medidas u órdenes desconocidas. Es cierto que la posibilidad se ofrece a ambas partes, pero es de esperar que en la mayoría de los casos la propuesta de adaptación provenga de la que está interesada en ejecutar⁶³: la contestación, por tanto, de la otra parte.

⁵⁸ La idea de que el Reglamento es parcial a favor del deudor aparece (y es criticada) en la literatura: HESS, B., «Urteilsfreizügigkeit nach der VO Brüssel-Ia: beschleunigt oder ausgebremst?», en *Festschrift für P. Gottwald zum 70. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 2014, pp. 273-281, esp. p. 278, «*Die Bevorzugung des Schuldners im Vollstreckungstaat*».

⁵⁹ *Supra*, apartado 2.1.

⁶⁰ De acuerdo con el Reglamento las traducciones deben ser realizadas por personas cualificadas (art. 57.3); reglas más tolerantes, como nuestro art. 144 de la LEC, no son aplicables.

⁶¹ El legislador nacional debe determinar quién corre con los costes en última instancia, pero tal como está redactado el Reglamento de entrada corresponden al ejecutante.

⁶² HESS, B., *op. cit.*, nota 58, p. 280.

⁶³ *Supra*, nota al pie núm. 40.

Finalmente, es preciso recordar que los riesgos o amenazas que pesan sobre el deudor y sus derechos, y de los que debe ocuparse el Reglamento, son los ligados al carácter transfronterizo del supuesto, y no otros; respecto a ellos la posición del legislador europeo debe ser neutra y permitir que se realicen las opciones de política legislativa preferidas por el legislador nacional⁶⁴. Es por este motivo por lo que el Reglamento no convence en este punto. El requisito de notificación del certificado al ejecutado antes de cualquier medida de ejecución, impuesto por el art. 43, elimina el efecto sorpresa: el deudor, avisado así de que se pretende la ejecución forzosa contra él en otro país (aunque no se identifique en cuál), podrá tratar de ocultar su patrimonio⁶⁵. Cabe preguntarse por qué razón el deudor merece ser protegido en una forma que pone en peligro las posibilidades de cobro del acreedor; o, dicho de otra manera, es dudoso que el carácter transfronterizo de la situación justifique que el deudor, que lo es ya por sentencia, conozca de antemano la intención de la parte vencedora de intentar la ejecución contra él en otro país. En todo caso: corresponde al legislador nacional decidir el momento de la notificación y por tanto el margen de maniobra de que dispone el deudor; y debe hacerlo procurando el equilibrio en la posición de la otra parte.

4.2. Sobre el rol de transición del exequáтур

Como dijimos al comienzo de este estudio la Propuesta de la Comisión de 2010 tendente a suprimir el exequáтур encontró la oposición de los círculos académicos. La mayor parte de la crítica se centraba en la desaparición de los motivos de oposición al exequáтур, en particular la cláusula de orden público. Sin embargo, abolir el exequáтур da lugar a otras consecuencias tal vez menos visibles, pero igualmente relevantes en la práctica. A alguna ya hemos hecho referencia⁶⁶. Otras se comprenden fácilmente: en los litigios transfronterizos se produce con frecuencia una ruptura entre los estadios procesales de cognición y de ejecución, intrínsecamente relacionados en el seno de cada sistema singular. Un ejemplo simple: en muchos sistemas legales la obligatoriedad de la representación legal en la ejecución depende de que fuera o no obligatoria en la fase previa; véase, por ejemplo, el art. 539 de la LEC. En un litigio transfronterizo surge la pregunta sobre qué ordenamiento (el de origen o el de la ejecución) es competente para decidir sobre la vinculación entre los dos estadios; en caso de que la misma exista, todavía hay que determinar si la representación en la ejecución depende de que fuera precisa en el proceso declarativo efectivamente desarrollado en origen, o de que hubiera

⁶⁴ Por ejemplo, en el sentido de relativizar la protección del deudor ya condenado atenuando la contradicción y la igualdad de armas, en el entendimiento de que debe ser menor que en la fase cognitiva del proceso precisamente porque ya hay condena.

⁶⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 18, pár. 32, subraya el impacto negativo de la disposición en la dinámica de la ejecución. CUNIBERTI, G., «La réforme du règlement Bruxelles I», *Droit et Procédures*, 2013, pp. 26-33, esp. p. 27, alude a la incoherencia entre la regla y el objetivo europeo de libre circulación de decisiones.

⁶⁶ Véase el apartado 3.2.2.

sido necesaria en el proceso declarativo de haberse sustanciado en el Estado de ejecución.

El exequáтур, como paso intermedio entre el Estado de origen de una decisión y el requerido, opera (idealmente) como puente entre ambos, reconectando los dos estadios mencionados y facilitando el tránsito de un sistema a otro: por un lado homologando la resolución extranjera, es decir, equiparándola a una nacional; por otro, al proveer un escenario y un tiempo para la adaptación si ésta hace falta⁶⁷. En ausencia de una declaración de ejecutividad las dificultades ligadas a la ruptura antes referida reaparecen. Un ejemplo es el de qué día tomar como referente para calcular el plazo para pedir la ejecución: sin un auto (o equivalente) de exequáтур no hay un *dies a quo* nacional para hacerlo⁶⁸. Dudas similares se producen en torno al *délai de grâce* que algunos ordenamientos conceden al deudor para que cumpla voluntariamente la sentencia.

Por virtud de su función de homologación el exequáтур ayuda a establecer una línea divisoria entre las cuestiones que caen en el ámbito de aplicación de la *lex fori*, y las que corresponden a la *lex causae*, ley del Estado miembro de origen; una separación que no necesariamente sigue la pauta utilizada para decidir lo que corresponde decidir a cada una de las jurisdicciones en juego (Estado de origen y Estado de la ejecución). La cuestión se relaciona con la del alcance y relación entre principios sistémicos fundamentales de la UE, como son el de equivalencia o asimilación, y el de extensión de efectos. Mientras que la delimitación teórica entre ellos es clara (el primero se refiere a los aspectos procesales de la ejecución, el segundo a las consecuencias materiales de la fuerza ejecutoria del título)⁶⁹, su implementación en la práctica no es sencilla. El exequáтур, por supuesto, no resolvía todas las dudas, pero ayudaba a arrojar cierta luz en la materia. Como consecuencia de abolir el exequáтур incertidumbres que ya existían bajo el régimen del Reglamento Bruselas I serán experimentadas ahora con más fuerza⁷⁰. De nuevo un ejemplo es la prescripción⁷¹. La aplicabilidad de las reglas en vigor en el Estado de origen de la decisión tiene sentido, por cuanto la cuestión está ligada al carácter ejecutable del título. Sin embargo, también la *lex fori* tiene algo que decir, por cuanto como consecuencia del exequáтур se dota a la decisión extranjera de ejecutividad en el foro: es por ello por lo que la segunda solución ha prevalecido en algunos países⁷². La supresión del exequáтур lleva consi-

⁶⁷ TIMMER, L. J., *op. cit.*, nota 6, pp. 137-138; y nota precedente.

⁶⁸ En numerosos sistemas es ese el día para el cálculo; no en España, donde de acuerdo con la *Sentencia del TS*, de 16 de octubre de 2014, ES:TS:2014:4838, el momento relevante es el de la adquisición del carácter definitivo por la resolución extranjera en el Estado de origen, y la solicitud de declaración de ejecutividad forma parte del procedimiento de ejecución mismo a los efectos de la prescripción o la caducidad (*sic!*) de la acción ejecutiva.

⁶⁹ Sobre el alcance del principio de extensión de efectos *supra*, apartado 3.2.

⁷⁰ LÓPEZ DE TEJADA, M., *op. cit.*, nota 6, párrs. 362 y ss.

⁷¹ El periodo de gracia es otro ejemplo: RAMOS ROMEU, F., *op. cit.*, nota 29, p. 122.

⁷² *Sentencia de la Cour de Cassation Civ. Ire*, de 19 de marzo de 1991, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, p. 108, nota ANCEL, B.; *Sentencia del TS*, de 16 de octubre de 2014, ES:TS:2014:4838.

go en el Reglamento (CE) núm. 4/2009 (art. 21.2) la no-decisión entre una y otra ley; ambas están llamadas a regir este punto, prevaleciendo en cada caso la que establezca un periodo más largo (a favor, por tanto, del acreedor de alimentos, lo que se explica en el contexto particular del Reglamento en cuestión). En el marco del Reglamento refundido hay que preguntarse si la desaparición del exequátor conlleva la de la posibilidad de oponerse a la ejecución sobre la base de la prescripción según la *lex fori*. La cuestión debe ser tratada con cautela a la vista de las diferencias entre los ordenamientos de los Estados miembros en cuanto a los límites temporales para solicitar la ejecución (doce años en Irlanda; cinco en España; treinta en Alemania).

4.3. Oposición a la ejecución por motivos atinentes al fondo del asunto

En materia de oposición a la ejecución es frecuente que se distinga entre motivos procesales y de fondo, o sustantivos, que afectan a la existencia o al contenido de la obligación de las partes documentada en el título. En España la alegación de motivos de fondo abre un incidente declarativo en el proceso de ejecución. Aparte de ello, y a modo de compensación al carácter tasado de los motivos de oposición en sede de ejecución, se prevé un proceso declarativo independiente donde discutir otras causas basadas en circunstancias nacidas una vez precluidas las posibilidades de alegación en juicio (art. 564 de la LEC). A la luz de la naturaleza de estos motivos y similares en otros ordenamientos⁷³ es pertinente preguntarse dónde hay que discutirlos en casos transfronterizos: si en el Estado de origen o en el Estado requerido. En el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 la cuestión se aborda en el art. 22.2 en relación con el pago: a instancia del demandado, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución denegará ésta cuando el demandado haya pagado al demandante el importe fijado en el requerimiento europeo de pago, y en la medida en que lo haya efectuado. En principio la solución es distinta en el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo: la supresión del exequátor se acompaña del encargo al Estado de origen de todos los controles sobre la decisión que va a circular; ahora bien, la práctica se ha desviado en la dirección opuesta⁷⁴. El TJ, por su parte, indicó *obiter dicta* en el as. C-139/10 que la ejecución de una resolución judicial en modo alguno elimina su carácter ejecutorio, pero que «ese motivo puede estar sujeto al examen del órgano jurisdiccional de ejecución del Estado miembro requerido», ya que «según reiterada jurisprudencia, una vez que una resolución queda integrada en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, las normas nacionales

⁷³ Otro ejemplo típico es el § 767 ZPO (*Vollstreckungsabwehrklage*). Sobre otras similares en otros sistemas legales BITTMANN, D. C., *op. cit.*, nota 57, pp. 182-194.

⁷⁴ *OLG Colonia*, de 21 de noviembre de 2014, *IPRax*, 2015, p. 158. La decisión trata de las objeciones materiales del § 767 ZPO a la ejecución en Alemania de una transacción homologada en Austria. Para el OLG las objeciones deben ser discutidas y decididas por el juez de la ejecución, y no ante el juez de origen. Crítico, BITTMANN, D. C., *op. cit.*, nota 57, p. 129.

de este último Estado relativas a la ejecución se aplican de la misma manera que a las resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales»⁷⁵. La pregunta remitida por el órgano nacional era más amplia, cubriendo además del cumplimiento cualquier otro motivo surgido después de ser adoptada la resolución a ejecutar.

La falta de distinción entre tipos de motivos en el art. 41.2 del Reglamento Bruselas I bis, así como en el Considerando núm. 30, apuntan a que se sigue en él la misma pauta. Ahora bien, si esta solución se impone creará un efecto disuasorio en la iniciativa de la «exportación» de decisiones: supone que una discusión que afecta al fondo de asunto se podría llegar a replantear hasta en 27 Estados miembros —al menos, en todos aquellos diferentes al de origen en donde se pretenda la ejecución de la resolución—. El resultado no parece compatible con los objetivos principales de la UE en el espacio de libertad, seguridad y justicia⁷⁶. Es pertinente, por tanto, sugerir que la interpretación del art. 41 vaya en el otro sentido.

5. INTEGRACIÓN. INTERPRETACIÓN EN SU CONTEXTO

El Reglamento refundido es una *joint-venture*: el legislador nacional está llamado a cooperar en la implementación del texto, en muchas ocasiones con gran libertad y amplio alcance. La pregunta es cómo reaccionar ante aspectos que el Reglamento no resuelve, pero tampoco traslada para su regulación al otro legislador.

No hay una sola respuesta. En su jurisprudencia a propósito del margen de acción de las autoridades nacionales en los Estados miembros para completar los textos comunes el TJ ofrece como pauta el que exista o no armonización en el instrumento comunitario considerado: así se ha pronunciado, por ejemplo, a propósito del art. 7 del Reglamento (CE) núm. 1896/2006, en el as. C-215/11⁷⁷. Importa también la fórmula elegida para llamar al legislador nacional. El art. 26 del mismo Reglamento señala que «todas las cuestiones procesales no tratadas expresamente en el presente Reglamento se regi-

⁷⁵ ECLI:EU:C:2011:653, núm. 40.

⁷⁶ HESS, B., *op. cit.*, nota 58, pp. 279-280. Al mismo tiempo es imaginable que otros autores aprobarán este aspecto del Reglamento, por cuanto ya se han expresado en ese sentido en relación con el título ejecutivo europeo: BITTMANN, D. C., *op. cit.*, nota 56, p. 130. En España GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El título ejecutivo europeo*, Cizur Menor, Civitas, 2006, párr. 124, nota 12, a favor de una distinción entre las objeciones que se basan en hechos extintivos sobrevenidos, y objeciones que afectarían la validez o la eficacia del título *ab initio*. La propuesta no elimina la pluralidad de procedimientos, por cuanto los hechos nuevos se discutirían en el/los Estado/s de la ejecución, y la decisión adoptada en este sentido tendría un alcance territorial limitado. La jurisprudencia española no ofrece ejemplos que apunten claramente en un sentido u otro; si se encuentra enunciada de forma abstracta la idea de que los motivos, aún sobrevenidos, que impiden la ejecución, no son alegables contra el exequártur pero sí contra la ejecución, lo que en principio sustenta la idea de que habrá que oponerlos en todos y cada uno de los países en que la misma se solicite: véase por ejemplo el *Auto del TS*, de 4 de marzo de 2003, JUR/2003/87950. Insistimos, en todo caso, en que no cabe hablar de una toma de postura concluyente.

⁷⁷ ECLI:EU:C:2012:794.

rán por el Derecho nacional», y a la luz de la decisión del TJ en los asuntos C-119/13 y C-120/13⁷⁸ es posible sostener que el adverbio «expresamente» es relevante. Proyectando estos criterios sobre el Reglamento refundido cabe afirmar que el legislador nacional posee margen para aportar soluciones a aspectos que el Reglamento no toca —siempre dentro del respeto a los principios de efecto útil, y en su caso, de efectividad y equivalencia—⁷⁹. Ahora bien, que lo haga puede generar nuevas preguntas: por ejemplo, si en el Estado miembro de origen se admite un recurso para rectificar errores materiales del certificado, ¿dejaría de ser posible contestarlo en el Estado requerido?⁸⁰.

La integración es también una cuestión de interpretación del Reglamento. En principio las pautas a seguir son las comunes. Recuerda el Considerando 34 que donde se reproducen soluciones ya vigentes en el sistema anterior⁸¹ cabrá presumir que las interpretaciones realizadas por el TJUE se mantienen: por ejemplo, para determinar qué es «ejecutable» valen las aportaciones del TJ en el asunto C-267/97, así como en el as. C-139/10⁸². Es interesante resaltar que la tabla de equivalencias con el Reglamento Bruselas I no es fiable, por cuanto no las refleja siempre debidamente: por ejemplo, en lo relativo al art. 40, equiparable al art. 47 del Reglamento Bruselas I.

La puerta debe quedar abierta, no obstante, a interpretaciones diferentes cuando a pesar de la identidad literal entre el nuevo y el antiguo Reglamento el contexto en el uso de una expresión varíe. Es lícito, por ejemplo, cuestionar la continuidad en la interpretación de reglas que conservan la misma dicción literal pero cuya función (¿naturaleza?) cambia, como sucede con los motivos enunciados en el actual art. 45: anteriormente empleados como obstáculos a la declaración de ejecutividad en el Estado requerido, ahora pasan a ser causas de denegación de la ejecución en sentido estricto⁸³. De forma

⁷⁸ ECLI:EU:C:2014:2144, núm. 45.

⁷⁹ El «efecto útil» se predica del propio texto de la UE que es complementado por el legislador nacional. Los otros dos principios operan enmarcando la autonomía procesal de los Estados miembros en el contexto de la implementación de derechos conferidos al individuo por el propio ordenamiento de la UE —véase por ejemplo el as. C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, núm. 50—: «A falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al juez que conozca del proceso declarativo, competente para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las que se estableció el título ejecutivo, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)».

⁸⁰ Tales preguntas no serán frecuentes; por ahora los legisladores nacionales arriesgan poco. Véase no obstante el § 1116 ZPO alemana, que va más allá del supuesto de suspensión de la fuerza ejecutiva de la decisión en origen a los efectos del art. 51.

⁸¹ No se mencionan los Reglamentos previos que suprimen el *exequatur*; en principio la solución es la misma.

⁸² ECLI:EU:C:1999:213, el primero; ECLI:EU:C:2011:653, el segundo.

⁸³ Los motivos del art. 45, de apreciarse, impedirán la ejecución en el Estado requerido —no en el de origen, y tampoco en cualquier otro Estado miembro—. Ello no significa que sean automáticamente asimilables a los otros obstáculos a la ejecución en sentido propio, lo que justifica (sumado a

implícita o explícita los autores aceptan la aplicabilidad de la jurisprudencia recaída a propósito de los arts. 34 y 35 del Reglamento Bruselas I⁸⁴.

Otro ejemplo surge al hilo de lo que sea «cualquier parte interesada» (art. 53 del Reglamento Bruselas I bis, art. 54 del Reglamento Bruselas I). Para ella se ha propuesto una interpretación amplia y adaptada al sustancial cambio que representa la supresión del exequártur⁸⁵. La proposición tiene sentido en relación con aquellos ordenamientos donde exista una diferencia entre la legitimación activa para solicitar el exequártur y la ejecución, siendo ésta más amplia: y es que la relación íntima entre exequártur y ejecución no implica necesariamente que la legitimación para pedir la segunda (o padecerla, como ejecutado) se comunique al proceso previo⁸⁶.

La tarea de interpretación de los elementos nuevos en el Reglamento cuenta también con los trabajos previos⁸⁷ y con las explicaciones que provee el propio Reglamento en el Preámbulo. En la línea de lo que ocurre en otros instrumentos recientes de la UE, como el nuevo Reglamento sobre insolvencia, los Considerandos del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 han ganado en extensión y detalle, lo que conduce a preguntarse si poseen un valor interpretativo superior a otros criterios hermenéuticos; ello se traduciría en la necesidad de una mayor argumentación por parte de quien sostenga una interpretación distinta. La cuestión es discutida.

6. LA IMPLEMENTACIÓN DEL REGLAMENTO EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

6.1. Las primeras reacciones nacionales

La necesidad de modificar las reglas nacionales para adecuarlas al Reglamento, o de adaptar otras nuevas, se hizo evidente muy pronto para los Estados miembros. Algunos introdujeron las modificaciones que estimaron pertinentes ya antes del 10 de enero de 2015: es el caso de los Países Bajos⁸⁸,

la necesidad de respetar las pautas que indica el Reglamento mismo) la oportunidad de articular un procedimiento distinto para encauzar su alegación por la persona contra quien se solicita la ejecución. Véase *infra* apartado 6.2, el caso español.

⁸⁴ FITCHEN, J., «Art. 45», en DICKINSON, A. y LEIN, E., (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, OUP, 2015, núms. 13.555 y ss.; GASCON INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 18, párr. 42.

⁸⁵ *Supra* apartado 3.1.

⁸⁶ Véase en este sentido, en relación con la diferencia en la legitimación pasiva para uno y otro proceso, los *Autos de la AP de Málaga*, de 22 de junio de 2000, JUR/2000/283925; de 20 de septiembre, JUR/2001/75705; de 18 de octubre de 2000, n. 260/2000, JUR/2001/44012; de 18 de octubre de 2000, n. 270/2000, JUR/2001/108636.

⁸⁷ Es muy ilustrativo en este sentido el análisis que se lleva a cabo en el Capítulo 13 del libro *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, OUP, 2015, explicando pormenorizadamente los cambios entre los documentos de las diferentes instituciones implicadas en el proceso legislativo.

⁸⁸ La regulación holandesa, de 22 de enero de 2014, puede consultarse aquí: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/33676/stb-2014-40?resultIndex=2&sorttype=1&sortorder=4>. A nuestro conocimiento no existe traducción de la misma.

Alemania, el Reino Unido, Irlanda y Polonia. Otros, como Luxemburgo⁸⁹ y España⁹⁰, están en estos momentos en el proceso de cambio. Finalmente, en otros no parece haber aún iniciativa legislativa tendente a complementar el texto de la UE⁹¹.

6.1.1. Alemania

En Alemania el Reglamento se implementa mediante modificaciones a normas en vigor, a través de la *Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften*, de 8 de julio de 2014⁹². La ley añade disposiciones a la ZPO (§ 1110 a § 1117) especificando la autoridad —el *Rechtspfleger*— a cargo de expedir el certificado (§ 1110). A través de un reenvío a otras normas de la misma ZPO se establece el procedimiento para la expedición (con audiencia al deudor o sin ella: § 1111, sec. 1), y para impugnarla (§ 1111, sec. 2). El art. 39 del Reglamento se refleja en el § 1112, que elimina la *Vollstreckungsklausel* que convierte las decisiones extranjeras en ejecutivas en Alemania. El § 1114 encomienda la adaptación de las medidas extranjeras desconocidas al *Gerichtsvollzieher* y el *Rechtspfleger*, recordando que cabe recurrir su decisión. El § 1115 se ocupa de la solicitud de denegación de reconocimiento o ejecución de la resolución extranjera: indica qué tribunal es competente (competencia territorial y funcional), desarrolla aspectos procedimentales (motivación de la decisión; necesidad de audiencia), y los efectos sobre la ejecución de la decisión. El efecto potencial de la suspensión de la fuerza ejecutiva en origen sobre su ejecución en Alemania se contempla en el § 1116, que de hecho va más allá de lo dispuesto en el Reglamento por cuanto incluye el supuesto de limitación de la fuerza ejecutiva, al que el Reglamento no alude. Finalmente, el § 1117 responde, en forma afirmativa, a la cuestión sobre si cabe alegar en Alemania, en el estadio de la ejecución, objeciones sustantivas basadas en motivos que surgen con posterioridad al último momento en que cabría invocarlos en el proceso de fondo. El tribunal competente en este sentido coincide con el mismo del que cabe solicitar la denegación de la ejecución conforme al § 1115.

El hecho de que el legislador alemán haya reaccionado tan rápidamente abriendo caminos para la aplicación del Reglamento es loable. Cosa distinta es que las soluciones sean totalmente convincentes: ya hay críticas de la

⁸⁹ En Luxemburgo la implementación del Reglamento ha tenido lugar por virtud de la *Lo 1 avril 2015 relative à la mise en application du règlement (CE) nûm. 1215/2012*.

⁹⁰ España realizó en tiempo la comunicación a que se refiere el art. 75 del Reglamento refundido: véase https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-es-es.do?member=1. *Infra*, apartado 6.2, sobre la necesidad de otras acciones para facilitar la aplicación del Reglamento en España.

⁹¹ Es por el momento el caso de Bélgica o Francia. El hecho de que la solicitud de denegación requiera algo más que un mero control de condiciones formales ha llevado a la doctrina a proponer la vuelta a la solución bajo el Convenio de Bruselas, es decir al presidente del *Tribunal de Grande Instance*: CUNIBERTI, G., *op. cit.*, nota 65, p. 28. El *juge de l'exécution* podría ser una alternativa eficiente: *id. loc.*

⁹² BGBl. 2014 I 890.

doctrina. Tales críticas no son trasladables necesariamente a otros Estados miembros, en la medida en que se dirigen contra particularidades de las opciones alemanas que podrían no concurrir en otros sistemas: es el caso de la investidura de los *Landgericht* con la competencia para conocer de las solicitudes de denegación de ejecución, que revoca la todavía vigente atribución a una sala especializada en el *Oberlandgericht*. Los autores temen que la parte contra quien se solicita la ejecución se aproveche de la falta (presumible) de experiencia de estos órganos⁹³.

6.1.2. *Reino Unido e Irlanda*⁹⁴

En el Reino Unido se han aprobado varios *Regulations* con el fin de facilitar la aplicación del texto europeo a partir del 10 de enero de 2015⁹⁵. Los acompaña una *Explanatory Note* en la que se alude explícitamente a la supresión del exequártur como cambio mayor del Reglamento —que compelle por tanto a modificaciones de la ley nacional—. En consecuencia se han introducido cambios en la normativa vigente relativa al exequártur (*registration*), en ocasiones derogándola. Curiosamente no hay mención a la solicitud de denegación de ejecución. La adaptación de las medidas u órdenes desconocidas corresponde al órgano jurisdiccional por demanda de la parte interesada, o de oficio.

Irlanda ha aprobado *Regulations* en vigor desde el 10 de enero de 2015, a citar como *European Union (Civil and Commercial Judgments) Regulations 2015*, para asegurar el pleno efecto del Reglamento refundido. Se declara que las decisiones extranjeras con fuerza ejecutiva en origen poseen la misma fuerza y efecto que una decisión irlandesa, y pueden ser ejecutadas como si fueran una resolución de una *High Court*. La *High Court* es competente para las solicitudes de denegación de ejecución; cabe que el rechazo sea sólo parcial. La suspensión de la fuerza ejecutiva en origen paraliza la ejecución en Irlanda a petición de la persona ejecutada. La adaptación de las medidas en el sentido del art. 54 del Reglamento requiere una solicitud *ex parte* al *Master* de la *High Court*. No hay referencia a que la decisión a este efecto sea recurrible.

6.1.3. *Polonia*

En Polonia se ha llevado a cabo una modificación del Código de Procedimiento Civil a fin de adaptarlo a diversos Reglamentos europeos, incluyendo

⁹³ HESS, B., *op. cit.*, nota 58, p. 279. Los *Landgericht* habían sido las autoridades competentes bajo el Convenio de Bruselas; es por ello por lo que la solución adoptada bajo el Reglamento parece un paso atrás: *op. ult. cit.*; HAU, W., *op. cit.*, nota 49, párr. 14.25.

⁹⁴ Hay reformas también en Escocia, en virtud de la *Act of Sederunt (Rules of the Court of Session Amendment) [Regulation (EU) No. 1215/2012] 2015*, en vigor desde el 7 de febrero. La mayoría de las reformas consisten simplemente en la publicación de formularios uniformes para diversas solicitudes.

⁹⁵ *Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) Regulations 2014*.

el Reglamento Bruselas I bis. Los cambios han entrado en vigor el 10 de enero de 2015. Las nuevas reglas —arts. 1.153 (13) a 1.153 (25)— incorporan los mandatos del Reglamento a propósito de la adaptación de las medidas desconocidas, y los relativos al impacto de los avatares de la resolución extranjera en origen sobre el procedimiento local de ejecución. Los arts. 1.153 (23) y (24) establecen las reglas sobre competencia territorial y recursos cuando la parte ejecutada solicita la denegación de la ejecución en los términos del art. 45.

6.2. El caso español

Aunque no es especialmente tardía, lo cierto es que la reacción española al Reglamento se ha hecho esperar algo más que la de otros legisladores. Con fecha de 31 de julio de 2015 se publicaba oficialmente la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en material civil⁹⁶, con entrada en vigor veinte días después. Por virtud de su DA 2.^a se modifica la LEC con, entre otros extremos, la incorporación de una nueva DF 25.^a de Medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (UE) núm. 1215/2012.

6.2.1. *La necesidad de intervención legislativa*

Antes de la Ley 29/2015 la aplicación del Capítulo III del Reglamento Bruselas I bis en España generaba (en el plano teórico⁹⁷: no hubo tiempo para verlas en la práctica) una serie de preguntas a la luz de la normativa vigente⁹⁸. Así, por ejemplo, siendo España el país de origen de la decisión a ejecutar cabía dudar acerca de la autoridad a cargo de emitir el certificado en el sentido del art. 53 del Reglamento; una respuesta plausible apuntaba a la misma que dictó la resolución, extendiendo a este caso de la solución de la DF 21.^a de la LEC 2000⁹⁹.

⁹⁶ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁹⁷ Sobre este punto véase también, con algunas proposiciones distintas, SÁNCHEZ LORENZO, S., «El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 («Bruselas I bis»)», *La Ley Unión Europea*, abril 2015, pp. 5-16, esp. pp. 11-12.

⁹⁸ Algunas se mantienen tras la entrada en vigor de la ley citada. Por poner un ejemplo que además es ya tradicional: la ejecución en España de una decisión dictada en un Estado miembro con posterioridad al 10 de enero de 2015 tendrá lugar conforme a las reglas previstas en los arts. 517 y ss. de la LEC; en este marco, ¿qué juez ostentará la competencia territorial?. El criterio retenido para las decisiones domésticas es funcional, es decir, el mismo tribunal que resolvió sobre el fondo en primera instancia es competente para la ejecución (art. 545.1 de la LEC). Por razones obvias esto no es aplicable al caso de la decisión extranjera. Dos soluciones parecen posibles: la del art. 545.3 de la LEC, que contempla la ejecución basada en títulos distintos, entre otros, de las resoluciones judiciales (ciertamente, la decisión judicial extranjera es un título judicial, pero no asimilable a los nacionales a los efectos de competencia territorial); o la DF vigésimo primera, apartado 5 de la LEC, que establece la competencia para el título ejecutivo europeo.

⁹⁹ Medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) núm. 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

Más compleja era la cuestión de la vía procesal para solicitar la denegación de ejecución por los motivos del art. 45 del Reglamento. La ausencia de un procedimiento *ad hoc* autorizaba imaginar dos soluciones: la primera, integrar la oportunidad dada al deudor en el seno del procedimiento de ejecución mismo; volvemos sobre ella más abajo. La segunda habría sido recurrir al art. 564 de la LEC —conscientes de que se fuerza la norma—. El precepto permite un nuevo proceso de cognición si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio, se producen hechos o actos distintos de los admitidos como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante. Cabría sostener que los argumentos previstos en el art. 45 del Reglamento sólo adquieran relevancia después de precluida la posibilidad de alegarlos en el juicio original: al fin y al cabo tal relevancia depende del ordenamiento del Estado requerido, y cuál sea éste sólo se conoce una vez recaída la sentencia y hecha la selección del Estado de ejecución por parte del acreedor. El razonamiento no casa, sin embargo, con la tendencia cada vez más extendida en el ámbito de la UE que condiciona el recurso a los motivos de no reconocimiento/ejecución a la imposibilidad de alegarlos en el Estado de origen, reduciendo o directamente privando así de trascendencia a la regulación que al respecto exista en el Estado requerido [art. 34.2 Reglamento Bruselas I, art. 45.1.b) Reglamento Bruselas I bis; recientemente, Sentencia del TJ en el as. C-681/13 a propósito del orden público¹⁰⁰]¹⁰¹. Aparte de ello el art. 564 no indica el procedimiento a seguir; habría aún que identificar «el que corresponda» de conformidad con los criterios al uso (la materia y la cuantía), terminando según el caso en un declarativo ordinario, cauce probablemente excesivo para discutir los motivos del art. 45 Reglamento¹⁰².

Tampoco la primera opción —canalizar el art. 45 a través del procedimiento previsto para la ejecución ordinaria¹⁰³— estaba exenta de dudas¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ECLI:EU:C:2015:471, núm. 1 del fallo: «Cuando comprueba la eventual existencia de una violación manifiesta del orden público del Estado requerido, el juez de ese Estado debe tener en cuenta que, salvo que concurran circunstancias particulares que dificulten o imposibilitem el ejercicio de los recursos en el Estado miembro de origen, los justiciables deben utilizar en ese Estado miembro todos los recursos disponibles para prevenir tal violación en un nivel superior».

¹⁰¹ A primera vista lo que determina la posibilidad de alegar en el Estado requerido los motivos del art. 34 del Reglamento Bruselas I, o art. 45 el Reglamento Bruselas I bis, es la diligencia o falta de diligencia del deudor en el Estado de origen. La conclusión es la misma en todo caso: las eventuales divergencias en la configuración del orden público, o del derecho de defensa, son indiferentes —como sucede, en una versión más perfecta, en los Reglamentos donde todas las defensas se agotan en el Estado de origen—.

¹⁰² Como resultado final de la supresión de un exequártur que era simple y rápido la situación no podría ser más paradójica.

¹⁰³ Por oposición a la ejecución provisional. Las reglas para este tipo de ejecución en la LEC se adaptan mal (más exactamente: peor que las previstas para la ejecución en general) al Reglamento: la oposición contra la ejecución provisional y contra actuaciones ejecutivas concretas está muy limitada (art. 528); no hay recurso contra el auto que decide sobre la oposición a la ejecución provisional o a medidas ejecutivas concretas (art. 530.4).

¹⁰⁴ Algunos aspectos de más sencilla respuesta: el certificado del art. 53 debería ser notificado a la persona contra la que se solicita ejecución antes del despacho de la misma, o como muy tarde con él. El

El deudor no es oído antes del despacho de ejecución por el juez, al que sigue la providencia en virtud de la cual el secretario judicial adopta las medidas de ejecución específicas. Una vez que recibe la notificación puede oponerse a ambas cosas¹⁰⁵: éste sería el momento para argumentar motivos del art. 45 del Reglamento. Ahora bien, de acuerdo con el régimen de ejecución en vigor en España cabe oponerse a la misma por motivos tanto procesales como sustantivos, pero ambos tipos de argumentos son tasados. El art. 556 de la LEC, de hecho, sólo contempla dos motivos sustantivos: el pago y la caducidad de la acción ejecutiva. Algo más flexible es la categoría de los motivos procesales, que enumera el art. 559: está admitido que las causas que allí aparecen permiten acomodar una variedad de argumentos. Sea como fuere, el hecho de que las listas sean cerradas no podría impedir a la persona contra quien se dirige la ejecución esgrimir los motivos del art. 45 del Reglamento refundido. Sin embargo, habría que decidir si éstos son un conjunto independiente de razones contra la ejecución, a sumar a las que ya existen en la LEC, o si por el contrario habría que reconducirlas a las categorías que allí existen; y en este caso, si a la de los motivos sustantivos de oposición, o a la de los procesales¹⁰⁶. De preferirse la segunda opción una clasificación aceptable podría haber sido entre las causas que conducen a la nulidad radical del despacho de ejecución por carecer el título de los requisitos legales para ser ejecutado (art. 559.3). No obstante hay que recordar que la doctrina española ya había respondido en sentido opuesto a esta posibilidad en relación con el art. 21 del Reglamento sobre el título ejecutivo europeo¹⁰⁷.

Igualmente incómoda era la cuestión de los recursos. La comunicación de España a la Comisión conforme al art. 75 del Reglamento permite la apelación ante la Audiencia Provincial, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Sin embargo, conforme a las reglas en vigor para la ejecución forzosa actualmente es posible la apelación ante la Audiencia (art. 561.3), pero no un recurso ulterior. Una situación similar (hasta cierto punto) se producía bajo el Reglamento Bruselas I¹⁰⁸; la primacía del Derecho de la UE obligaba en este caso a admi-

secretario judicial, a quien corresponde la adopción de las medidas de ejecución, sería probablemente el encargado de adaptar las que aparecieran ya en la resolución extranjera y fueran desconocidas en España. El recurso al que se refiere el art. 54 del Reglamento quedaría asegurado por el art. 551.5 de la LEC.

¹⁰⁵ El ejecutante puede contestar la oposición; el procedimiento es contradictorio en este estadio (art. 529.2 para la ejecución provisional; arts. 559.2 y 560 para la ordinaria).

¹⁰⁶ O incluso a unos u otros en función del motivo considerado entre los previstos en el art. 45 del Reglamento. Merece la pena recordar el tratamiento procesal de los motivos de oposición: los procesales en primer término, y los sustantivos en segundo lugar; una audiencia es posible en relación con estos últimos a instancia de parte.

¹⁰⁷ Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, nota 76, párr. 125; RAMOS ROMEU, F., *op. cit.*, nota 29, p. 127, citando a GASCÓN INCHAUSTI, F.; sobre el art. 22.1 Reglamento sobre el proceso monitorio europeo, GARCÍA CANO, S., *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, párr. 202.

¹⁰⁸ El exequátor toma en España la forma de auto; como regla no cabe el recurso de casación contra los autos, pero ha sido necesario admitirlo en el contexto del Reglamento Bruselas I al estar contemplado en él.

tir igualmente el recurso ante el TS. El escenario no es el mismo ahora por cuanto el legislador comunitario sólo obliga a habilitar *un* recurso; aunque con reservas, cabría argumentar que el que se ofrece a mayores no tiene propiamente cobertura en el Derecho de la UE. Sea como fuere, el recurso contra la decisión de segunda instancia a propósito de la denegación de la ejecución sólo podría basarse en los motivos previstos en el art. 45 del Reglamento, y nunca en los de la LEC.

Finalmente, quedaba por determinar la forma de canalizar en el sistema español las opciones que conforme al art. 44.1 del Reglamento se ofrecen a la autoridad competente para la ejecución en caso de solicitud de denegación de la ejecución por razones del art. 45. La limitación del procedimiento a medidas cautelares (art. 44.1.1), así como el condicionamiento de la ejecución a garantías (art. 44.1.2) podrían tener cabida en lo dispuesto en el art. 561.3, segundo párrafo. En cambio, la suspensión del procedimiento (art. 44.1.3) resultaba más difícil de articular: suspender la ejecución es una posibilidad poco frecuente en el caso de la ejecución ordinaria y requiere una previsión legal específica (art. 565 LEC). La oposición de la persona contra la que se solicita la ejecución no la suspende (art. 556.2); si se desestima la oposición y ello se recurre tampoco el recurso paraliza la ejecución (art. 561.3, apdo. 1). La ejecución sí puede ser suspendida en caso de que la oposición se acepte (art. 561.3, apdo. 2).

6.2.2. *La Ley de Cooperación Jurídica Internacional*

La DF segunda de la Ley 29/2015 modifica la LEC incluyendo en ella medidas para facilitar la aplicación del Reglamento Bruselas I bis vía una nueva DF vigésima quinta. La reciente aprobación del texto —simultánea al momento en que esto se escribe— sólo permite hacer una valoración global de urgencia, y sumar algunos comentarios específicos. En relación con lo primero se aprecia que no es un texto elaborado, lo que parece una oportunidad perdida: quedan abiertos aspectos que el operador jurídico necesitará resolver en la práctica, como el de la relación entre el juicio verbal que canaliza los motivos del art. 45 del Reglamento y la oposición que se regula en la LEC, arts. 556 y ss. —en principio, a la luz del diseño previsto en la nueva ley—¹⁰⁹, correrán en paralelo.

En gran medida la DF remite al propio Reglamento, reproduce su letra o la reformula; en este último supuesto no siempre de manera afortunada. Es el caso del punto 4.6 de la DF en relación con el art. 51 del Reglamento: en éste se contempla la facultad del juez de indicar un plazo para la interposición de recurso en el Estado de origen cuando se pida la suspensión de la ejecución

¹⁰⁹ Véase más adelante en este mismo epígrafe. El punto 4.3 de la DF permite al demandante de la denegación de ejecución solicitar las medidas previstas en el art. 44.1 del Reglamento; no hay en cambio una previsión para la situación aludida —la persona contra quien se pide la ejecución se opone a ella por alguna de las razones previstas en la LEC—.

sobre la base de que tal recurso es aún posible¹¹⁰. No ocurre así en la ley; sin embargo, a nuestro juicio es dudoso que esté en manos del legislador nacional eliminar la posibilidad que el Reglamento brinda directamente al órgano jurisdiccional. Tampoco convence la forma en que se alude (punto 6 DF) a la adaptación prevista en el art. 54 del Reglamento: en éste lo que se adapta son medidas u órdenes de la resolución extranjera, y no esta misma. No se comprende, además, el porqué de una remisión al Reglamento europeo en cuanto a la manera de llevar a cabo la adaptación, cuando habría sido mucho más simple y directo reiterar la idea de encontrar equivalentes y la prohibición de dotar en el foro a la medida extranjera de más efectos que los que tiene en origen; y más útil proporcionar pautas concretas para operar la adaptación.

En puntos del Reglamento en que es precisa una intervención complementaria la DF realiza en ocasiones remisiones internas a disposiciones de la LEC: es lo que ocurre al respecto de las medidas cautelares aludidas en el art. 40 (punto 2.4 DF), y en el art. 54 en lo relativo a los recursos contra la adaptación (punto 6 DF). Estas remisiones son abiertas: por ejemplo, en cuanto al art. 54 lo que se dice es que «cabrán los recursos que la legislación procesal contemple en función del tipo de resolución y de procedimiento de que se trate». Probablemente no cabe una formulación más precisa ante la imposibilidad de predecir qué es lo que necesitará adaptación y dónde se encontrará su equivalente en el seno del ordenamiento español. En el plano conceptual es incluso discutible si el recurso ataca una decisión material (la de adaptar de una determinada forma), o la medida de ejecución misma.

Mayor concreción se ha logrado en cuanto a la notificación del certificado (y en su caso de la resolución extranjera) a que obliga el art. 43 del Reglamento: deberá producirse antes del despacho de ejecución, o con éste (punto 3.1 DF). El punto 3.2 DF fija el plazo de ejercicio del derecho de pedir la traducción otorgado a la persona contra quien se pide ejecución; la solicitud suspende los plazos de oposición y de contestación a la misma hasta que la traducción se entregue.

De notable importancia es el punto 4 de la DF, acerca de la demanda de denegación de la ejecución en virtud del art. 45 del Reglamento. La tramitación se hará por separado por los cauces del juicio verbal¹¹¹, y no en el marco del procedimiento ejecutivo mismo. Se otorga al demandado en ejecución (actor en la demanda para la denegación) el mismo plazo de oposición que para los motivos contemplados en la LEC: diez días desde la notificación del despacho de ejecución. El procedimiento es contradictorio y puede dar lugar a una vista; termina en sentencia (y no en auto); caben la apelación y los recursos de casación e infracción procesal en las condiciones previstas

¹¹⁰ En realidad el juez del Estado requerido no puede limitar de esta forma el derecho de recurso ofrecido al deudor en el Estado de origen. Lo que sí puede hacer es condicionar la suspensión de su propio procedimiento (el tendiente a denegar la ejecución por motivos del art. 45) a que se interponga el recurso en cierto tiempo.

¹¹¹ La opción no sorprende: la propia LEC simplifica al máximo la tramitación de la oposición a la ejecución y efectúa remisiones a lo dispuesto, precisamente, para el juicio verbal.

en la LEC. En línea con el art. 46 del Reglamento, la acción se concibe sólo a partir de una solicitud actual de ejecución, es decir, no cabe con carácter preventivo a fin de obtener una declaración sobre la existencia de motivos que evitarían una ejecución futura. En coherencia con esta idea la competencia corresponde al mismo juez que conoce de la ejecución en el Estado requerido.

Para las decisiones españolas a ejecutar en otro Estado el punto 5.1 DF permite entender que se encomienda la emisión del certificado al órgano judicial que se pronuncia sobre el fondo del asunto; pero a la vista de la redacción también cabría entender que corresponde al secretario judicial. No se prevé la contestación de la decisión sobre el certificado o sobre su contenido, ni se contempla la posible rectificación de errores. Tampoco hay referencia a la solicitud del certificado al margen o después de la demanda original, lo que sin duda no significa que no quepa. Es de lamentar que esta ausencia no se haya corregido en las enmiendas al texto.

7. VALORACIÓN

7.1. En singular

En un mundo dividido en compartimentos jurídicos, donde la ejecución forzosa es monopolio de la autoridad, el procedimiento de exequártur es un puente para posibilitar la ejecución en un Estado de una resolución dictada en otro. En este sentido es un útil a favor de la libre circulación de decisiones. Al mismo tiempo, el exequártur es el momento y lugar para el control de la regularidad de las decisiones extranjeras; en este sentido representa un obstáculo potencial a la aceptación de un producto jurídico fuera de la jurisdicción que lo crea.

En la UE ha prevalecido la segunda percepción del exequártur. En este marco el Capítulo III del Reglamento refundido parece representar un paso adelante hacia la libre circulación de decisiones en la UE. Sin embargo, la impresión es engañoso, y el progreso limitado¹¹². De entrada, por lo evidente: el tenor literal del art. 39 del Reglamento refundido reproduce algo que dicen otros instrumentos previos (el art. 5 del Reglamento sobre el título ejecutivo europeo, el art. 19 del Reglamento sobre el procedimiento monitorio, el art. 20 del Reglamento sobre litigios de escasa cuantía, o el art. 17 del Reglamento sobre alimentos); pero mientras éstos eliminan el exequártur en tanto que procedimiento y en tanto que control general de la regularidad de la decisión extranjera, la última función permanece en el Reglamento Bruselas I *bis*, contradiciendo abiertamente su propia definición de objetivos (Considerando 26).

¹¹² Son muy claras las expresiones de autores como GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 18, Sección 5.^a: «*Beaucoup de bruit pour rien*».

El análisis típico de los obstáculos a la libre circulación de decisiones en la UE se ha centrado, y aún se centra¹¹³, en la cláusula de orden público y la violación de los derechos del demandado en rebeldía. Sin duda estas amenazas son reales; pero tras el Reglamento refundido el mayor riesgo radica en la complejidad en la ejecución de la resolución extranjera, y su efecto disuasorio. El Reglamento acoge una solución de compromiso con la que cierra un debate; en contrapartida abre otros muchos. La supresión del exequátor otorga el protagonismo al Estado miembro requerido, o Estado de ejecución. Es sabido que la ejecución se lleva a cabo de maneras muy diversas en el seno de la UE. El laconismo, la pobreza, a veces total ausencia de indicaciones o guías en el Reglamento a propósito de aspectos procedimentales es la consecuencia ineludible de la variedad de las reglas locales, que impiden soluciones «*one size fits all*» y obligan a contar con cada legislador nacional para la perfección del modelo. Eliminando el exequátor el legislador europeo se adentra en un área jurídica altamente compleja y diversa. Al hacerlo pone de manifiesto la necesidad urgente de alcanzar cierto grado de comunidad en este ámbito: la única vía, a nuestro juicio, para hacer real el objetivo de libre circulación en este contexto.

7.2. La perspectiva global

En la litigación civil transfronteriza la supresión del exequátor deja el control de las garantías sobre la decisión de cuya circulación se trata en manos del Estado miembro de origen; el sistema es «de ventanilla única» («*one-stop shop*»)¹¹⁴. No es así en el Reglamento Bruselas I bis, a pesar de que ya no contempla el exequátor; al mismo tiempo tampoco es sin más clasificable entre los instrumentos que prevén un mecanismo intermedio para el control de la regularidad de las decisiones extranjeras. El Reglamento es singular: es pieza única. Como consecuencia ya no puede ser el referente principal de la red de instrumentos de Derecho procesal civil europeo, como ha ocurrido hasta el momento.

Sucede, sin embargo, que la singularidad empieza a ser rasgo común en la producción legislativa de la UE para la litigación transfronteriza. Por una u otra razón todos los instrumentos son únicos. Ello tiene una lectura en términos de confianza mutua. La confianza recíproca, principio fundacional de la UE, se basa y sustenta al mismo tiempo en una presunción de respeto de los derechos fundamentales y determinados principios básicos por todos los Estados miembros. Ahora bien, el sistema normativo en que esa confianza se traduce está compuesto por textos que en su conjunto revelan asimetría en su alcance: la resistencia a importar el producto jurídico de un Estado miembro en otro es en mayor o menor grado según el instrumento

¹¹³ Como muestra, la reciente *call for tenders* de la Comisión http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contracts/2015_s_104-188196_en.htm.

¹¹⁴ HESS, B., *op. cit.*, nota 33.

considerado¹¹⁵. En función del ámbito material del instrumento europeo en juego cambian la fórmula y grado de reparto de la responsabilidad entre los Estados miembros a la hora de garantizar los derechos fundamentales (y ello pese a que los sistemas judiciales valorados son, en todo caso, los mismos). El panorama conceptual se hace borroso; la práctica se complica ante la dificultad de manejo del conjunto. Menos evidentes pero también relevantes son otras cuestiones, como la de qué Estado debe ocupar la posición de demandado por vulneración de derechos fundamentales ante el TEDH¹¹⁶.

RESUMEN

LA EJECUCIÓN SIN EXEQUÁTUR. REFLEXIONES SOBRE EL REGLAMENTO BRUSSELS I BIS, CAPÍTULO III

En breve tiempo los tribunales de los Estados miembros de la UE dictarán decisiones judiciales al hilo de acciones civiles o mercantiles incoadas en o después del 10 de enero de 2015; su circulación entre países de la UE estará regida por el Reglamento Bruselas I bis. Desde la propuesta de la Comisión para la reforma del Reglamento Bruselas I en 2010, el dato que más reacciones ha provocado ha sido el de la abolición del *exequátur* en su vertiente de control de condiciones de cara a la homologación de las decisiones extranjeras. La solución de compromiso que cierra ese debate abre uno nuevo: el de la interactuación de un texto incompleto con las reglas y prácticas nacionales relativas a la ejecución forzosa, intrínsecamente complejas y diferentes entre los Estados miembros. Los operadores jurídicos se verán pronto confrontados en su praxis a dificultades cuyo potencial efecto disuasorio sobre el tráfico transfronterizo no debe ser subestimado.

Palabras claves: litigación civil internacional, materia civil y mercantil, *exequátur*, ejecución.

ABSTRACT

ENFORCEMENT WITHOUT *EXEQUATUR*: REFLECTIONS ON THE RECAST BRUSSELS I REGULATION CHAPTER III

EU Member State judgments in civil and commercial matters, consequent to cross-border claims, lodged on or after 10 January 2015, will shortly be recognized and enforced in accordance with Chapter III of the Recast Brussels I Regulation. Since the Commission's proposals for the reform of the Brussels I Regulation in 2010, the most controversial feature of the new system has been the abolition of *exequatur* as a procedure for validating foreign decisions before they can be declared enforceable. However, the introduction of this solution has given way to new concerns, namely, the conflicts that might arise in the interaction of an incomplete and vague regulation with the inherently complex and highly

¹¹⁵ Unos suprimen el *exequátur*, otros no. Entre los segundos, el Reglamento (CE) núm. 2201/03 en sus arts. 40 y ss., es ejemplo de un trasvase total del control en la protección de derechos, sustantivos y procesales, al Estado de origen. Bajo determinadas circunstancias otros Reglamentos permiten alegar la irreconciliableidad de decisiones en el Estado requerido: por ejemplo, el art. 21 del Reglamento (CE) núm. 805/2004, o el art. 22 del Reglamento (CE) núm. 1896/2006; el art. 19 del Reglamento (CE) núm. 4/2009 prevé además un derecho de reexamen a favor del demandado que no haya podido comparecer en el Estado de origen.

¹¹⁶ Véase HESS, B., *op. cit.*, nota 33.

diverse national rules and practices relating to enforcement in civil and commercial matters. The courts and practitioners will soon be faced with difficulties with potentially negative effects on the further development and promotion of cross-border trade and business should not be underestimated.

Keywords: cross-border civil litigation, civil and commercial matters, *exequatur*, enforcement.

RÉSUMÉ

L'EXÉCUTION SANS *EXEQUATUR*. RÉFLEXIONS SUR LE CHAPITRE III DU RÈGLEMENT BRUXELLES I BIS

D'ici peu, les juridictions des États membres de l'UE rendront des décisions, dans des actions judiciaires en matière civile ou commerciale intentées à compter du 10 janvier 2015. Le chapitre III de la refonte du règlement Bruxelles I sera donc applicable à leur exécution. Depuis la proposition de la Commission sur la réforme du règlement Bruxelles I en 2010, la question la plus contestée du nouveau système a été la suppression de l'*exequatur* en tant qu'outil de contrôle de la régularité des décisions étrangères, préalable à leur exécution dans le for. Ce débat est terminé, mais de nouvelles inquiétudes lui ont succédé. L'interaction du règlement, incomplet et vague, avec les règles et pratiques nationales relatives à l'exécution, intrinsèquement complexes et très diverses, est l'une d'entre elles. Les acteurs juridiques impliqués dans des scénarios transfrontaliers se verront bientôt confrontés dans la pratique aux difficultés juridiques qui en découlent ; leur effet négatif potentiel sur l'objectif de développer et de promouvoir les échanges transfrontaliers dans l'UE ne doit pas être sous-estimé.

Mots-clés: contentieux civils transfrontaliers, matière civile et commerciale, *exequatur*, exécution.

FUNCIONES DE LAS CLÁUSULAS DE EXCEPCIÓN EN EL PROCESO DE LOCALIZACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO

Ana FERNÁNDEZ PÉREZ

Profesora asociada de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha
Acreditada como Contratada doctora

SUMARIO: 1. EL PROCESO DE FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO APLICABLE.—1.1. Ampliación de las facultades del juez en el proceso de localización.—1.2. Hacia la aplicación de la «ley más estrechamente vinculada».—2. CLÁUSULAS DE EXCEPCIÓN DE ALCANCE GENERAL.—2.1. Manifestaciones.—2.2. Caracterización.—2.3. Consideraciones críticas.—3. CLÁUSULAS DE EXCEPCIÓN Y ESPECIALIZACIÓN NORMATIVA.—3.1. Vinculación al mecanismo de localización.—3.2. Obligaciones.—3.2.1. Obligaciones contractuales.—3.2.2. Obligaciones extracontractuales.—3.3. Persona.—3.4. Familia y sucesiones.—4. LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN COMO MECANISMO DE REALIZACIÓN DE OBJETIVOS MATERIALES.

1. EL PROCESO DE FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

1.1. Ampliación de las facultades del juez en el proceso de localización

1. La generalización de la codificación estatal del DIPr ha coincidido con una etapa donde el tradicional mecanismo de designación del Derecho aplicable, basado en la norma de conflicto, experimentaba un fuerte movimiento de renovación en torno a sus posibilidades de flexibilización¹. El nuevo dise-

¹ HAY, P., «Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflection on Current European and United States Conflicts Laws», *Recueil des Cours*, t. 226, 1991, pp. 281 y ss.

ño de la norma de conflicto multilateral, elevado a la categoría de paradigma en los años noventa del pasado siglo², ha condicionado la reflexión teórica del DIPr y sus posibilidades reguladoras, convirtiéndose en un sector particularmente necesitado de una labor interpretativa, sustentada en el discurso práctico o argumentativo³.

Tras el debate doctrinal, en torno al pluralismo metodológico, al que siguió otro centrado en la concepción sustancial del conflicto de leyes⁴, la reflexión teórica ha contado con desarrollos importantes⁵, como el denominado análisis en dos escalones, o el derivado de la necesidad de incorporar elementos de corrección o de flexibilización al nuevo modelo conflictual. Nuestro propósito es la realización de unas modestas reflexiones en torno a este último debate, a cuyo frente se alzan las denominadas «cláusulas de excepción».

2. Dentro de las corrientes del denominado pluralismo metodológico⁶, y al margen de la incidencia de las llamadas normas de policía respecto de las cuales se quiso ver un punto de encuentro entre el DIPr continental y los desarrollos teóricos basados en las doctrinas americanas del *governmental interest analysis*⁷, durante un cierto periodo se asistió a una aceptación de posiciones unilateralistas que sugerían aplicar con carácter general la ley del foro de suerte que, desde la perspectiva unitaria apuntada por J. D. González Campos⁸, la ley aplicable fuese la del tribunal que conociese del caso con la consiguiente coincidencia de la competencia legislativa y de la competencia judicial. No obstante, esta tendencia, legeforista, de hondo contenido dogmático, pese a su tendencia superadora de los riesgos inherentes a la aplicación del Derecho extranjero en determinados sectores, no gozó de una aceptación generalizada, ni encontró especiales proyecciones en la práctica, salvo en ciertos sectores del DIPr de las personas, de la familia y de las sucesiones, donde la aplicación de la *lex fori* estaba condicionada por la obtención de un determinado resultado. Acaso el ejemplo más típico fueron las disposiciones en materia de divorcio que obligaban al juez a aplicar su propia ley para evitar la aplicación de la ley nacional común de los esposos, normalmente

² GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 532 y ss.

³ SÁNCHEZ LORENZO, S., «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 557-585.

⁴ BUCHER, A., «Sur les règles de rattachement à caractère substantiel», *Liber amicorum A. Schnitzer*, Ginebra, Georg, 1979, pp. 37-55; PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Ginebra, Georg, 1985; GAUDEMEL-TALLON, H., «La utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales», *L'internationalisation du droit: Mélanges en l'honneur de Y. Lousouarn*, París, Dalloz, 1994, pp. 181 y ss.

⁵ ESPINAR VICENTE, J. M., «De lo tradicional y de lo nuevo en el Derecho internacional privado contemporáneo», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz 2010*, Servicio de Publicaciones, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 273-322.

⁶ GAUDEMEL-TALLON, H., «Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)», *Recueil des Cours*, t. 312, 2005, pp. 9-488.

⁷ AUDIT, B., «Le droit international privé à la fin du XXe siècle: progrès ou recul», *Rev. int. dr. comp.*, vol. 50, 1998, pp. 421-448, esp. p. 440.

⁸ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 156, 1977, pp. 227 y ss., esp. 237.

aplicable, cuando prohibía o hacía difícil la disolución del vínculo conyugal⁹. En este caso la solución legeforista se imponía cuando el funcionamiento abstracto de la norma de conflicto corría el peligro de producir resultados poco satisfactorios en la solución del fondo del litigio.

3. El movimiento codificador de finales del siglo XX, tanto interno¹⁰ como internacional, también ha aportado instrumentos favorables a la idea de determinar la ley aplicable en función de los elementos del caso concreto¹¹. El punto de partida de este nuevo enfoque encontraba una dificultad inherente al propio mecanismo conflictual tradicional por cuanto la designación indirecta de la ley aplicable, dado su mecanismo y aparente neutralidad¹², impedía al juez, en principio, tener suficientemente en cuenta los datos propios del caso que deba resolver. No obstante, la incorporación de las nuevas normas de conflicto multilateral, dotadas de un importante elemento flexibilizador, manteniendo su objetivo en pro de la armonía internacional de las soluciones, supuso una ampliación considerable del margen de actuación del juez en el proceso localizador¹³.

La noción de «flexibilización» desborda, sin embargo, la acción creativa del juez abarcando tanto las técnicas que pretenden la consecución de puntos de conexión abiertos, concretados por el juez a la luz de cada supuesto particular, como aquéllas centradas en los denominados «problemas de aplicación de las normas de DIPr», con especial referencia a las cuestiones de adaptación, como, por último, a las acciones en pro de la ampliación del margen de la autonomía de la voluntad de las partes. Y otra importante faceta de la flexibilización es aquella que, sin abandonar el proceso de localización, hace frente a la rigidez de las conexiones de la norma de conflicto, que en determinadas circunstancias pueden designar un ordenamiento jurídico con escasa vinculación con el supuesto produciendo situaciones indeseables.

1.2. Hacia la aplicación de la «ley más estrechamente vinculada»

4. El estudio de las modernas legislaciones de DIPr pone de manifiesto la existencia de numerosas normas que habilitan a la autoridad judicial a tomar

⁹ FRANCESCAKIS, Ph., «Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 553 y ss.

¹⁰ Véase, con carácter general, VASSILAKAKIS, E., *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, París, LGDJ, 1987.

¹¹ Véase VASSILAKAKIS, E., «Aspectos relevantes de la codificación reciente del Derecho internacional privado en Europa», *Boletín de la Facultad de Derecho (UNED)*, 1993, núm. 2, pp. 225-248.

¹² LOUSSOUARN, Y., «La règle de conflit est-elle une règle neutre?», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1980-1981, pp. 43 y ss., esp. p. 60.

¹³ GRAULICH, P., «La signification actuelle de la règle de conflit», *Annales de droit de Liège*, 1988, pp. 9-15; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé», *Recueil des Cours*, vol. 287, 2000, pp. 9-426, esp. pp. 214-308. Este margen de actuación del juez se observa de manera significativa en el Código de DIPr belga de 2004. Véase WATTÉ, N., «Les enjeux de la codification du droit international privé belge», *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Bruselas, Larcier, 2005, pp. 1133 y ss., esp. p. 1140.

en consideración los datos concretos del caso que deben resolver optando, dentro de las leyes eventualmente aplicables, por la ley del país en que se encuentra el centro de gravedad del supuesto litigioso. Se trata de una operación que busca, en último término, la determinación del denominado, según la denominación de P. Lagarde, «principio de proximidad» que es expresivo de la conexión de una relación del tráfico privado externo con el ordenamiento jurídico del país con el que presenta «vínculos más estrechos»¹⁴.

La flexibilización permitida en la interpretación de la norma de conflicto puede proyectarse también en la propia formulación de la norma, a través del llamado «principio de proximidad», determinando genéricamente la aplicación a una determinada institución o relación jurídica de la «ley más estrechamente vinculada», dejando en manos del juez la valoración de los índices materiales, subjetivos y objetivos del supuesto litigioso para proceder a determinar cuál es el ordenamiento más estrechamente conectado. Con ello los tradicionales mecanismos de localización caracterizados por su generalidad y abstracción quedan reemplazados por criterios concretos y específicos enlazando con las soluciones contenidas en el *Restatement (Second) of Conflicts of Laws*¹⁵.

5. La formulación de la *most real connection* puede venir acompañada de una orientación del legislador, en el sentido de señalar la ley que presumiblemente presente los mayores contactos con el supuesto enjuiciado. Con esta orientación algunas legislaciones de DIPr han recurrido a la denominada «cláusula de excepción»¹⁶ que se pondrá en marcha cuando aparezca una ley más estrechamente conectada con la relación del tráfico externo que aquélla designada por la norma de conflicto. Se configura así una dualidad reguladora de la localización: de un lado, a través de las normas de conflicto clásicas basadas en puntos de conexión tradicionales y, de otro lado, por medio de una acción institucionalizada que permite al juez aplicar una ley diferente de la designada por la norma de conflicto al poseer la relación jurídica mayor vinculación con ésta. Y esta segunda alternativa puede operar a partir de la existencia de una cláusula de excepción de validez general para todo tipo de supuestos, incluida en una Ley de DIPr, o establecida con carácter derogatorio a las soluciones contenidas en una norma de conflicto específica, supuesto

¹⁴ LAGARDE, P., «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *Recueil des Cours*, vol. 196, 1986, pp. 9-237, esp. pp. 25 y ss. A ello se refiere expresamente el art. 1.1 de la LDIPr Austria de 1978 cuando determina que «las situaciones que presentan vínculos con el extranjero se regirán, en materia de Derecho privado, por el orden jurídico con el cual existe la relación más estrecha».

¹⁵ SYMEONIDES, S. C., «Exception Clauses in American Conflicts Laws», *Am. J. Comp. L.*, vol. 42 (supl.), 1994, pp. 813 y ss.

¹⁶ La paternidad de la expresión se atribuye a G. MARIDAKIS en el informe presentado en la Sesión de Granada del *Institut de Droit International* de 1956 (MARIDAKIS, G., «Rapport définitif sur le renvoi en droit international privé», *Annuaire de l'IDI*, vol. 47-II, 1957, pp. 5 y ss., esp. p. 53). Para el autor griego, la misión atribuida a la norma de conflicto de hacer justicia fracasaría si la situación jurídica estuviese más estrechamente conectada a la ley de un Estado distinto del localizado por la misma; por eso estaba justificada la excepción en ciertos supuestos en que circunstancias particulares aconsejan la aplicación de otras leyes más apropiadas. La propuesta no encontró, sin embargo, un clima favorable entre los colegas del Instituto, siendo objeto más bien de duras críticas (*ibid.*, pp. 57 y ss.).

que es particularmente evidente en el ámbito de la contratación, pero que observa cada vez mayor extensión, penetrando incluso en el Derecho de familia y en el Derecho sucesorio. Ambas posibilidades, general o especial, presentan en común la facultad atributiva o correctora del juez para determinar la ley aplicable¹⁷, lo que implica, en todo caso, conferir al juez un margen de apreciación importante y, con ello, la confluencia con las doctrinas gestadas en el círculo norteamericano se hace patente.

Al mantener la exigencia de un vínculo suficiente con un sistema legal determinado, consustancial al DIPr¹⁸, esta posición aboga por una alternativa fundamental: aplicar la ley del país con el cual el caso está más estrechamente vinculado, o elegir la ley cuya aplicación conduce al resultado material más apropiado en función de los elementos del caso. Dicho de otro modo, la determinación de la ley aplicable por la localización del caso concreto cede ante la determinación de la ley aplicable en función de su contenido material. Como puede observarse, la cláusula de excepción opera en el propio mecanismo conflictual únicamente en ciertos supuestos y nunca con un efecto derogatorio extensivo.

6. Para alcanzar un elevado nivel de justicia, los legisladores internos o internacionales procuran introducir en la norma de conflicto puntos de conexión con un alto grado de previsibilidad, aunque en ocasiones estos últimos por su excesiva rigidez no establecen una ley idónea para regular la relación jurídica o se remite a la ley de un país con una escasa o nula vinculación con dicha relación. La cuestión estriba entonces en el margen de actuación del juez¹⁹ para corregir ese desequilibrio y con este propósito, como se ha apuntado²⁰, algunos sistemas establecen un mecanismo de excepción que puede venir determinado por una cláusula de carácter general o por cláusulas específicas referidas a concretas situaciones del tráfico privado externo²¹. Dicha técnica parte de la insuficiencia de la norma de conflicto del foro para dar una respuesta adecuada a la situación privada internacional incorporando un mecanismo corrector²² que vincula el asunto a la ley más adecuada, ignorando el mandato incorporado en la norma de conflicto y dosificando con ello su

¹⁷ Véase PICONE, P., «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit international privé Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 276, 1999, p. 80.

¹⁸ ANCÉL, B., «Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictuel», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 2005*, Universidad del País Vasco, pp. 347-415, esp. p. 355.

¹⁹ Desde una perspectiva histórica resulta de interés el estudio de RÉMY, Ph., «La part faite au juge», *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 2003, núm. 107, Le Code civil, pp. 22-36, <http://www.revue-pouvoirs.fr/La-part-faite-au-juge.html>.

²⁰ Véase, *supra*, núm. 3.

²¹ Véase KOKKINI-ATRIDOU, D., «Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions», *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions —ou le principe de proximité—. XIV^e Congrès international du droit comparé, Athènes 1994, Rapports généraux*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, pp. 3 y ss.; RÉMY CORLAY, P., «Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois», *Rev. crit. dir. int. pr.*, 2003, pp. 37-76; LAGARDE, P., «Le principe de proximité...», *op. cit.*, nota 14, pp. 97-126; VISCHER, F., «General Course on Private International Law», *Recueil des Cours*, t. 232, 1992, pp. 9-255, esp. pp. 106-112.

²² Así, en materia contractual, véase ANCÉL, M. E., *La prestation caractéristique du contrat*, París, Economica, 2002, p. 337, y MARTÍNEZ LUNA, W. F., «El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una ver-

evidente grado de abstracción. Su finalidad es, pues, corregir una situación injusta determinada por la remisión contenida en la norma en aras de la justicia material y no una materialización de la solución. Se erige así como un complemento a la tradicional función localizadora de la norma de conflicto.

2. CLÁUSULAS DE EXCEPCIÓN DE ALCANCE GENERAL

2.1. Manifestaciones

7. Las cláusulas de excepción o cláusulas de escape, constituyen una manifestación fidedigna del principio de proximidad. Su pretensión de localizar el Derecho que tenga los vínculos más estrechos con la situación del tráfico externo²³, obedece a un principio de «justicia conflictual»²⁴, expresión que debe utilizarse con toda reserva al margen de su utilidad pedagógica, pues los límites entre esta última y la justicia material se han difuminado gradualmente, como se demuestra por el número cada vez mayor de mecanismos y métodos de regulación de las relaciones privadas internacionales emergentes. Dicho en otros términos: la corrección de la norma general no puede cimentarse en la consecución de un resultado material más ajustado o convincente, sino en la mayor proximidad o vinculación del supuesto con una de las leyes en presencia, independientemente de su resultado material²⁵.

El modelo de cláusula de excepción de alcance general, cuyos antecedentes doctrinales se han señalado²⁶, figura en buena parte de las reglamentaciones, internas e internacionales del DIPr y, aunque dista mucho de constituir un principio generalmente aceptado, es una manifestación importante del reparto de responsabilidades entre el legislador y el juez en la solución a las cuestiones del tráfico privado externo²⁷. Dejando a un lado el contenido del art. 1 de la LDIPr Austria de 1978, cuyo valor como antecedente de la cláusula de excepción resulta controvertido²⁸ por constituir más bien una cláusula de escape que sustituye la función de una norma de conflicto, resulta un referente obligado de las posibilidades correctoras del juez en el proceso de localización el art. 15 de la LDIPr Suiza, según el cual:

dadera cláusula de excepción», REEI, diciembre 2012, núm. 24, file:///C:/Users/user/Downloads/Nota_MARTINEZ_WFernando.pdf.

²³ KNOEPLER, F., «Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé», *Homage à Raymond Jeanprêtre*, Neuchâtel, Ides et calendes, 1982, pp. 113 y ss., esp. p. 118.

²⁴ Véase, por todos, KEGEL, G., «The Crisis of Conflicts of Laws», *Recueil des Cours*, t. 112, 1964, pp. 91 y ss.; VITTA, E., «Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 162, 1979, pp. 37 y ss.

²⁵ Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2000, núm. 9, pp. 7-32.

²⁶ Véase, *supra*, nota 16.

²⁷ RIGAUX, F., «La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1985, pp. 1 y ss., p. 4.

²⁸ VASSILAKAKIS, E., «Aspectos relevantes de la codificación...», *op. cit.*, nota 11, p. 241. El referido precepto austriaco no cumple función correctora alguna limitándose a incorporar una directriz dirigida al juez.

«Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.

2. *Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit».*

Dicho precepto no puede comprenderse sin una vinculación directa con el art. 1.2, en relación con los arts. 2 y 4, del Código Civil de este país, que a principios del siglo XX supuso una gran novedad en el entorno comparado por otorgar un importante papel creador al juez²⁹. De su redacción se desprende que incluye una doble consideración. De un lado, que el asunto en cuestión tenga un vínculo muy débil con el Derecho designado por la norma de conflicto y, de otro lado, que cuente con un vínculo más estrecho con otro ordenamiento; de esta suerte el Derecho designado por la norma de conflicto únicamente puede ser excluido cuando el supuesto no esté fuertemente vinculado a tal ordenamiento; más aún, se exige una desvinculación clara con el Derecho designado³⁰.

Con una influencia inequívoca del modelo suizo, varias modernas leyes de DIPr han incorporado una norma de similar tenor al texto transcrit. Es el caso del art. 3.082 del Código Civil de Quebec de 1991³¹; del art. 2 de la LDPr de Eslovenia de 1999³²; del art. 1.11.3 del Código Civil de Lituania de 2000³³; del art. 19 del Código de DIPr de Bélgica de 2004³⁴; del art. 3 de la LDIPr de

²⁹ De acuerdo con esta disposición: «*A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.*» Véase LUCIEN-BRUN, P., *Le Rôle et les Pouvoirs DU JUGE dans le Code civil suisse*, Grenoble, Imprimerie Saint-Brun, 1920, https://archive.org/stream/leroleetlespouvo00luci/leroleetlespouvo00luci_djvu.txt. Desde una perspectiva más actual, véase PAPAEFTHYMIOU, S., «*Mind the Gap. Dits et non-dits sur les pouvoirs du juge suisse*», en CAYLA, O. y RENOUXZAGAME, M.-F., *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, París, LGDJ, 2001, pp. 195-226.

³⁰ BUCHER, A., «*La clause d'exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP*», *La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après. Actes de la 21e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne*, Ginebra, Schulthess, 2009, pp. 59 y ss.

³¹ Art. 3082: «*À titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre Etat. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique.*

³² Art. 2.1: «*The law that provisions of this Act instruct to use shall exceptionally not be used when, in view of all circumstances of the case, it is clear that the relation with that law is not the most important one and that there is an essentially closer link to some other law. / 2. This provision shall not apply when the law is chosen by the parties*», http://www.uaipit.com/files/documents/0000004965_THE_PRIVATE_INTERNATIONAL_LAW_AND_PROCEDURE_ACT_1999_07_13.pdf.

³³ «*3. In accordance with this Code, the applicable foreign law may not be given effect where, in the light of all attendant circumstances of the case, it becomes evident that the foreign law concerned is clearly not pertinent to the case or its part, with the case in question being more closely connected with the law of another state. This provision shall not apply where the applicable law is determined by the agreement of the parties*», <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lt/lt073en.pdf>.

³⁴ Art. 19: «*Clause d'exception. § 1er. Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat. / Lors de l'application de l'alinéa 1er, il est tenu compte notamment: —du besoin de prévisibilité du droit applicable, et — de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats*

Macedonia 2007, que reproduce el art. 15 de la LDIPr Suiza³⁵ o, más recientemente, del art. 2.597 del Código Civil de Argentina³⁶.

La apuntada introducción del modelo en Bélgica se realizó no sin un importante debate, vinculado a la inserción del foro de necesidad en el art. 11 del Código. Se consideraba que no era otra cosa que mimetismo hacia una institución que se había puesto de moda³⁷, reñido con la meticulosidad practicada en un proceso de la elaboración de las normas de conflicto caracterizado por la búsqueda de la proximidad. Incluso el propio Consejo de Estado, valorando el texto del proyecto, mucho más liberal que el del actual art. 19, insistía en que la cláusula de excepción diseñada no sólo socavaba el esfuerzo realizado por los redactores de las normas de conflicto, sino que ponía en peligro la utilidad del Código en su conjunto³⁸.

2.2. Caracterización

8. A diferencia de las cláusulas correctoras de la localización, esto es, los denominados problemas generales de aplicación de la norma de conflicto (orden público, reenvío, adaptación...), cuya función es descartar la aplicación del Derecho extranjero³⁹, en las cláusulas de excepción la corrección se realiza a través de una técnica que tiene un carácter «escapatorio» o «de exclusión» *praeter legem*. A partir de ella el juez cuenta con una potestad «institucionalizada», al estar habilitado por el legislador, para determinar la ley aplicable⁴⁰, siempre que la situación presente inequívocamente «vínculos más estrechos» con otro orden jurídico del designado por la norma de conflicto. Dicha potestad se ejerce en dos etapas de carácter sucesivo, en la primera, el juez deberá verificar la idoneidad de la norma de conflicto en orden a la inclusión de vínculos suficientes entre el supuesto y el Derecho designado; en la segunda,

avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement. / § 2. Le § 1er n'est pas applicable en cas de choix du droit applicable par les parties conformément aux dispositions de la présente loi, ou lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celui-ci».

³⁵ DESKOSKI, T., «The New Macedonian Private International Law Act of 2007», *Yearb. Pr. Int'l L.*, vol. 10, 2008, pp. 441-458, esp. p. 443.

³⁶ Art. 2.597: «*Cláusula de excepción*. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. / Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso».

³⁷ BARNICH, L., «La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé», *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruselas, Bruylant, 2004, pp. 59-72, esp. p. 72.

³⁸ WAUTELET, P., «Le nouveau droit international privé belge: Conflits de lois», *Journal des tribunaux*, 2005, núm. 6173, p. 180, http://www.dipub.be/fileadmin/user_files/JT_Boularbah_CODIP.pdf.

³⁹ PAMBOUKIS, Ph., «Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction», en KOKKINI-ATRIDOU, D. (dir.), *Les Clauses d'Exception En Matière De Conflits De Lois et De Conflits De Juridictions - Ou le Principe De Proximité: Exception Clauses in Conflicts of Laws and Conflicts of Jurisdictions - or the Principle of Proximity*, Deventer, Springer, 1994, pp. 221 y ss.

⁴⁰ Véase GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification, spécialisation, flexibilisation...», *op. cit.*, nota 13, p. 218.

una vez comprobada la inidoneidad de la localización, procederá a corregir esta última aplicando el ordenamiento jurídico más próximo.

Es obvio que la apreciación de esta noción puede dar lugar a numerosas situaciones de incertidumbre⁴¹, pero en su obligado juicio de valor el juez debe atender a consideraciones totalmente independientes del resultado obtenido por la ley inicialmente designada; un juicio de valor que se superpone al punto de conexión inicialmente fijado por el legislador, cuya pretensión, al permitir la corrección, es que se aplique el Derecho que presenta mayores vínculos con el supuesto regulado y, de ahí, la presencia de la cláusula de excepción, para resolver el supuesto con mayor justicia. El problema es que las cláusulas de excepción de alcance general que estamos examinando no establecen unos criterios definidos que permitan llevar al convencimiento del juez de las razones que justifican la derogación del mandato contenido en la norma de conflicto o que posibiliten medir si el vínculo es débil o fuerte. Además, no siempre la ley que presenta los vínculos más estrechos con el supuesto es la más apropiada.

Nos hallamos en presencia de un correctivo a la localización cuya finalidad no es entorpecer sino, por el contrario, mejorar el mandato de la norma de conflicto eliminando la rigidez que puede caracterizarla, bien es verdad que en detrimento del valor «seguridad jurídica», en el sentido de aportar menor certidumbre y menor previsibilidad. Es más, la flexibilidad que la cláusula de excepción añade muestra de una especial preferencia hacia aquellas normas de conflicto que carezcan de tal virtualidad.

Partiendo del carácter imperativo de la norma de conflicto, la cláusula no tiene un ámbito de aplicación de carácter universal sino que opera, y en esto existe un claro consenso doctrinal, con carácter excepcional⁴², como un instrumento meramente corrector del sistema, cuando el proceso de localización produzca como resultado una solución inadecuada o arbitraria⁴³ y siempre que las circunstancias así lo exijan. Por eso se ha propuesto que, para evitar su empleo excesivo en ciertos sectores como el de las obligaciones extracontractuales, podría ser necesaria una mayoría calificada o incluso la unanimidad de la decisión judicial que las adoptara o transferir esta última a un tribunal superior más especializado o, incluso, al TJUE.

9. Su aplicación posee una evidente nota de excepcionalidad y su interpretación un carácter restrictivo⁴⁴, con lo cual la cláusula de excepción no

⁴¹ FENTIMAN, R., «The Significance of Close Connection», en AHERN, J. y BINCHY, W. (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 85-112, esp. p. 92.

⁴² SCHÄFER, H.-B. y LANTERMAN, K., «Choice of Law from a Economic Perspective», en BASEDOW, J. y KONO, T., *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 87-120, esp. p. 92.

⁴³ Refiriéndose al art. 15 de la LDIPr de Suiza, la Sentencia del Tribunal Federal de 27 de enero de 1992 (ATF 118 II 79, 82, asunto, *W. c. Dame W*) ha puesto de relieve que la cláusula de excepción en sentido estricto únicamente puede ser aplicada en caso de necesidad.

⁴⁴ Sentencia de la *Cour civil* suiza de 7 de abril de 1995 (*Dame P. B. c. P. B.*) ATF 121 III 247.

tiene vocación de convertirse en una regla general que sustituya al mecanismo de la norma de conflicto multilateral. La orientación de esta última, sobre todo en las modernas codificaciones, busca por sí misma la realización de la proximidad y las más de las veces lo consigue, pero pueden aparecer supuestos en los que el legislador ha errado en su previsión y ese es precisamente el momento donde la cláusula de excepción despliega su eficacia con el objetivo de restablecer la certidumbre en la elección del Derecho aplicable⁴⁵.

Evidentemente, la extensión del margen de apreciación al juez puede repercutir en el grado de previsibilidad inherente a la norma de conflicto afectando directamente a la seguridad jurídica, de suerte que la flexibilidad de las decisiones del juez con apoyo en la cláusula de excepción es susceptible de aumentar el grado de imprevisibilidad de su decisión⁴⁶, aunque también lo es de posibilitar la respuesta adecuada del juez teniendo en cuenta los intereses de las partes⁴⁷. Bien entendido que la previsibilidad de las normas de conflicto bilaterales está en función de cómo estén redactadas las cláusulas de excepción, tanto de carácter general como particular, y de la corrección en la aplicación que se efectúe de las mismas por parte del juez⁴⁸.

10. Como puede observarse, estamos ante una técnica que toma como referente principal el poder moderador del juez a la hora de analizar la referida vinculación, que puede contribuir a la realización de la justicia material, aplicando la ley que presenta vínculos más estrechos con la relación⁴⁹, y en tal sentido constituir una herramienta fundamental de un sistema de DIPr⁵⁰. El volumen de flexibilidad que la cláusula de excepción incorpora es esencial para corregir la rigidez de la norma de conflicto cuando emplea conexiones tales como la nacionalidad, el lugar donde se ha producido el hecho ilícito, o el lugar de situación del inmueble. Sin embargo, ello no acontece cuando las soluciones están determinadas por el domicilio o por la residencia habitual, que permiten al juzgador un mayor margen de interpretación, cuestión que debe considerarse en un contexto más amplio, incluyendo el contenido de las soluciones de justicia que suministran los jueces en un determinado sistema

⁴⁵ LAGARDE, P., «Le principe de proximité...», *op. cit.*, nota 14, p. 116.

⁴⁶ VASSILAKAKIS, E., «Aspectos relevantes de la codificación...», *op. cit.*, nota 11, p. 247.

⁴⁷ Así lo ha entendido la jurisprudencia suiza en aplicación del art. 15 de la LDIPr. Según el Tribunal federal: «*Cette disposition n'a toutefois pas été conçue pour réprimer les détournements de la loi suisse, mais pour permettre au juge de trouver, dans l'intérêt des parties, la solution la plus adéquate dans une cause donnée* (Message, p. 300). Avant l'entrée en vigueur de la LDIP, cette exception au rattachement normal résultait de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui l'appliquait surtout en matière de contrats et toujours dans l'intérêt des parties» (ATF 117 II 494 ss., 501).

⁴⁸ AUDIT, B., «Le droit international privé en quête d'universalité», *Recueil des Cours*, t. 305, 2003, pp. 9-488, esp. p. 336.

⁴⁹ DUBLER, C., *Les clauses d'exception en droit international privé*, Ginebra, Etudes suisses de droit international privé, 1983, p. 28.

⁵⁰ VRELLIS, S., «La justice "matérielle" dans la codification du droit international privé», en BORRÁS, A., BUCHER, A., STRUYCKEN, T. y VERWILGHEN, M. (eds.), *E Pluribus Unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law - Sur l'unification progressive du droit international privé*, La Haya-Boston-Londres, Nijhoff Publishers, 1996, pp. 541-561.

jurídico estatal, dentro de la ampliación de sus facultades de apreciación que es consustancial a las codificaciones contemporáneas.

En la actualidad un número no desdeñable de disposiciones estipulan, en su ámbito de aplicación, la libertad del juez en la elección de la ley aplicable. Ahora bien, la puesta en marcha de la cláusula por el juez debe estar desprovista de cualquier vestigio de arbitrariedad, pues únicamente puede operar en una hipótesis concreta al estar comprendida su aplicación dentro de los estrictos «vínculos más estrechos», a partir de una operación de comparación entre la proximidad del supuesto con la ley designada por la norma de conflicto y la vinculación de éste con el Derecho de otro país. Ello debería frenar cualquier veleidad legeforista por parte del juez en el sentido de recurrir a su propia ley so pretexto de que dichos vínculos más estrechos conducen inexorablemente a la aplicación de la *lex fori*. La experiencia demostrada en el marco de aplicación de los tradicionales correctivos funcionales de la norma de conflicto advierten claramente que esta tendencia legeforista no es una mera hipótesis. Precisamente para evitar una tendencia abusiva del juez en tal sentido, que es inevitable aunque contrarie el espíritu de la institución que estamos estudiando⁵¹, algunas modernas leyes de DIPr han preferido excluir la cláusula de excepción de carácter general como la italiana o la dominicana⁵² no recibiendo las que han optado por ella un apoyo unánime⁵³.

11. En la formulación contenida en los modernos textos de DIPr donde figura, la cláusula de excepción está desprovista, en principio, de cualquier connotación material o indiciaria hacia la consecución de determinados valores, protección de concretos intereses u obtención de resultados precisos, por más que la intervención del juez a la hora de materializar el concepto de contenido variable de «conexiones más estrechas» pueda derivar en lo contrario⁵⁴. Ahora bien, el empleo de la cláusula no es unívoco, admitiendo dos modalidades de contenido diverso: activa, si el resultado de su aplicación conduce a la aplicación de la ley del foro cuando la norma de conflicto remite al Derecho extranjero, y pasiva, cuando en esta misma hipótesis se descarte su aplicación con el objetivo de someter la relación al Derecho del foro⁵⁵.

⁵¹ BARNICH, L., «La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé», *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruselas, Bruylant, 2004, pp. 70 y ss., esp. p. 72.

⁵² Es el caso de la LDIPr de la República Dominicana de 2014. Como señala J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «*Au moment d'introduire pareille clause dans le système dominicain, la commission a été retenue par deux facteurs: d'abord, cette institution n'est pas l'objet d'un accueil généralisé en droit international privé comparé et, ensuite, elle ne peut en toute hypothèse être mise en œuvre par les interprètes les mieux entraînés qu'avec la plus grande précaution*» (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Le nouveau droit international privé de la République dominicaine», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2015, pp. 303 y ss., esp. p. 321).

⁵³ Véanse en relación con el art. 2.597 CC argentino los comentarios críticos de MENICOCCI, A. A., *Codificación de Derecho internacional privado, con especial referencia a la parte general y a la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y comercial de la Nación*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, <http://www.aadi.org.ar/index.php?acc=5&opc=2>

⁵⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, 1993, núm. 3, pp. 1109-1051, esp. p. 1131.

⁵⁵ DUBLER, C., *Les clauses d'exception..., op. cit.*, nota 49, p. 211.

Para la puesta en marcha de la cláusula de excepción deberá acreditarse plenamente que la situación presenta un vínculo más estrecho con otro Derecho del designado por la norma de conflicto, lo que requiere una explicación fehaciente de la inadecuación de esta última evidenciando que dicho Derecho está desinteresado en la referida situación. Se parte, pues, de la existencia de una norma de conflicto plenamente operativa, cuyo punto de conexión designa un Derecho determinado y cuya aplicación se soslaya por la actuación del juez. En tal sentido la cláusula carece de sentido cuando la norma de conflicto contiene como conexión única el vínculo más estrecho. Ello requiere que el mecanismo de localización incluido en la norma de conflicto pueda aislarse tanto en el espacio como en el tiempo⁵⁶.

2.3. Consideraciones críticas

12. La recepción de la cláusula de excepción de alcance general no ha sido pacífica, sobre todo en la doctrina francesa⁵⁷, incluso en el interior de un sistema donde contaba con una cierta justificación estructural como el suizo; y la misma suerte aconteció con la iniciativa belga⁵⁸. Al margen de la ya apuntada afectación al principio de seguridad jurídica⁵⁹, desde una perspectiva formalista la mayor objeción a la cláusula es que las normas jurídicas deben llevar incorporado un necesario componente de certidumbre al que los particulares pueden acogerse y si se permite al juez alterar el mandato que contienen se pone en peligro la propia coherencia del sistema de DIPr⁶⁰.

No puede desdeñarse la existencia de una tendencia natural del juez para eliminar el factor de conexión cada vez que otra solución le parece más ajustada⁶¹; además se corre con ella el peligro de conferir al juez un instrumento tendente a la aplicación de la ley del foro o para otras finalidades de carácter

⁵⁶ Véase REMY-CORLAY, P., «Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2003, pp. 37-76, esp. p. 41.

⁵⁷ En Francia, por ejemplo, tras la disertación de A. E. VON OVERBECK en el Comité francés de DIPr arreciaron las críticas por parte de destacados especialistas de la doctrina francesa. Véase VON OVERBECK, A. E., «Quelques solutions générales du projet suisse de loi sur le droit international privé et premières réactions à leur égard», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1980-1981, pp. 79 y ss.

⁵⁸ Con ocasión de la elaboración del Código de DIPr de Bélgica el Consejo de Estado de este país consideró que su inclusión comprometía la utilidad del propio proyecto. Véase WAUTELET, P., «Le code de droit international privé ou l'avènement d'un droit international privé "flexible"», *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2006, pp. 347-364, nota 16.

⁵⁹ FIORINI, A., «The Codification of Private International Law: the Belgian Experience», *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 54, 2005, núm. 2, pp. 499-519, esp. pp. 515-517.

⁶⁰ Véanse las observaciones de M. HUET a la disertación de VERWILGHEN, M., «Vers un code belge de droit international privé. Présentation de l'avant projet de loi portant Code de droit international privé», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1998-1999, pp. 123 y ss., esp. p. 159. En España TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., «El Reglamento Europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española», *Revista Jurídica de Asturias*, 2014, núm. 37, pp. 97-127, esp. pp. 122-124.

⁶¹ Véase MAYER, P., «Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 327, 2007, p. 170.

torticero, o utilizar la cláusula como un instrumento para la aplicación del Derecho del foro.

13. Frente a estos planteamientos críticos, se insiste en que la introducción de cláusulas de excepción de carácter general en un sistema de DIPr:

i) No supone el desmantelamiento del mecanismo conflictual, que sigue constituyendo la estructura maestra y conservando su validez; sobre todo si se presume, como en el caso suizo o en el belga, que los redactores del cuerpo legal que las incluye han estudiado en profundidad el alcance de la localización incorporando un vínculo estrecho entre la relación regulada y el ordenamiento jurídico aplicable. Además, su carácter complementario tiene por objeto corregir aquellos supuestos en los cuales el legislador no ha podido localizar el centro de los intereses de la relación jurídica regulada.

ii) Tiene un alcance limitado pues los nuevos textos de DIPr que las contemplan incorporan otros instrumentos que confieren un margen de apreciación al intérprete, en ocasiones de gran amplitud, por lo que no parece que la introducción de una cláusula de exclusión de carácter general esté reñida con el espíritu de dichos instrumentos.

iii) Responde a una circunstancia realista en el sentido de que un sistema estatal de DIPr, por perfecto que sea, no es capaz de elaborar normas de conflicto de carácter multilateral susceptibles de solucionar de manera satisfactoria la localización del Derecho extranjero.

iv) Está sometida a una serie de reservas, en concreto la cláusula de excepción no operará en caso de que la norma de conflicto incorpore conexiones de carácter subsidiario y tampoco se pondrá en marcha cuando las partes hayan elegido previamente el Derecho aplicable. Y ello enlaza con otra nota característica de la reciente codificación del DIPr cual es la de la ampliación generalizada del ámbito de la autonomía de la voluntad, tradicionalmente reservada al sector de la contratación a un bien número de materias. En efecto, en los últimos tiempos se considera que son las partes los mejores intérpretes de sus intereses en el proceso de localización y esta idea cuenta con una importante proyección en numerosas relaciones del tráfico externo como el régimen económico matrimonial, el divorcio y la separación, las obligaciones alimenticias, las obligaciones extracontractuales o el *trust*. Dicha tendencia restringe de manera considerable el ámbito de las cláusulas de excepción tanto de carácter general como sectorial⁶².

⁶² *Inter alia*, CARLIER, J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992; GANNAGÉ, P., «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 425-454; VON OVERBECK, A. E., «L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé», *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 619 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado», *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo*, vol. I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 137 ss.; KOHLER, C., «L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel. Entre libéralisme et étatisme», *Recueil des Cours*, t. 359, 2013, pp. 285-478.

3. CLÁUSULAS DE EXCEPCIÓN Y ESPECIALIZACIÓN NORMATIVA

3.1. Vinculación al mecanismo de localización

14. Si las cláusulas de excepción de aplicación general han suscitado y siguen suscitando reservas, cuando se han proyectado a situaciones concretas han demostrado su operatividad, de ahí su acogida favorable como importante elemento corrector. Por eso, la cláusula de excepción a la ley normalmente aplicable resulta un mecanismo óptimo de especialización en razón del grado de heterogeneidad; diversificación que va más allá incluso de la que reflejan las normas a las que eventualmente excepciona⁶³.

Ahora bien, la especialización de las cláusulas de excepción no supone que su función sea similar en todos los casos, pues pueden funcionar o bien en tanto que normas reguladoras de situaciones concretas, o bien, más propiamente, como instrumentos correctores. Todo apunta hacia la necesidad de tomar en consideración elementos de carácter material y de justicia y no hacia actuaciones de carácter oportunista y coyuntural. Por ejemplo, en el ámbito patrimonial, las conexiones o las presunciones suelen conducir a la ley del mercado afectado, a la que mejor proteja la seguridad del tráfico internacional, o a la que genere menores costes de transacción, a la más eficiente, etc. Y, correlativamente, en el ámbito no patrimonial, la conexión general debe o suele reflejar el medio social en que viven los cónyuges, la familia o el individuo; por último, en materia de sucesiones, se trata de combinar ambos aspectos, personal e individual⁶⁴.

15. Debe insistirse en que el ámbito de actuación de la cláusula de excepción de carácter especial opera en el propio proceso de localización y por tanto no puede utilizarse para otros menesteres como el de colmar una eventual laguna o resolver un problema de interpretación. Se habla en estos últimos casos de cláusulas de escape sustitutorias de las normas de conflicto, o cláusulas de excepción cerradas, que también acuden a la ley que presente los vínculos más estrechos con la situación privada internacional y que indudablemente resultan de gran utilidad, cumpliendo funciones diversas tales como resolver la imposibilidad material de aplicación del Derecho extranjero⁶⁵, como mecanismo de designación de la ley aplicable en defecto de los puntos de conexión, o actuando en ocasiones como cláusula de cierre ante la imposibilidad de aplicar otras conexiones al respecto.

De estas últimas hipótesis resultan ilustrativos cuatro ejemplos, entre otros muchos que pudieran aportarse. En primer lugar, el art. 48 de la LDIPr suiza que, tras señalar en su párr. 1 que la ley aplicable a los efectos del matrimonio será aquélla donde los esposos tengan su domicilio, incorpora en

⁶³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Objeto del Derecho internacional privado...», *op. cit.*, nota 54, p. 1134.

⁶⁴ Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Orientaciones del Derecho internacional privado...», *op. cit.*, nota 25, núm. 17.

⁶⁵ Véase el art. 10.1 de la LDIPr polaca de 2011.

el párr. 2 la regla de los vínculos más estrechos para los supuestos en que no exista domicilio común. En segundo lugar, en el mismo cuerpo legal, la regla se pone en marcha en ausencia de designación de ley aplicable (art. 67) a las relaciones personales o patrimoniales en el matrimonio (art. 51.2) o en materia de adopción (art. 57.2)⁶⁶. En tercer lugar, resulta obligada la referencia al art. 4.4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RR I): «Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos»; asimismo, debemos referirnos al art. 9 de la Convención de México de 1994 sobre ley aplicable a los contratos internacionales que determina que «si las partes no hubieran elegido el Derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el Derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos», estableciendo en el párrafo siguiente los criterios que debe adoptar el juez para determinar dichos vínculos. Un último ejemplo lo ofrece el art. 62 de la LDIPr de la República Dominicana que, tras fijar que los contratos de trabajo se rigen por la ley del país donde habitualmente se realiza la prestación laboral, dispone que si ésta ley no pudiera determinarse se estará a «la ley del país que presente los vínculos más estrechos».

16. Siguiendo el hilo conductor trazado en el inicio del presente estudio, nos detendremos en el estudio de las cláusulas de excepción *strictu sensu*, también denominadas cláusulas de excepción abiertas, cuya función es «reenviar al orden jurídico que presenta los vínculos más estrechos con el supuesto concreto, sin establecer indicación alguna en torno a esos vínculos, que deben ser determinados por el juez»⁶⁷. Esto es, unas cláusulas coexistentes con las normas de conflicto expresamente establecidas para regular una materia concreta, que aportan soluciones generales o de carácter subsidiario, constituyendo, a la vez, un complemento, de carácter corrector, de dichas normas.

3.2. Obligaciones

3.2.1. *Obligaciones contractuales*

17. La inmensa mayoría de las disposiciones especiales que reafirman los poderes del juez con el establecimiento de cláusulas de excepción están contenidas en el sector de los contratos en función del peso que posee el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Concretamente la interacción entre estas cláusulas y el resto de criterios de conexión en las

⁶⁶ Por el ejemplo, esta técnica también es practicada por la LDIPr polaca de 4 de febrero de 2011 en los supuestos de imposibilidad material de aplicar el Derecho extranjero (art. 10.1). Véase PAJOR, T., «Introducción a la nueva Ley polaca de Derecho internacional privado, de 4 de febrero de 2011 (seguida del texto de la ley traducido al inglés)», *REDI*, vol. LXIV, 2012, pp. 263 y ss.

⁶⁷ Véase KOKKINI-IATRIDOU, D., «Les clauses d'exception...», *op. cit.*, nota 21, p. 5.

normas sobre ley aplicable a los contratos internacionales a falta de elección conforma uno de los sectores más controvertidos del régimen de la contratación internacional.

Siguiendo la trayectoria trazada por el art. 4.5 del Convenio de Roma de 1980⁶⁸, de reconocer una cláusula de excepción, y pese a que durante el proceso de conversión en el RR I se intentó por parte de la Comisión suprimirla⁶⁹, este último instrumento ha sido consciente de la dificultad de la determinación de la ley aplicable en determinados supuestos y de la necesidad de que los jueces contaran con dispositivos adecuados que les permitiese un resultado justo y equitativo a través de la flexibilidad en la elección de la ley y de la previsibilidad de los resultados⁷⁰. El recurso a esta técnica se ha proyectado en diversos sectores de la materia regulada. Uno de mayor amplitud, cual es el de la ley aplicable en defecto de sumisión expresa, y otros de carácter sectorial vinculados a determinadas modalidades contractuales (*v. gr.*, contrato de transporte⁷¹ o contrato de trabajo).

18. El RR I presta una especial atención a la ley aplicable en defecto de sumisión de las partes estableciendo una válida identificación de esta última en las normas y presunciones contenidas en el art. 4. Pese a ello el legislador comunitario ha estimado oportuno establecer mecanismos correctores a la localización; por esta razón el precepto incorpora en su apartado 3 una cláusula de excepción⁷² considerando la posibilidad de que el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 1 y 2 de este precepto, y para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos. Nótese que la inclusión de la expresión «manifiestamente» que no figuraba en el art. 4.5 del Convenio de Roma refuerza el carácter excepcional de la cláusula restringiéndose el po-

⁶⁸ DE MIGUEL ASENSIO, P., «La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el art. 4 del Convenio de Roma de 1980», *Diario La Ley*, 4 de abril de 1995, pp. 1-7, <http://eprints.ucm.es/6899/1/ART4CR1995.pdf>; *id.*, «Contratación internacional: La Evolución del modelo de la Unión Europea», *Revista Mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, 2011, núm. 29, pp. 67-89; *id.*, «The Law Applicable to Contractual Obligations: the Rome I Regulation in Comparative Perspective», en BASEDOW, J. y PISLER, K. B. (eds.), *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 191-219; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «El Reglamento "Roma I" sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, 2008, núm. 6957.

⁶⁹ Véase la tesis doctoral de MARTÍNEZ LUNA, W. F., *La ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección. El artículo 4 del Reglamento Roma I*, Getafe, Universidad Carlos III, 2012, http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15110/williamf_martinez_luna_tesis.pdf?sequence=1, pp. 374 y ss.

⁷⁰ SOLOMON, D., «The International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats», *Tulane Law Review*, vol. 82, 2008, núm. 5, pp. 1709-1740, esp. p. 1721.

⁷¹ Art. 5.3 RR I: «Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato, a falta de elección de la ley, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de ese otro país».

⁷² Art. 4.3 RR I: «Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país».

der discrecional del juez. En segundo lugar, exige una vinculación manifiestamente más estrecha del contrato con otro país que resulte de manera clara e inequívoca dentro de las circunstancias que rodean el contrato. La nueva redacción resulta de utilidad a la hora de identificar la prestación característica en ciertos contratos de especial complejidad. Se busca con esta cláusula de excepción moderar los costes conflictuales para ambos contratantes pero sólo en casos excepcionales con el objeto de facilitar la celebración, el cumplimiento y la solución de la controversia o litigio judicial con arreglo al Derecho que suponga unos costes más moderados para ambas partes⁷³.

Las consideraciones realizadas al valorar el contenido de las cláusulas de excepción de carácter general son aplicables en buena medida a la cláusula de excepción en el ámbito de contratos, sobre todo, porque no puede ampararse en preferencias materiales. A ello debe agregarse aquí que, en determinados supuestos, la ley prevista, especialmente la del prestador característico como regla general, puede ser aleatoria, y, en consecuencia, suponer una desviación del valor de eficiencia económica, seguridad del tráfico y previsibilidad que caracteriza la determinación de la ley aplicable a los contratos. En todo caso, dependerá del tipo y naturaleza del contrato y del alcance concreto que en cada uno de ellos presentan otras vinculaciones distintas a la del prestador característico⁷⁴.

La aplicación del art. 4 del RR I es imperativa para el juez⁷⁵ pero para relegar el alcance de las normas de conflicto a través de la cláusula de excepción es menester una motivación reflexiva por parte del intérprete. Y aunque en la mayor parte de los casos será la parte interesada en la cláusula de excepción quien pondrá en marcha su propio interés, corresponde al juzgador pronunciarse acerca de la conveniencia de su aplicación y de los motivos que la justifican. Y a pesar de que dicha ley no corresponda a ninguna de las alegadas por cada parte contratante también podrá resolver la cuestión siempre que las partes hayan podido debatir, durante el proceso, acerca del criterio del juez. Situación que se extiende a un hipotético juicio en rebeldía⁷⁶.

19. En la normativa de la UE se ha prestado atención, desde el Convenio de Roma de 1980, a la flexibilización de las soluciones conflictuales en las relaciones de trabajo⁷⁷. Con la finalidad de mitigar la rigidez de las normas de conflicto rectoras del contrato de trabajo el RR I incorpora en su art. 8.4 otra cláusula de escape en la norma sobre ley aplicable a los contratos de

⁷³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La cláusula de excepción y los contratos internacionales. La crisis del principio de proximidad», *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 459-470.

⁷⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 8.^a ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuter, 2015, p. 544.

⁷⁵ STJCE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2009 [as. C-133/08, *Intercontainer Interfrigo SC(CIF)/Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV*].

⁷⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, nota 74, p. 545.

⁷⁷ ZABALO ESCUDERO, M. E., «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM, Eurolex, 2015, esp. p. 1827.

trabajo a falta de elección, siguiendo la línea trazada por el antiguo art. 6 del Convenio de Roma⁷⁸. El art. 8 del RR I tiene en cuenta la protección del trabajador, al introducir límites materiales muy notables a la posibilidad de elegir el Derecho aplicable, en el sentido de que su validez está en función de la ley elegida, imponible por el empleador como parte fuerte, y sólo resulta de aplicación si favorece al trabajador. Dicha elección está condicionada por dos supuestos regulados en los párrs. 2 y 3. No obstante, en ambos casos el juez tiene la posibilidad, de acuerdo con el art. 8.4, de poner en marcha una cláusula de excepción específica y, por ende, de aplicar una ley que presente vínculos más estrechos con otro país: «Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país». Al igual que acontece con el art. 4.3. Puede observarse que en el art. 8.4 del RR I, la cláusula de excepción parece formularse con menor rigor pues se omite el adverbio «manifiestamente», habilitando una mayor flexibilidad.

La aplicación práctica de este último precepto es bastante frecuente en los contratos de embarque en los que estén involucrados buques bajo pabellones de conveniencia. A ello responde la Sentencia del Juzgado de lo Social de Bilbao, de 29 de septiembre de 2014 que, a propósito de un contrato de trabajo celebrado en España para buque con bandera de este tipo, consideró que la cláusula de escape del precepto citado implica

«...la necesidad de buscar la realidades fácticas en orden a evitar que por formalidades negociales queden desvirtuados los auténticos derechos aplicables, que preservan tanto la soberanía como las garantías del ciudadano, evitando el que los marcos laborales queden al arbitrio de una de las partes, integrando los puntos de conexión reales de los interlocutores. De esta forma, los diversos foros que legislativamente son aplicables, y que enumera el precepto nos conducen a una tradición en orden a los contratos de embarque que procura evitar los llamados pabellones de conveniencia y de los que pueda deducirse una conducción a ordenamientos jurídicos escasamente conectados con los criterios de la conexión, que se imponen como norma general pese a su excepcionalidad, por razón de las coyunturas a las que se atienden. Así, aunque no sólo se atienda a ese ordenamiento más protector, lo cierto es que el principio de proximidad a la realidad de las partes conduce a la búsqueda del ordenamiento eludido, como fuente real del contrato de trabajo...»⁷⁹.

Tras la doctrina sentada por las SSTJ de 15 de marzo de 2011 (as. C-29/10, *Koelzsch*) y de 15 de diciembre de 2011 (asunto C-384/10, *Voogsgeerd*) en orden a los criterios de conexión previstos en defecto de elección, la STJ de 12 de septiembre de 2013 (asunto C-64/12, *Schlecker*) ofrece gran importancia insertando precisiones muy relevantes acerca de la interacción de dicha cláusula de escape con el resto de los criterios de conexión de esa norma, así como con respecto a los factores relevantes para determinar el país con el

⁷⁸ Cuya favorable acogida en su día no fue unánime, véase MAYER, P. y HEUZE, V., *Droit international privé*, 8.^a ed., París, Montchrestien, 2004, pp. 556-557.

⁷⁹ Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Ángeles González González, AS/2014/2923.

que un contrato de trabajo tiene los vínculos más estrechos⁸⁰. En particular, para el TJ entre los elementos significativos de vinculación debe tenerse en cuenta especialmente «el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez». Asimismo, el TJ considera que el juez deberá considerar también «la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo». El Tribunal toma, pues, partido en la controvertida cuestión de la materialización de la cláusula de escape y se inclina por respaldar la ausencia en las mismas de consideraciones de orden material, reafirmando su carácter neutral y su vinculación al principio de proximidad. De esta suerte, al cumplir una mera función localizadora desaparece la posibilidad de utilizar la cláusula como mecanismo de protección del trabajador⁸¹. Una solución que no puede compartirse.

3.2.2. *Obligaciones extracontractuales*

20. Este sector en los últimos tiempos ha registrado la presencia de numerosas cláusulas de excepción, que no han contado con todos los parabienes de la doctrina. Diversos sistemas de DIPr estatales incorporan cláusulas de excepción a la regla general de la *lex loci delicti commissi* (véase el art. 48.2 *in fine* de la Ley austriaca de 1978 que dispone que si las personas involucradas tienen conexión más estrecha con la ley de un Estado determinado, se aplicará dicha ley). Es obvio que tal incorporación está en principio justificada, pero puede resentirse en algunos casos concretos como el de la responsabilidad por contaminación transfronteriza donde la cláusula puede frustrar la finalidad de protección de las víctimas del daño⁸².

21. El Reglamento (CE) núm. 864/2007, de 27 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RR II), al lado de la regla general y de las reglas específicas proyectadas para conseguir los objetivos de localización, incluye en alguna de sus disposiciones cláusulas de escape que, como afirma el cdo. 14, permiten al juez «apartarse de estas reglas cuando se desprenda claramente de todas las circunstancias del caso que el hecho dañoso está manifiestamente más vinculado con otro país. Este conjunto de

⁸⁰ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Principio de proximidad, cláusula de escape y protección del trabajador en la contratación internacional*, 18 de septiembre de 2013, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/09/principio-de-proximidad-clausula-de.html>.

⁸¹ Véanse las notas a esta decisión de PARADELA AREÁN, P., «Ley aplicable al contrato individual de trabajo y determinación de los vínculos más estrechos (Comentario a la STJ de 12 septiembre 2013)», *La Ley: Unión Europea*, 2014, núm. 14, pp. 41-46; *id.*, «Contrato de trabajo que presenta vínculos más estrechos con otro Estado miembro», *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1073-1076.

⁸² PALAO MORENO, G., *La responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente: aspectos internacionales*, Valencia, Universitat de València, 1998, p. 123; VINAIXA MIQUEL, M., *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Santiago de Compostela, *De Conflictus Legum*, Estudios de Derecho Internacional Privado, 2006, p. 237.

reglas crea de esta manera un marco flexible de normas de conflicto de ley. Del mismo modo, permite al órgano jurisdiccional competente tratar los casos individuales de forma adecuada». Esta solución puede valorarse positivamente, pues una aplicación mecánica de la *lex loci delicti* (art. 4.1) o de la ley de la residencia habitual común del causante del daño y de la persona perjudicada (art. 4.2) puede no ser apropiada en ciertos supuestos específicos. La existencia de la cláusula, al igual que acontece con el RR I, también se justifica como la exclusión del reenvío. El art. 4.3 insiste en el carácter excepcional de su puesta en marcha mitigando la valoración de la incidencia de los vínculos en los supuestos en que queda claramente establecida la mayor vinculación con otro ordenamiento⁸³. Por último, el art. 4.3 presenta una diferencia sustancial en relación con las cláusulas de excepción de alcance general que siguen el modelo trazado por el art. 15 de la LDIPr suiza en el sentido de que renuncia al doble test referido a la verificación de ausencia de vínculos estrechos con la ley aplicable y a la existencia de vínculos más estrechos con otro ordenamiento⁸⁴.

Pese a que el Reglamento incluye reglas específicas en varias situaciones particulares (actos que restrinjan la libre competencia, daños medioambientales o infracciones a los derechos de propiedad intelectual) no cubre todas las hipótesis posibles. Curiosamente en estas materias no rige la cláusula de excepción apuntándose que no existen razones suficientes para sostener que las reglas especiales que rigen en la materia no puedan quedar afectadas por vínculos más estrechos con otro posible ordenamiento⁸⁵.

De hecho, la *lex loci delicti commissi* es una de las conexiones más susceptibles de ser corregidas a través de una cláusula de excepción. No es raro que se designe un ordenamiento absolutamente imprevisible para las partes, carente de proximidad alguna con el supuesto. De ahí que el art. 4.3 del RR II prevea que «si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión».

El precepto permite al juez solucionar muchas cuestiones concretas que dejan en el aire las normas de conflicto contenidas en el Reglamento pero la flexibilidad que incorpora debe utilizarse con mesura pues el juez para apartarse de las conexiones debe valorar muy estrictamente las circunstancias del caso en el sentido de que el hecho dañoso debe poseer con carácter manifiesto mayor vinculación a otro país. Además, despliega una cierta eficacia, en determinados supuestos en que preexiste una relación contractual, por lo

⁸³ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales», *Revista Española de Seguros*, 2009, núm. 140, pp. 695-726.

⁸⁴ Véase BUCHER, A., «La dimension sociale du droit international privé. Cours général», *Recueil des Cours*, t. 341, 2009, p. 213.

⁸⁵ AMORES CONRADI, M. A. y TORRALBA MENDIOLA, E., «XI tesis sobre el estatuto delictual», *REEI*, 2004, núm. 8, p. 11.

que se ha defendido la aplicación, por accesoriadad, de la ley rectora de la relación contractual (transporte, servicio médico, etc.) a la que se vincula la responsabilidad por daños, como ley más estrechamente vinculada. También resuelve el régimen de los daños que se producen en espacios internacionales o no sujetos a la soberanía estatal (alta mar, espacio ultraterrestre, etc.). Por último la cláusula de excepción tiene un importante papel que jugar en lo relacionado con los accidentes en masa⁸⁶.

22. La *culpa in contrahendo*⁸⁷ se configura en el art. 12 del RR II como un concepto autónomo que incluye la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. Dicho precepto cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato estableciendo al efecto una conexión principal en el párr. 1, «la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado» y dos conexiones particulares en las letras *a*) y *b*) del párr. 2 en caso de que dicha ley no pueda determinarse: la ley de la residencia habitual común de las partes en el momento en que tiene lugar el hecho generador del daño, o en su caso, a la ley del país en que se hubiera producido el daño directo, con independencia del país en que radique el acontecimiento causal o el hecho generador del daño. Pero el precepto añade una letra *c*) en dicho párrafo que incorpora una cláusula de escape en el sentido de que «si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en las letras *a*) y *b*), se aplicará la ley de este otro país».

Como puede desprenderse de la regulación del art. 12, la aplicación de la cláusula de escape que incluye es muy limitada. De un lado, se restringe a las situaciones en las cuales la ley aplicable se determina de acuerdo con las reglas del párr. 2 por lo que no tendrá operatividad cuando la ley que rige la *culpa in contrahendo* se determina de acuerdo con la regla general del párr. 1. De otro lado, la cláusula únicamente será de aplicación cuando la *lex contractus* del negocio no pueda determinarse y no lo será cuando dicha ley parezca estar suficientemente vinculada al supuesto. Además, la cláusula no podrá ser utilizada para desplazar la *lex contractus* del negocio cuando conduzca a resultados inapropiados⁸⁸.

3.3. Persona

23. En el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr la protección de los niños y la protección de los adultos han tenido una vida en cierta medida

⁸⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, nota 74, pp. 594-595.

⁸⁷ MOURA VICENTE, D., «La culpa in contrahendo en el Derecho internacional privado europeo», *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 53-72.

⁸⁸ HAGE-CHAHINE, N., «*Culpa in Contrahendo* in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation», *Northwestern J. Int'l L. Bus.*, 2012, pp. 451-540, esp. p. 529, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=njllb>.

paralela, lo cual, como afirmase A. Borrás, es sintomático tanto de la evolución de los tiempos como del DIPr⁸⁹. Precisamente este sector ofrece un importante campo de actuación para las cláusulas de excepción, de lo que ha sido consciente la propia Conferencia. Por esta razón el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños incluye un bloque de normas conflictuales en los arts. 15 a 22 cuya aplicación tiene carácter universal para los Estados miembros (art. 20). El art. 15.1 establece una regla de base caracterizada por la vinculación *forum/ius* y concretada en el postulado de aplicación a las medidas de protección del menor de la *lex fori* (art. 15.1), un postulado que responde a que la proximidad del interés descansa en normas de competencia judicial internacional supeditadas a la residencia habitual del menor y a facilitar la labor de la autoridad que conoce del caso, que aplicará así la ley que conoce mejor⁹⁰. Sin embargo, precisada la conexión el párr. 2 de este precepto incorpora una cautela en forma de cláusula de excepción según la cual «en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho». Como puede observarse, esta cláusula de excepción reposa no en el principio de proximidad, sino en el interés superior del niño⁹¹.

El apuntado paralelismo regulador tiene una traducción exacta en el art. 13 del Convenio de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de los adultos y aunque España no sea parte del mismo, sirve para reforzar el juego de la cláusula, justificada, en este caso, en interés del adulto⁹².

3.4. Familia y sucesiones

24. La determinación del principio de proximidad en el ámbito de las relaciones de familia depende de una serie de elementos objetivos, por lo general suficientemente delimitados en las normas de conflicto con conexiones

⁸⁹ BORRÁS, A., «La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes», *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM, Eurolex, 2015, núm. 6, p. 1287.

⁹⁰ LAGADE, P., *Informe explicativo*, p. 43, <http://www.hcch.net/upload/expl34s.pdf>.

⁹¹ *Ibid.*, p. 44. «El ejemplo más frecuentemente citado es el de la autorización pedida a las autoridades de la residencia habitual para vender un bien del menor situado en el extranjero. Es seguramente preferible que la autoridad a que se acude pueda en tal caso aplicar la *lex situs rei* y conceder la autorización prevista por ésta, ley real, incluso si la ley de la autoridad a que se acude no exige en la materia autorización alguna. Podría también indicarse la aplicación de su ley nacional a la protección de niños extranjeros si resulta que estos niños van a volver en plazo breve a su país de origen».

⁹² LAGARDE, P., *Rapport explicatif*, pp. 52-53, <http://www.hcch.net/upload/expl35e.pdf>: si se solicita una autorización de las autoridades de la residencia habitual para vender bienes del adulto situados en el extranjero, es preferible que la autoridad que ejerza jurisdicción pueda aplicar o tomar en consideración la ley del lugar de la propiedad y otorgar la autorización prevista en dicha ley, incluso si la ley de la autoridad que ejerce la jurisdicción no requiere una autorización en tal caso.

de carácter abstracto como la nacionalidad, domicilio o residencia habitual común que, en muchas ocasiones, ignora que muchos extranjeros residentes en un país guardan una relación muy estrecha con su país de origen, circunstancia acompañada por un rechazo a cualquier modalidad de integración y por un manifiesto espíritu de retorno. En estos casos, por ejemplo, el recurso a la ley nacional previsto en la norma de conflicto puede contradecir la apreciación de los vínculos más estrechos. En la construcción de la excepción la discrecionalidad del juez es determinante al estar condicionada por sus propias convicciones⁹³; una buena aplicación de la cláusula en este especial sector exigiría de éste la precisión cumulativa de la debilidad de los vínculos con el Derecho designado por la norma de conflicto y de la fortaleza de dichos vínculos con el ordenamiento que considera debe ser aplicado. Que concurra una de ellas no implica necesariamente que la otra también esté presente por lo cual la excepción no podría tener lugar.

En el sector que estamos examinando es frecuente la distorsión entre lo dispuesto en las normas de conflicto de un determinado sistema y la proximidad real del supuesto con el ordenamiento más vinculado, por lo que es un terreno abonado para el empleo de las cláusulas de excepción. Concretamente en este sector el juez antes de poner en marcha la cláusula deberá tener completa constancia de la debilidad de los vínculos de la ley designada.

25. La acción de las cláusulas de excepción en el ámbito de las sucesiones internacionales, pese a no tener la importancia alcanzada en materia contractual, ha sido propugnado desde hace años con la pretensión de corregir la aplicación de la ley del último domicilio del causante, por medio de la ley de la nacionalidad de éste, en aquellos casos en los que la mayor parte de los bienes se encuentren en el país designado por esta última conexión y con el objetivo preciso de asegurar la eficacia de las decisiones en el espacio⁹⁴.

Con todo, la técnica se ha extendido también a este sector a pesar de que los textos que las incluyen han tenido la oportunidad de establecer normas de conflicto con un evidente grado de precisión⁹⁵. Tal es el caso del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte que incorpora una cláusula de excepción de carácter restrictivo que posibilita desplazar la ley de la residencia habitual por la ley de la nacionalidad (art. 3.2: «En circunstancias excepcionales, si el difunto tuviera en el momento de su fallecimiento vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado del que en ese momento fuera nacional, se aplicará la ley de este último Estado») y otra de mayor amplitud que admite la posibilidad de sustituir la ley de la nacionalidad del difunto por la ley con la cual tenía vínculos más

⁹³ BALLARINO, T. y ROMANO, G. P., «Le principe de proximité chez Paul Lagarde», *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005, pp. 37 y ss., esp. p. 42.

⁹⁴ DUBLER, C., *Les clauses d'exception...*, op. cit., nota 49, p. 100.

⁹⁵ DUTTA, A., «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, t. 73, 2009, pp. 547-606.

estrechos (art. 3.3: «Si en ese momento el difunto tuviera vínculos más estrechos con otro Estado, en cuyo caso se aplicará la ley de este último»). Pese a que las reglas descritas han sido criticadas por su inseguridad y excesiva complejidad y por complicar la tarea de la autoridad que debe aplicarlas⁹⁶, no puede negarse que acaso el escaso éxito de este instrumento internacional puede obedecer a esta circunstancia flexibilizadora⁹⁷.

También en el proceso de codificación del DIPr europeo se ha incorporado esta técnica tras la entrada en vigor del Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. El art. 21 del Reglamento, tras designar en el párr. 1 del art. 21 la aplicación de la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, introduce en el párr. 2 una cláusula de excepción al determinar que «si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto de aquel cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado». La referida cláusula no puede ser utilizada de manera indiscriminada cuando la determinación de la residencia habitual ofrezca cierta dificultad, ni emplearse como una técnica de solución de carácter subsidiario⁹⁸.

Cabe reiterar que, como es consustancial a toda cláusula de excepción, la aplicación de este precepto sólo es factible cuando se determine la ley aplicable a la sucesión conforme a la norma objetiva, esto es, cuando no haya habido elección de ley por parte del causante. Como es previsible en la inmensa mayoría de los supuestos la ley más estrechamente vinculada al causante sustitutoria de la de su residencia habitual en el momento de su fallecimiento será la ley correspondiente a su nacionalidad⁹⁹.

⁹⁶ BONOMI, A., «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des Cours*, t. 350, 2011, pp. 189-190.

⁹⁷ LI, H., «Some Recent Developments in the Conflicts of Laws in Succession», *Recueil des Cours*, t. 224, 1990-V, pp. 9-122, esp. p. 51; VON OVERBECK, A. E., «La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 233, 1992-II, pp. 9 y ss., esp. p. 76; LEQUETTE, Y., «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales», *Recueil des Cours*, t. 246, 1994-II, pp. 9 y ss., esp. pp. 178 y ss.

⁹⁸ De acuerdo con el Cdo. 25 de este Reglamento, «en casos excepcionales en los que, por ejemplo, el causante se haya mudado al Estado de su residencia habitual poco tiempo antes de su fallecimiento, y todas las circunstancias del caso indiquen que aquél tenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado, la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante sino la ley del Estado con el que el causante tenía un vínculo manifiestamente más estrecho. No obstante, la vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja».

⁹⁹ RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2013.

4. LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN COMO MECANISMO DE REALIZACIÓN DE OBJETIVOS MATERIALES

26. Cuando hablamos de cláusulas de excepción en relación con el método de localización estamos en presencia de un correctivo a la localización cuya finalidad no es entorpecer sino, por el contrario, mejorar el mandato de la norma de conflicto eliminando la rigidez que puede caracterizarla, bien es verdad que en detrimento del valor «seguridad jurídica», en el sentido de aportar menor certidumbre y menor previsibilidad. Ciertamente, las cláusulas de excepción de alcance general no establecen unos criterios definidos que permitan llevar al convencimiento del juez de las razones que justifican la derogación del mandato contenido en la norma de conflicto o que posibiliten medir si el vínculo es débil o fuerte y, además, hay que tener presente que no siempre la ley que presenta los vínculos más estrechos con el supuesto es la más apropiada. Pese a estas reticencias las cláusulas de excepción proyectadas a situaciones concretas han demostrado su operatividad, de ahí su acogida favorable como importante elemento corrector y mecanismo óptimo de especialización en razón del grado de heterogeneidad; diversificación que va más allá incluso de la que reflejan las normas a las que eventualmente excepciona.

Dentro de las múltiples facetas de la flexibilización se encuentra una que, sin abandonar el proceso de localización, hace frente a la rigidez de las conexiones de la norma de conflicto, que en determinadas circunstancias pueden designar un ordenamiento jurídico con escasa vinculación con el supuesto produciendo situaciones indeseables. El empleo de una cláusula de excepción en este caso contribuye a afianzar la certeza y previsibilidad necesarias en una norma de conflicto y, con ello, la satisfacción del principio de proximidad. Sin embargo, ello no lleva aparejado que las cláusulas de excepción ostenten por esta circunstancia una significación sustancial o constituyan un procedimiento autónomo para alcanzar una solución justa¹⁰⁰.

La proximidad es sólo una imagen, expresiva sin duda, pero sólo eso. Las dicciones tales como «conexión más estrecha», «otra ley más vinculada», o «agrupación de contactos», se limitan a realizar una medición puramente cuantitativa de los elementos de conexión, por lo que resulta menester, a partir de aquí, indagar en los criterios que deben utilizarse para practicar una valoración adecuada de dichos elementos. Por consiguiente, si la localización del Derecho designado por la norma de conflicto y la puesta en marcha del principio de proximidad se entienden en clave material, la cláusula de excepción funcionará con toda eficacia, pues no actuará como un simple instrumento de orientación material, sino como una técnica localizadora, dentro del mecanismo conflictual, que busca la solución justa teniendo en

¹⁰⁰ SÁNCHEZ LORENZO, S., «Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1996, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 149-173.

cuenta los objetivos materiales que se pretenden en la solución del caso concreto.

RESUMEN

FUNCIONES DE LAS CLÁUSULAS DE EXCEPCIÓN EN EL PROCESO DE LOCALIZACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO

Una importante faceta de la flexibilización es aquella que, sin abandonar el proceso de localización, hace frente a la rigidez de las conexiones de la norma de conflicto, que en determinadas circunstancias pueden designar un ordenamiento jurídico con escasa vinculación con el supuesto produciendo situaciones indeseables. En su consecución ciertos textos de la codificación interna e internacional de Derecho internacional privado han recurrido a la denominada «cláusula de excepción» a partir de la cual el juez cuenta con una «potestad institucionalizada» para determinar la ley aplicable, siempre que la situación presente inequívocamente «vínculos más estrechos» con otro orden jurídico del designado por la norma de conflicto. Las cláusulas de excepción proyectadas a situaciones concretas han demostrado su operatividad, de ahí su acogida favorable como importante elemento corrector y mecanismo óptimo de especialización en razón del grado de heterogeneidad. Su empleo contribuye a afianzar la certeza y previsibilidad necesarias de las normas de conflicto y, con ello, la satisfacción del principio de proximidad. Ahora bien, esta localización debe entenderse en clave material. La cláusula de excepción funcionará con toda eficacia si actúa como una técnica localizadora, dentro del mecanismo conflictual, que busca la respuesta justa teniendo en cuenta los objetivos materiales que se pretenden en la solución del caso concreto.

Palabras clave: conflicto de leyes, puntos de conexión, localización, flexibilización, cláusulas de excepción.

ABSTRACT

FUNCTIONS OF THE EXCEPTION CLAUSES IN THE LOCALISATION PROCESS OF CONFLICT OF LAWS RULES

An important aspect of flexibility is that, without abandoning the localisation process, it counteracts the rigidity of the connections of the conflict of law rules that may appoint, in certain circumstances, a legal system with weak links to the case and may give rise to undesired results. In the national and international codification of private international law, some texts have turned to a so-called «exception clause» which allows judges to have the institutionalized power to determine the applicable law, as long as the situation has an unequivocally «closer connection» with another law other than the one designated by the conflict of law rule. The exception clauses designed for specific situations have proved to be useful and, therefore, have been welcomed as an important correction instrument and as an excellent mechanism for specialisation in accordance with the degree of heterogeneity. Its use helps to consolidate the necessary certainty and predictability of the conflict of law rules and, therefore, the satisfaction of the proximity principle. Obviously, this localisation must be understood in a material sense. The exception clause will deploy its usefulness if it acts as a localisation technique included in the conflictual mechanism that seeks the right answer, taking into account the material objectives sought in the solution of the case.

Keywords: Conflict of Laws, Connecting Factors, Localisation, Flexibilisation, Exception Clauses.

RÉSUMÉ

FONCTIONS DES CLAUSES D'EXCEPTION DANS LE PROCESSUS DE LOCALISATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT

Un aspect important de la flexibilisation est celle qui, sans abandonner le processus de localisation, contrecarre la rigidité des rattachements de la règle de conflit qui peuvent conduire, dans certaines circonstances, à un système juridique avec des liens faibles avec le cas d' l'espèce et produire des situations indésirables. Dans la poursuite de cet objectif certains textes de codification nationale et internationale du droit international privé se sont tournés vers la soi-disant «clause d'exception» à partir de laquelle le juge a un pouvoir institutionnalisé pour déterminer la loi applicable, chaque fois que la situation offre sans équivoque un lien plus étroit avec un autre ordre juridique de ce désigné par la règle de conflit. Les clauses d'exception conçues pour des situations spécifiques se sont révélées utiles et, par conséquent, ont été bien accueillis comme un instrument correcteur important et comme le meilleur mécanisme pour la spécialisation en raison du degré d'hétérogénéité. Sa utilisation contribue à consolider la certitude nécessaire et la prévisibilité des règles de conflit et donc la satisfaction du principe de proximité. Bien entendu que cette localisation doit être compris dans un sens à caractère matérielle. La clause d'exception va déployer toute son utilité si elle opère comme une technique de localisation à l'intérieur du mécanisme conflictuelle, qui cherche la réponse juste, compte tenu des objectifs matériels qui recherche pour la solution de l'affaire.

Mots-clés: conflit de lois, points de rattachement, flexibilisation, localisation, clauses d'exception.



II. NOTAS

DERECHOS HUMANOS Y COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN MATERIA DE NACIONALIDAD (La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2014: caso *Personas dominicanas* y *haitianas expulsadas c. República Dominicana*)

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Granada

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LOS HECHOS Y EL CONTEXTO.—2. LA DECISIÓN DE LA CIDH.—3. UNA CRÍTICA.—3.1. El alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad y el *ius soli*: el ejemplo europeo.—3.2. Un argumento endeble: la confusión entre personalidad jurídica y nacionalidad.—3.3. Un argumento capcioso: el principio de no discriminación.—3.4. Un argumento escamoteado: apatriadía y prueba de la nacionalidad.—4. MORALEJA: EN DERECHO NO CONVIENE MATAR MOSCAS A CAÑONAZOS, NI GIGANTES CON MATAMOSCAS.

INTRODUCCIÓN

1. Más allá del comprensible revuelo mediático y político, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) de 28 de agosto de 2014¹ merece un análisis jurídico de sus fundamentos jurídicos y, más allá, invita a una reflexión perfectamente trasladable a la jurisprudencia del TEDH acerca de los riesgos implícitos en el propio sistema de protección internacional de derechos humanos. Conviene no olvidar que el modelo de protección de la Convención Americana de Derechos Humanos de

¹ Serie C, núm. 282.

1969, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, se inspiró en buena medida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y en particular mantiene el papel que ésta atribuyó originalmente a la Comisión, cuyo filtro fue eliminado, por fortuna, del mecanismo europeo a través del Protocolo núm. 11 de 1998.

Comparativamente, el Pacto de San José pareció desde un principio apostar por un modelo ambicioso en la formulación misma de los derechos humanos, más extensa que la europea, pero ha sido especialmente la jurisprudencia de la CIDH la que ha apostado por una lectura de ciertos derechos fundamentales que, más allá del desarrollo progresivo del Derecho internacional, ha sido tildeado en ocasiones de excesivamente «politizado», en particular por el alcance de algunas decisiones recientes en materias políticamente sensibles, como la medioambiental. Las características de la OEA, institución en la que se incardina la Convención, tampoco han ayudado a acallar las protestas de algunos Estados ni a disipar todas las dudas sobre el funcionamiento del sistema.

La protección de los derechos humanos constituye un ámbito políticamente sensible. La propia debilidad de los sistemas de protección, amparados en realidad en el valor ejemplificativo de los informes y en la aceptación por los Estados de la eficacia obligatoria de las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales, implica la necesidad de conformar un consenso y una implicación fuerte de los Estados con el mecanismo de protección. La imparcialidad y buen juicio de los jueces constituye una pieza maestra del sistema, pues cualquier mancha en una exquisita división de poderes puede generar una merma de la reputación que se espera de un modelo de protección internacional. De ahí que la dependencia política de órganos como la Comisión constituya un déficit democrático importante en la gestión del sistema. El éxito del modelo europeo en los últimos tiempos sin duda se asienta en el prestigio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la aceptación de sus decisiones en el marco europeo, si bien el colapso del Tribunal, incumpliendo los propios plazos con que mide las garantías procesales en las jurisdicciones nacionales, hace peligrar el modelo, que amenaza con morir de éxito.

El modelo interamericano, más audaz en buena medida, se encuentra actualmente en entredicho, y la Sentencia de 28 de agosto de 2014 no coadyuva en modo alguno al crédito que merece el mecanismo. Para comprender su alcance, que ha acabado con una sorprendente decisión del Tribunal Constitucional dominicano declarando la nulidad de la aceptación por el gobierno dominicano de la jurisdicción de la CIDH, conviene hacer mención a los hechos y, sobre todo, al contexto de la decisión.

1. LOS HECHOS Y EL CONTEXTO

2. La sentencia, en concreto, trae causa o se relaciona, siguiendo la calificación de la Comisión, con la detención arbitraria y expulsión sumaria del

territorio de República Dominicana de presuntas víctimas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos niñas y niños, sin el seguimiento del procedimiento de expulsión normado en el Derecho interno. La Comisión formuló conclusiones imputando a la República Dominicana la violación de los derechos a la personalidad jurídica, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección a la familia, a los derechos del niño, a la nacionalidad, a la propiedad, a la circulación y residencia, a la igualdad y no discriminación, y a la protección judicial, consagrados en los arts. 3, 5, 7, 8, 17, 19, 20, 21, 22.1, 22.5, 22.9, 24 y 25 de la Convención Americana. En particular, la Comisión consideró que existían una serie de impedimentos para que los migrantes haitianos pudieran inscribir a sus hijos e hijas nacidos en territorio dominicano, y para la obtención de la nacionalidad dominicana por parte de las personas de ascendencia haitiana nacidas en la República Dominicana. Entre otras consideraciones, la Comisión hizo referencia a «los impedimentos existentes para conceder la nacionalidad a las personas nacidas en territorio dominicano, a pesar de que el Estado recepta el principio de *ius soli*». Éste fue el punto del litigio que originaría el fallo más controvertido de la CIDH, sobre el que versará la presente nota.

3. El contexto demográfico en las relaciones de vecindad entre Haití y la República Dominicana es esencial para comprender el alcance político de la decisión. Haití es un Estado fallido, que arrastra las consecuencias de una política colonial lamentable. En términos jurídicos, cabría plantearse si se dan en Haití las condiciones elementales para merecer la consideración jurídica de «Estado», que requiere, además de un territorio y una población, un elemento de mínima organización, que cabe poner en duda. Haití y la República Dominicana se reparten el territorio de La Española. Con poblaciones muy similares, Haití ocupa un tercio de la superficie de la isla, por lo que su densidad de población es casi el doble. Ambos países presentan credenciales económicas muy diferentes y están separados por más de sesenta Estados en la lista relativa al índice de desarrollo humano.

Como consecuencia, la República Dominicana ha recibido oleadas de inmigración ilegal de cientos de miles de haitianos, asentados como braceros en «bateyes», poco a poco erigidas en comunidades permanentes, muchas veces marginales. En el año 2000, se calculaba ya en un 6 por 100 la población haitiana en la República Dominicana, buena parte de ella compuesta por trabajadores temporales indocumentados. Hoy en día, la población de origen haitiano se cifra en el entorno de 1.200.000 personas.

4. En el momento en que ocurren la mayoría de los hechos litigiosos, a finales de los años noventa, la Constitución de la República Dominicana de 1994 (art. 11) reconocía el derecho a la nacionalidad dominicana por *ius soli* a los nacidos en territorio dominicano, salvo que se tratara de hijos de personas en representación diplomática o «en tránsito» en el país. La STC dominicana 0168/13, de 23 de septiembre², distinguió el concepto de extranjero «en

² <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/node/2601>.

tránsito» y «transeúnte»: mientras que transeúnte es el extranjero que se encuentra de paso por territorio dominicano con destino al exterior (sección V del Reglamento de Migración núm. 279, de 12 de mayo de 1939), el concepto de extranjero «en tránsito» es más amplio, y se refiere a los extranjeros «no inmigrantes», tales como los jornaleros temporeros ayunos de identificación personal. Semejante distinción implicó el no reconocimiento del *ius soli* a los hijos de extranjeros que residían ilegalmente en territorio dominicano. La Constitución de 2010 despejó cualquier duda, añadiendo a las excepciones tradicionales al *ius soli* la referida a las «hijas o hijos de extranjeros que residen ilegalmente en territorio dominicano» (art. 18.3).

5. En República Dominicana la expedición de la cédula de identidad y electoral se lleva a cabo sobre la base del acta de nacimiento, que conforme al art. 46 de la Ley 659 de Actos de Estado Civil obliga a hacer constar a su vez la identificación y la cédula personal de identidad de los progenitores. La práctica habitual en muchos registros de no comprobar la identidad y residencia legal de los progenitores extranjeros dio lugar a actas de nacimiento claudicantes, que posteriormente amparaban emisiones de cédulas de identidad incorrectas, circunstancia que atajaron resoluciones y circulares de 2007, fecha en que se abrió además un Libro del Registro específico para nacidos de madre extranjera no residente. La STC 0168/2013, de 23 de septiembre, abordó esta cuestión y ordenó una auditoría minuciosa de los libros-registros de nacimientos y, a resultas, una lista de extranjeros irregularmente inscritos y documentados en una situación anterior, que se beneficiarían de un programa de regularización. El mandato dio lugar en 2013 a un Decreto de regularización de extranjeros y a la Ley 169-14, de 23 de mayo de 2014, que, junto a su desarrollo reglamentario por Decreto 250-14, de 23 de julio de 2014, procedió a regularizar las actas del estado civil y a crear un registro de extranjeros conforme asimismo a la Ley General de Inmigración 285-14.

2. LA DECISIÓN DE LA CIDH

6. La Corte resuelve en primer término las excepciones preliminares por falta de agotamiento de recursos internos e incompetencia de la Corte *ratione temporis* y *ratione personae*, así como ciertas cuestiones previas relativas a la legitimación de ciertos peticionarios y al marco fáctico acreditado por la Comisión.

7. Buena parte de la relación de hechos de la sentencia se detiene en la eventual discriminación contra la población haitiana por parte de la sociedad dominicana, en particular desde el punto de vista de la discriminación racial (§§ 159-162). Otro aspecto esencial se refiere al problema endémico de mal funcionamiento del Registro Civil dominicano, cuya corrección por parte tanto del Tribunal Constitucional como por el legislador dominicano será considerada por la CIDH contraria a las normas de la Convención Americana.

8. La CIDH analiza la cuestión de la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad fundamentalmente sobre la base de la Sentencia de

8 de septiembre de 2005, dictada asimismo contra la República Dominicana en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*³ (de aquellos polvos, estos lodos), y formula dos límites a dicha competencia sobre la base de las normas y principios del Derecho internacional en materia de derechos humanos: *a) el deber de los Estados de prevenir, evitar y reducir la apatridia, y b) su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación.*

9. El primero de los principios implica el deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia, eludiendo normas o prácticas que impliquen un incremento de estas situaciones, en particular implementando el *ius soli*, de conformidad con los convenios y normas internacionales en la materia, en aquellos supuestos en que el niño nacido en el territorio de un Estado de otro modo sería apátrida (art. 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 7 de la Convención de NU de 1989 sobre derechos del niño, y art. 20.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, todos ellos ratificados por la República Dominicana). En tal sentido, la Corte impone al Estado de nacimiento la «certeza» de que el nacido «podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado» (§ 259). En particular la Corte no se conforma con la aseveración genérica de la vigencia del *ius sanguinis* conforme a la normativa haitiana, particularmente por las restricciones a la atribución de dicha nacionalidad cuando únicamente la filiación materna está atribuida y en razón a la ausencia de documentación acreditativa de su nacionalidad.

10. Por lo demás, la Corte vincula este derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, protegido en el art. 3 de la Convención Americana. La CIDH afirma que la personalidad jurídica «implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes». Por tanto, el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares. Dicho reconocimiento determina su existencia efectiva ante la sociedad y el Estado, lo que le permite ser titular de derechos y obligaciones, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana. Asimismo, la Corte sostiene que «[u]na persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado» (§ 265).

11. Respecto del principio de no discriminación, contenido en los arts. 1 y 24 de la Convención Americana, la Corte señala que dicho principio se extiende a los demás derechos recogidos en la Convención, de forma que, en relación al derecho a la nacionalidad, «el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionali-

³ Serie C, núm. 130.

dad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos», y que «los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado, y dicha obligación se proyecta en el ámbito del derecho a la nacionalidad». Gráficamente, añade la Corte, «el estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos» (§§ 264 y 318).

En consecuencia, la Corte considera en su § 469, que «en República Dominicana la irregularidad migratoria de los padres extranjeros como un motivo de excepción a la adquisición de la nacionalidad en virtud del *ius soli* resulta discriminatoria y por tanto vulnera el art. 24 convencional», no encontrando motivos «para apartarse de lo dicho en su sentencia sobre el caso de las Niñas Yean y Bosico, en relación con República Dominicana, en el sentido de que el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos», de forma que «la aplicación de este criterio, priva a las personas de seguridad jurídica en el disfrute de derecho a la nacionalidad [...], lo que vulnera los arts. 3, 18 y 20 de la Convención, y por el conjunto de esas violaciones, el derecho a la identidad».

12. Consecuentemente, la Corte establece en el punto resolutivo 19 del fallo: «El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, o decisión, o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana, en los términos del párrafo 469 de la presente sentencia».

3. UNA CRÍTICA

3.1. El alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad y el *ius soli*: el ejemplo europeo

13. La crítica a la decisión de la CIDH desborda con mucho las peculiaridades del caso concreto. Interesa más el alcance y las implicaciones que derivan de sus argumentos, que acaban poniendo abiertamente en cuestión la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad.

No está de más recordar que el principio jurídico sigue siendo, aún hoy en día, dicha competencia exclusiva del Estado a la hora de delimitar quiénes son sus nacionales. Se trata de un principio del Derecho internacional general que viene establecido ya en la jurisprudencia del TPJI (Dictamen de 7 de febrero de 1923 relativo a los Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos y Dictamen de 15 de septiembre de 1923 relativo a la adquisición de la nacionalidad polaca), y reconocido expresamente en el

Convenio de La Haya de 1930 sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre nacionalidad, en el art. 9 del Código de Bustamante (del que son parte Haití y la República Dominicana) y en el Convenio bilateral entre Haití y la República Dominicana de 1939⁴. Los fundamentos de este principio se encuentran bien sistematizados en los fundamentos recogidos en la Sección 2.^a de la STC dominicana núm. 0168/13, de 23 de septiembre de 2013. Ni siquiera en espacios integrados, que reconocen una ciudadanía específica, como la ciudadanía europea, se limita la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad, más allá de las puntuales exigencias impuestas por el Derecho internacional general: el TJUE lo ha manifestado así en múltiples ocasiones⁵.

Ciertamente, el Derecho internacional impone algunos límites y principios a este principio general, algunos de los cuales constan expresamente en algunas normas internacionales⁶, que en su mayoría tienen que ver con la consideración de la nacionalidad como un derecho humano. En efecto, la nacionalidad es un derecho con múltiples facetas: desde el punto de vista del Derecho privado interno, es un estado civil; el sistema constitucional configura a la nacionalidad, en cuanto vínculo jurídico-público entre un individuo y un Estado, como un derecho fundamental que refleja los derechos y deberes de la «ciudadanía»; en un espacio integrado, como la Unión Europea, dicho vínculo es además condición para ostentar un vínculo supranacional, como es la ciudadanía europea; finalmente, desde la perspectiva del Derecho internacional se configura como un derecho humano, sobre el que se edifican ciertas limitaciones a la competencia exclusiva del Estado.

El primer límite deriva del derecho de todo individuo a ostentar una nacionalidad. Sobre este derecho se justifican los principios y las normas de Derecho internacional destinados a prevenir o evitar las situaciones de apatria, incluyendo el derecho a no ser privado de la nacionalidad de origen ni arbitrariamente de la nacionalidad adquirida. El derecho se extiende, en segundo lugar, a la facultad de cambiar de nacionalidad, que es un derecho dirigido a las limitaciones que pueda imponer el Estado de origen, y no a la obligación de los Estados de admitir las solicitudes de naturalización o adquisición derivativa. En tercer lugar, el Derecho internacional impone una re-

⁴ Al margen de estos textos internacionales, en un ámbito regional el principio viene confirmado asimismo en el art. 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre nacionalidad, hecho en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997.

⁵ STJCE de 7 de julio de 1992 (as. C-369/90, *Michelletti y otros*), rec. I-4258, apartado 10; STJCE de 11 de noviembre de 1999 (as. C-179/98, *Mesbah*), rec. I-7955, apartado 29; STJCE de 19 de octubre de 2004 (as. C-200/02, *Zhu y Chen*, C-200/02), rec. I-9925, apartado 37; STJUE de 2 de marzo de 2010 (as. C-135/08, *Rottmann*), rec. I-1449, apartado 39; STJUE de 8 de marzo de 2011 (as. C-34/09, *Zambrano*), rec. I-1177, apartado 40.

⁶ Art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 24.3 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966; art. 34 Convenio NU sobre estatuto de los refugiados de 1951; art. 32 Convenio NU sobre estatuto de los apátridas de 1954; arts. 1-9 Convenio NU de 1961 para reducir los casos de apatria; arts. 1.3 y 5 Convenio NU de 1966 sobre eliminación de toda forma de discriminación racial; art. 9 Convenio NU de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; art. 7 Convención NU de 1989 sobre derechos del niño.

gla de no discriminación por razón de raza o sexo, inspirada esencialmente, esta última, en la tradicional discriminación en la atribución de la nacionalidad por *ius sanguinis* en virtud de la filiación exclusivamente paterna, con exclusión de la materna, y en la imposición a la mujer casada de la obligación de seguir la nacionalidad del marido. Un principio específico del Derecho internacional se refiere a las situaciones de múltiple nacionalidad, particularmente por referencia al ejercicio de la protección diplomática, que establece la preferencia en estos casos del principio de nacionalidad efectiva⁷.

14. El resultado de la consideración de estos principios consolidados por parte de la CIDH, más allá del tratamiento del asunto litigioso, desborda con claridad cualquier límite conocido o presumible de la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad. El punto resolutivo 19 del fallo obliga a la República Dominicana a derogar el art. 18.3 de la Constitución Dominicana, que condiciona la atribución por *ius soli* a los nacidos en territorio dominicano al hecho de que al menos uno de sus progenitores resida legalmente en territorio dominicano. Si esta disposición es contraria al Derecho internacional por vulnerar los límites de la competencia estatal en materia de nacionalidad, la cuestión que debemos plantearnos de inmediato es la siguiente: ¿Son contrarios al Derecho internacional, y vulneran lo establecido en los arts. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, los 28 sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea?

La pregunta es pertinente, porque ningún país de la Unión Europea reconoce el *ius soli* a los nacidos en el territorio de progenitores que residan ilegalmente en dicho territorio. De hecho, la mayoría de ellos ni siquiera reconocen dicho derecho a los nacidos de padres que residan legalmente en el territorio de nacimiento del niño. La práctica totalidad de los Estados de la Unión Europea siguen básicamente el criterio del *ius sanguinis*, esto es, de atribución de la nacionalidad del Estado a los hijos de padre o madre que ostenten la nacionalidad de dicho Estado, con algunas variables. Malta en 1989 e Irlanda en 1994 fueron los últimos Estados en abandonar el criterio del *ius soli*. Algunos Estados no contemplan ninguna excepción a este principio (art. 198 de la Constitución chipriota). Los demás, de alguna forma u otra, incluyen algunas concesiones al *ius soli*. Sin duda la más extendida, por exigencias del Derecho internacional, en concreto del art. 1 del Convenio de Naciones Unidas de 1961 para reducir los casos de apatriadía, es la que establece la atribución de la nacionalidad por *ius soli* a los nacidos de filiación desconocida⁸, o en aquellos casos en que no tengan atribuida otra naciona-

⁷ STIJ de 6 de abril de 1955 en el asunto *Nottebohm*, entre otros.

⁸ Alemania [Sección 4.^a (1) de la Ley de Nacionalidad reformada en 2014]; Austria: siempre que sean menores de seis meses (Ley de Nacionalidad de 1985, reformada en 2013); Bélgica: siempre que no se acrede la posesión de otra nacionalidad antes de los dieciocho años o la emancipación (art. 10 del Código de la Nacionalidad de 2013); Bulgaria (art. 10 de la Ley de Nacionalidad de 1998, reformada en 2010); Croacia: siempre que no se acrede la nacionalidad extranjera de los padres antes de los catorce años (art. 7 de la Ley de Nacionalidad de 2012); Dinamarca (art. 1.2 de la Ley de Nacionalidad de

lidad de origen y exista el riesgo de apatridia⁹. Media docena de Estados admiten el *ius soli* si al menos uno de los progenitores ha nacido también en el Estado en cuestión¹⁰, y Finlandia lo contempla expresamente si alguno de los progenitores tiene el estatuto de refugiado o similar¹¹. Fuera de estos supues-

2004); Eslovaquia (art. 5.2 de la Ley de Nacionalidad de 1993); Eslovenia (art. 9 de la Ley de Nacionalidad de 1991); España [art. 17.1.d] Código Civil]; Estonia (art. 5.2 de la Ley de Nacionalidad de 1995); Finlandia (Sección 9.1.3 de la Ley de Nacionalidad de 2003, reformada en 2007); Francia: siempre que no se acredite durante su minoría de edad la filiación de un nacional extranjero y que este hecho le atribuya dicha nacionalidad (art. 19 Código Civil); Grecia (art. 1.2 del Código de la Nacionalidad de 2004); Hungría [art. 3.3.b] de la Ley de Nacionalidad de 1993]; Italia [arts. 1.1.b] y 1.2 de la Ley de la Nacionalidad de 1992]; Letonia: previa solicitud y sometida a condiciones relativas a la residencia y ausencia de antecedentes penales (Sección 3.1 de la Ley de nacionalidad de 1994, reformada en 2013); Lituania (art. 11 de la Ley de Nacionalidad de 2002, reformada en 2003); Luxemburgo (art. 1 de la Ley de Nacionalidad de 2008); Malta [Sección 5.^a (1) de la Ley de Nacionalidad (Capítulo 188)]; Países Bajos: siempre que en el plazo de cinco años no conste que ostenta otra nacionalidad de origen (art. 3.2 de la Ley de Nacionalidad de 2003, reformada en 2010); Polonia (art. 14.2 de la Ley de Nacionalidad de 2009); Portugal [art. 1.f] de la Ley de Nacionalidad de 1981, reformada en 2006]; Reino Unido [Sección 1.^a (2) de la Ley de Nacionalidad británica de 1981]; Rumania (art. 5 de la Ley de Nacionalidad de 1991); Suecia (Sección 2.^a de la Ley de Nacionalidad de 2001).

⁹ Austria (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); Bélgica (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961), siempre que no se acredite la posesión de otra nacionalidad antes de los dieciocho años o la emancipación (art. 10 del Código de la Nacionalidad de 2013); Bulgaria (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y art. 10 de la Ley de Nacionalidad de 1998, reformada en 2010); Croacia (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); Dinamarca (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y art. 5.1.b) y c) de la Ley de Nacionalidad de 1993]; Eslovenia (art. 9 de la Ley de Nacionalidad de 1991); España [art. 17.1.c] Código Civil]; Finlandia (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y Secciones 4 y 9.1.3 de la Ley de Nacionalidad de 2003, reformada en 2007); Francia: siempre que durante la minoría de edad no se le atribuya la nacionalidad de algún progenitor (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y art. 19.1 del Código Civil); Grecia (art. 1.2 del Código de la Nacionalidad de 2004); Hungría [art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y art. 3.3.a) de la Ley de Nacionalidad de 1993]; Irlanda [art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y Sección 6 (3) de la Ley de Nacionalidad de 1953/2004]; Italia [art. 1.1.b] Ley de la Nacionalidad de 1992]; Letonia: requiere previa solicitud y está sometida a condiciones relativas a la residencia y ausencia de antecedentes penales (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y Sección 3.1 de la Ley de nacionalidad de 1994, reformada en 2013); Lituania (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y art. 10 de la Ley de Nacionalidad de 2002, reformada en 2003); Malta [Sección 5 (1) de la Ley de Nacionalidad (chapter 188)]; Países Bajos (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); Polonia (art. 14.2 de la Ley de Nacionalidad de 2009); Portugal (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); República Checa: requiere que al menos uno de los progenitores tenga un permiso de residencia en el territorio checo de más de noventa días (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y Sección 5.^a de la Ley de Nacionalidad de 2013); Rumania (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); Reino Unido (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); Suecia (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961).

¹⁰ Bélgica (art. 11 del Código de la Nacionalidad de 2103); España: con excepción de los hijos de funcionarios diplomáticos y consulares [art. 17.1.b] Código Civil]; Francia (arts. 19-3 y 19-4 del Código civil); Luxemburgo (art. 1 de la Ley de Nacionalidad de 2008); Países Bajos: exige que el nacido en territorio holandés tenga su residencia principal en tal territorio de padre o madre que a su nacimiento hayan tenido dicha residencia y sean a su vez hijos de padre o madre que hayan tenido dicha residencia principal al momento de su nacimiento; se exige pues nacimiento y residencia legal y principal de tres generaciones (art. 3.3 de la Ley de Nacionalidad de 2003, reformada en 2010); Portugal [art. 1.d] de la Ley de Nacionalidad de 1981, reformada en 2006].

¹¹ Sección 9.2 de la Ley de Nacionalidad de 2003, reformada en 2007.

tos excepcionales, sólo cinco Estados reconocen el derecho a la nacionalidad por *ius soli* vinculada a la residencia de los progenitores en el territorio, y en los cinco casos dicha residencia debe ser legal. De hecho, el único Estado que contempla esta posibilidad con la misma generosidad que la República Dominicana es el Reino Unido, que se limita a exigir que el padre o madre tenga permiso de residencia o residencia permanente en el Reino Unido¹². Irlanda requiere una residencia legal de un progenitor de una duración de al menos tres años en los cuatro anteriores al nacimiento u obtención del permiso de residencia permanente¹³. Portugal exige solicitud y residencia legal de cinco años anteriores al nacimiento, y se excluyen los hijos de padres al servicio del Estado de origen¹⁴. Bélgica contempla asimismo la necesidad de residencia legal en Bélgica al menos cinco años de los diez anteriores al nacimiento¹⁵. Y, finalmente, la Ley de Nacionalidad alemana, reformada en 2014, exige ocho años de residencia legal de un progenitor o permiso de residencia permanente, siempre que acrediten no ostentar otra nacionalidad y que confirmen dicha nacionalidad a los veintitrés años¹⁶.

Ciertamente, la mayoría de los países del continente americano, y en concreto los correspondientes a casi todos los jueces que suscriben la sentencia de la CIDH (Méjico, Brasil, Costa Rica, Chile) reconocen con mayor generosidad el *ius soli*. No se trata, sin embargo, de un criterio de aplicación universal en la región. Además de la República Dominicana y del propio Haití (art. 11 de la Constitución), otros países de la OEA, como Surinam¹⁷ o Colombia¹⁸, contienen restricciones al *ius soli* en caso de nacidos de padres extranjeros sin establecimiento o domicilio legal en el territorio. En todo caso, esta coincidencia geográfica, motivada por la tradición inmigrante del continente, no puede justificar una especie de costumbre internacional regional amparada en alguna suerte de *opinio iuris*, en especial cuando una solución contraria se incluye en las constituciones de algunos Estados. Como contraste, la implacable práctica de los Estados de la Unión Europea a negar el *ius soli* a los nacidos de progenitores en situación ilegal impide cualquier afirmación en este sentido. Sin embargo, según la CIDH dicha práctica europea uniforme conculcaría los límites impuestos a la competencia exclusiva de los Estados derivados de las reglas de Derecho internacional que configuran la nacionalidad como un derecho humano. Semejante revolución, inédita desde los dictámenes del TPJI sobre la cuestión en 1929, hace casi un siglo, merece que nos detengamos con más detalle en los argumentos de la CIDH.

¹² Sección 1 (1) (b) de la Ley de Nacionalidad británica de 1981.

¹³ Secciones 6 (1), 6.A (1), 6.A (2) c) y d) y 6.B de la Ley de Nacionalidad de 1956/2004.

¹⁴ Art. 1.e) de la Ley de Nacionalidad de 1981, reformada en 2006.

¹⁵ Art. 11 del Código de la Nacionalidad de 2103.

¹⁶ Sección 4.^a (3).

¹⁷ Arts. 4 y 5 de la Ley de Nacionalidad de 1975.

¹⁸ Art. 96 de la Constitución colombiana, Dictamen del Consejo de Estado de Colombia de 30 de junio de 2005 y STC de Colombia T-1060/10, de 16 de diciembre de 2010.

3.2. Un argumento endeble: la confusión entre personalidad jurídica y nacionalidad

15. Ya se ha señalado que la CIDH lleva a cabo una vinculación entre el art. 3 y el art. 20 de la Convención, vinculando el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica con el derecho a la nacionalidad, llegando a concluir que «[u]na persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado». La CIDH lleva hasta el extremo esta afirmación, jurídicamente infundada como veremos, para concluir en una especie de «evicción internacional de la apatridia», que, desde luego, no está amparada por el Derecho internacional. El Derecho internacional no declara contraria a dicho Derecho la apatridia, sino que exige reconocer a apátridas y refugiados un determinado estatuto jurídico. Tampoco exige a los Estados otorgar su nacionalidad a la carta a cualquier individuo que acredite ser apátrida.

Las consecuencias jurídicas que extrae la CIDH de su afirmación están lógicamente viciadas por la falsedad de la premisa. La premisa correcta se formularía de la siguiente forma: «Una persona apátrida, *ex definitione*, tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no es necesario ningún vínculo jurídico-político con ningún Estado para reconocer un derecho que es consustancial a la persona humana por el hecho de serlo, sin ninguna condición adicional». En efecto, la personalidad jurídica hace referencia a la existencia, subjetividad y capacidad jurídica de una persona, física o jurídica. El derecho humano a la personalidad jurídica exige el reconocimiento de esos atributos, y se orienta principalmente a cualquier norma o acto nacional que niegue a una persona su capacidad jurídica y su condición de sujeto con derechos y deberes, en el sentido que la propia CIDH ha establecido en la Sentencia de 25 de noviembre de 2001 en el caso *Bámaca Velásques c. Guatemala*¹⁹. El ejemplo extremo sería una legislación que no reconociera personalidad a los seres humanos por pertenecer a una determinada raza o religión, o por el hecho de ser extranjeros. En sociedades primitivas, el extranjero carecía de personalidad o capacidad jurídica y podía ser sometido a esclavitud, al no tener más estatuto que el de una cosa o *res nullius*.

16. La nacionalidad no afecta a la personalidad jurídica, sino a la personalidad «política». Determinados derechos políticos y civiles, englobados en la noción de «ciudadanía», requieren acreditar la nacionalidad de un determinado Estado. Sin embargo, la ausencia de nacionalidad, esto es, de determinados derechos o atributos políticos y civiles (como el derecho de acceso libre al territorio o el sufragio), no lleva aparejada la negación de personalidad jurídica. Los extranjeros (término que incluye a apátridas, refugiados y a cualquier no nacional) no sólo tienen personalidad jurídica, sino que dicha personalidad jurídica es fuente de los derechos humanos y fundamentales

¹⁹ Serie C, núm. 70. Véanse las esclarecedoras reflexiones de TOGOURDJIA, H. y PANOUSSIS, I. K., *La Cour interaméricaine de droits de l'homme (Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse)*, Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 180-184.

más básicos, que se asocian a la persona humana por el hecho de serlo (como se infiere del propio art. 1.2 de la Convención Americana), tales como el derecho a la vida, a la integridad, a la identidad, a la libertad personal, a la tutela judicial efectiva, a contraer matrimonio, al libre desarrollo de la personalidad, etc. En el caso de los menores, además, este catálogo de derechos vinculados a la personalidad jurídica es aún más amplio, en razón del propio principio de protección de los menores.

Uno de los errores más claros de la decisión de la CIDH, que reproduce un planteamiento asimismo palpable en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*, es la asociación irreflexiva entre personalidad jurídica y nacionalidad. Muchas de las demandas de los particulares en ambos casos no necesitaban, en realidad, forzar el reconocimiento de la nacionalidad dominicana. Hubiera bastado con aplicar las obligaciones internacionales que, en virtud de las normas en materia de derechos humanos, exigen un determinado trato a los extranjeros y, en especial, la garantía de unos determinados derechos que son inherentes a la persona, es decir, a la personalidad jurídica, y no a la nacionalidad. Sobra decir que la personalidad jurídica de las personas físicas y los derechos que emanan de ella no pueden ser objeto de reconocimiento ni declaración, ni hacerse depender de la ciudadanía o condición nacional. Al ser inherente al ser humano, su reconocimiento y respeto únicamente dependen de acreditar la propia condición humana.

3.3. Un argumento capcioso: el principio de no discriminación

17. El punto 19 del fallo de la decisión de la CIDH obliga a la República Dominicana a derogar el art. 18.3 de la Constitución vigente, en la medida en que motiva la denegación de la atribución de la nacionalidad por *ius soli* en virtud de la situación irregular de los progenitores. Ya se ha mencionado que dicho fallo se fundamenta en la proyección del derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación contenidos en los arts. 1 y 24 de la Convención. Sin embargo, existe una incoherencia entre el fundamento jurídico y el fallo. Por definición, el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación no afectan al contenido de la ley, sino a su aplicación indistinta. Dado que los criterios de atribución de nacionalidad son competencia exclusiva de la República Dominicana, podría decirse que la vulneración imputada no radica en admitir o no el *ius soli*, sino en el hecho de hacerlo de forma discriminatoria según que el individuo nazca en la República Dominicana de padres que se encuentren en situación regular o irregular.

Si tal es la premisa o fundamento del fallo, éste es incorrecto. La corrección de una situación discriminatoria implica restaurar la igualdad de trato. Pero dado que lo relevante no es el contenido de la ley, sino la igualdad de trato ante ella, dicha restauración de la igualdad admite dos posibilidades: bien otorgar el *ius soli* tanto a los hijos de padres que residan regular como irregularmente; o bien eliminar dicho derecho igualmente para todos. El art. 18.3 de la Constitución dominicana podría adaptarse a esta exigencia

simplemente con eliminar de forma radical el *ius soli*, con independencia de la situación migratoria de los progenitores, como por ejemplo ocurre en 23 de los 28 países de la Unión Europea. La CIDH no confiere a la República Dominicana esta posibilidad, pues le insta a esa modificación para evitar que la norma «tenga por efecto que la estancia irregular de los padres motive la denegación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en territorio de República Dominicana». En suma, la decisión no está preocupada por la igualdad ante la ley, sino por el contenido de la ley. Y ello revela algo preocupante: el principio de discriminación parece un mero instrumento o excusa jurídica para alcanzar un resultado, político en realidad, de forma capciosa. En otros términos, en el mejor de los casos la Corte trata de ocultar un sofisma, que trataremos de revelar a continuación.

18. La asociación entre no discriminación y nacionalidad es fuente de confusión. El sofisma que sigue la CIDH es el siguiente: dado que el principio de no discriminación (arts. 1 y 24) se aplica, en particular, a la titularidad y el ejercicio de los derechos humanos recogidos en la Convención, y dado que el derecho a la nacionalidad es uno de esos derechos (art. 20), los Estados no pueden discriminar en el acceso a dicho derecho, a la nacionalidad, distinguiendo o discriminando por la concurrencia o no de residencia legal de los progenitores del nacido.

La afirmación es también falsa y es fruto de un sofisma, porque falsea una parte esencial de la segunda premisa para desnudar la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad: cuando la Convención se refiere a que todo ser humano tiene derecho a una nacionalidad, en modo alguno quiere significar que todo individuo tiene derecho a la nacionalidad de un determinado Estado. Como expusimos, el derecho a una nacionalidad es fuente de determinadas obligaciones internacionales, incluidas las que hacen referencia a la prevención de la apatridia, pero su contenido no afecta a las reglas generales por las que un Estado determina quiénes son sus nacionales, cuestión que le compete en exclusiva, siempre que venga determinada por razones objetivas o no discriminatorias por razón de sexo, raza, religión, etc., tal y como la propia CIDH estableció, con excelente criterio, en la Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero, sobre la Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización²⁰.

En conclusión, si queremos hacer que el silogismo sea correcto, debemos reformular las premisas: la Convención exige que no haya discriminación en el ejercicio de los derechos humanos recogidos en ella; la adquisición de la nacionalidad de un determinado Estado depende de las reglas establecidas por cada Estado, siempre que no discriminen por razones subjetivas en razón de sexo, raza, religión o credo; luego una legislación que supedite la atribución de la nacionalidad a una condición objetiva como la residencia legal no

²⁰ Véase asimismo DAVIDSON, S., «The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System», *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 275.

está afectada por el derecho humano a la nacionalidad ni, en consecuencia, por el derecho a la no discriminación.

Podemos ilustrar de forma muy clara la inconsecuencia del sofisma de la CIDH extrayendo, precisamente, todas sus consecuencias, y no sólo las que interesan a la justicia del caso: En primer lugar, prácticamente todas las leyes de nacionalidad del mundo, incluidos los países de la OEA (salvo, quizás, la argentina) serían contrarias a los derechos humanos, pues supeditan la naturalización o adquisición derivativa de la nacionalidad a un plazo determinado de residencia «legal», además de continua e inmediatamente anterior a la solicitud en muchos casos. Consecuentemente, la sentencia de la CIDH obligaría a derogar y modificar casi todas las Constituciones y leyes de nacionalidad de los países que han aceptado su jurisdicción, pues discriminan, en el acceso a la nacionalidad por naturalización, por razón de la situación migratoria del solicitante. Los residentes en situación ilegal no tienen derecho a adquirir la nacionalidad, con independencia del plazo de su residencia. Pero aún cabe ir más lejos: incluso, amén de la residencia legal, que es un requisito legislativo, muchas legislaciones establecen supuestos de distinción en razón de circunstancias subjetivas (incluida la propia nacionalidad extranjera), que no son contrarias a los derechos humanos, sino que se basan, precisamente, a la tendencia del Derecho internacional a considerar la nacionalidad como un vínculo efectivo o sociológico. A título de ejemplo, en el Derecho español, un ciudadano europeo debe acreditar un plazo de residencia legal de diez años, mientras que el plazo se reduce a dos en caso de iberoamericanos, andorranos, filipinos, ecuatoguineanos o portugueses [art. 22.1) del Código Civil]. Incluso dicho privilegio se concede si se trata de sefardíes, que es una circunstancia subjetiva, vinculada además en parte a una etnia, que no tiene relación con nacionalidad. La razón de la legalidad internacional de esta «discriminación» radica en que las circunstancias, aparentemente subjetivas, son en realidad objetivas, en la medida en que acreditan un vínculo sociológico, histórico o cultural particularmente estrecho con España.

19. La CIDH no tiene en cuenta, además, que tanto la esencia de la nacionalidad y de los diferentes estatutos migratorios o de extranjería estriba, precisamente, en una desigualdad de trato ante la ley, perfectamente legítima. La nacionalidad existe por oposición a la extranjería. Los nacionales tienen ciertos derechos, singularmente políticos, de los que no gozan los extranjeros, como ya hemos indicado. Pero los estatutos migratorios son asimismo diversos porque confieren una situación diversa ante la ley. Todos los extranjeros gozan, como también hemos señalado, de los derechos que emanan de la personalidad jurídica, de la propia condición de la persona. Pero otros derechos dependen del estatuto migratorio. Los extranjeros con permiso de residencia permanente pueden incluso acceder a derechos políticos como el sufragio activo y pasivo en determinados procesos electorales. En la Unión Europa, los «residentes de larga duración» acceden a muchas de las libertades reservadas a los ciudadanos europeos. Refugiados, apátridas o menores no acompañados gozan asimismo de estatutos jurídicos privilegiados. Los residentes lega-

les pueden acceder a determinados derechos laborales y sociales que pueden estar vedados a quienes residen ilegalmente. Los estatutos migratorios son, en consecuencia, circunstancias objetivas que legitiman la desigualdad de trato, incluso en materia de derechos fundamentales garantizados constitucionalmente para otros sujetos. La CIDH debió aplicarse su propia doctrina sobre «distinción» (razonable, proporcional y objetiva) y «discriminación» (irrazonable, desproporcionada o/y subjetiva), expresada en la Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de diciembre de 2003²¹, precisamente sobre *Condición Jurídica y Derecho de los Inmigrantes Indocumentados*, en las que se señala, por ejemplo, que un trato diferente de los trabajadores en razón de su estatuto migratorio no constituye una discriminación. La adquisición de la nacionalidad es, precisamente, uno de esos derechos o situaciones legales en que el estatus migratorio es determinante en todas las legislaciones del mundo, tanto en supuestos de atribución originaria de nacionalidad por *ius soli*, como en lo que respecta a la naturalización, por la sencilla razón de que la nacionalidad como derecho humano no limita la competencia exclusiva del Estado más que en la medida que se ha indicado más arriba.

20. Una de las afirmaciones más sorprendentes en los fundamentos jurídicos de la decisión de la CIDH en este punto es la que se refiere al régimen de extranjería autónomo de los nacidos respecto de sus progenitores: «El estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos». Ciertamente, la condición de la situación migratoria de un individuo no se transmite, pues no es un derecho o deber susceptible de transacción. La CIDH se refiere a la autonomía de la situación de extranjería del nacido respecto de sus progenitores, afirmación que carece de sustento alguno tras el más elemental análisis del derecho de extranjería de cualquier Estado. El estatuto jurídico de un menor puede ser, efectivamente, distinto al de sus padres, particularmente si el menor tiene la nacionalidad del Estado en el que nace o se encuentra, a diferencia de su progenitor, que puede ostentar una nacionalidad extranjera. Estas hipótesis son bien conocidas en el Derecho europeo²², y en tales casos la cuestión que suele plantearse es, precisamente, la «transmisión» del estatuto jurídico del menor a sus progenitores a cuyo cuidado están, cuyo régimen de entrada, permanencia y salida del territorio europeo queda protegido por las libertades y derechos asociados a la condición de ciudadano europeo del menor. A la inversa, los adultos que ostentan la nacionalidad de un Estado gozan de los derechos de agrupación familiar o de extensión de ese estatuto migratorio a sus hijos, incluso en la hipótesis de que éstos ostenten una nacionalidad extranjera.

Al margen de estos casos, en los supuestos típicos en que tanto el menor como sus progenitores ostentan una nacionalidad extranjera, el menor com-

²¹ Serie A, núm. 18. Véanse las reflexiones al respecto de HENNEBEL, L., *La Convention Américaine des droits de l'homme (Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés)*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 411-415.

²² STJCE de 19 de octubre de 2004 (as. C-200/02, *Zhu y Chen*, C-200/02), rec. I-9925; STJUE de 8 de marzo de 2011 (as. C-34/09, *Zambrano*), rec. I-1177.

parte plenamente el estatuto y el destino jurídico migratorio de sus progenitores, que obviamente pueden ser impedidos a acceder al territorio o expulsados de conformidad con las normas de inmigración y extranjería del Estado de acogida. La protección de menores impone únicamente un régimen especial o diferencial de los menores, respecto de los adultos, en caso de menores en situación de abandono, desamparo, o no acompañados²³, supuestos que poco tienen que ver con el caso planteado ante la CIDH. En estos casos, los derechos del menor, incluso garantizados por normas de Derecho internacional, exigen del Estado un régimen específico, que en el caso de España se deduce de lo dispuesto en el art. 35.7 de la Ley de Extranjería, desarrollado en el art. 196 su Reglamento, que establece un régimen de regularización o atribución de permiso de residencia a aquellos menores no acompañados cuya reagrupación o retorno a la familia o país de origen (repatriación) se haya acreditado imposible²⁴. En consecuencia, al margen de estos supuestos excepcionales relativos a menores no acompañados, la CIDH debería saber que la práctica jurídica de todos los sistemas de extranjería confirma que los hijos siguen el estatuto migratorio de sus padres, en particular en caso de expulsión de estos últimos, como la misma CIDH aconseja, en interés de los menores, en su Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, sobre Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección²⁵, emitida diez días antes que la sentencia que comentamos.

3.4. Un argumento escamoteado: apatridia y prueba de la nacionalidad

21. Aunque en el fallo de la decisión de la CIDH y, en particular, en el punto resolutivo 19, la prevención de la apatridia no acaba siendo determinante de la condena, lo es cierto es que la apatridia *de facto* sobrevuela la decisión, al igual que la sentencia dictada en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*. La CIDH lleva, sin embargo, la atribución de la nacionalidad por *ius soli* en supuestos de apatridia a un terreno que desborda, con mucho, la aplicación práctica de dicho principio por los Estados, y desde luego si nos atenemos a la práctica española, contenida en múltiples resolu-

²³ Éstos son los casos definidos por la propia ACNUR a menores de dieciocho años separados de ambos padres y que no están bajo el cuidado de ningún adulto que por ley o costumbre esté a su cargo. El art. 1 de la Resolución del Consejo de Europa de 26 de julio de 1997 precisa que se trata de «los nacionales de países terceros menores de dieciocho años que entran en el territorio de los Estados miembros sin estar acompañados por un adulto que sea responsable de ellos por la ley o por el hábito [...] así como menores nacionales de terceros Estados que fueron dejados solos después de entrar en el territorio del Estado miembro».

²⁴ Véase sobre dicho régimen ARMENTEROS LEÓN, M., *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España (actualizado con el contenido del protocolo de 22 de junio de 2014)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 95-103; CABEDO MALLOL, V., *Menores no acompañados: los otros inmigrantes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 41 y ss.; LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MOROY ARAMBARRI, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Madrid, Tecnos, 2010.

²⁵ Serie A, núm. 21.

ciones de la DGRN y a la puesta en práctica de los expedientes de declaración de nacionalidad con valor de simple en presunción como instrumento característico a tal efecto (Instrucción DGRN de 28 de marzo de 2007 relativa a la competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción). La unificación de doctrina en este punto exige dos requisitos imprescindibles para la atribución de la nacionalidad española por *ius soli* vinculada a una situación de apatridia del nacido en España: la presentación de la certificación literal de nacimiento en España del interesado y la prueba por el solicitante de que el ordenamiento jurídico de la nacionalidad de los progenitores no le otorga la nacionalidad española.

22. Por lo que se refiere al primer punto, la sentencia de la CIDH podría haber vinculado la prevención de la apatridia, como límite a la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad, al defectuoso funcionamiento de los propios registros civiles dominicanos, susceptible en ciertos puntos de impedir una correcta prueba de dicha circunstancia e impedir el efecto útil de las obligaciones internacionales al respecto. Aunque tales defectos son objeto de análisis en la decisión, lo cierto es que dicha argumentación no es clara en modo alguno ni se invoca en el sentido concreto que estamos analizando.

23. La prueba de la apatridia es, con todo, el punto débil en el planteamiento de la CIDH. En el sistema español corresponde a las partes, como principio general, la prueba del Derecho extranjero, correspondiente a la nacionalidad de los progenitores, que justifica la no atribución de la nacionalidad de dicho Estado. Ciertamente, como acredita la práctica registral de la DGRN, dicho conocimiento del Derecho extranjero puede hacerse valer por el encargado del registro civil y por la propia DGRN en relación con supuestos-tipo o reiterados referidos a determinados sistemas jurídicos extranjeros en materia de nacionalidad²⁶. Aplicando esa práctica a los ciudadanos haitianos, se trataría de comprobar el contenido de la ley haitiana, cuya Constitución, en su art. 11, establece con claridad el principio de *ius sanguinis*: «[c]ualquier persona nacida de padre o madre [h]aitiana, quienes además sean haitianos de nacimiento y nunca hayan renunciado a su nacionalidad, tendrán derecho a la nacionalidad haitiana desde su nacimiento».

En contra de este criterio, seguido por muchos Estados²⁷, la CIDH declara insuficiente la prueba del Derecho extranjero y exige a los Estados la «certeza» de que efectivamente, y al margen del tenor de las normas jurídicas

²⁶ Una sistematización de esta práctica y de esos supuestos-tipo en España puede consultarse en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, sin fecha, 49-82; también en *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Madrid, 2014, publicada por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, pp. 97-112.

²⁷ La necesidad de que el interesado acredite o pruebe la apatridia ha sido dictaminada, por ejemplo, por la Decisión del Consejo de Estado de Bélgica (Sala 3.^a) de 26 de junio de 1973, núm. 15941, en el asunto *Nemeth*.

vigentes en el país de la nacionalidad de los progenitores, la persona afectada tiene *de facto* derecho a la adquisición de la nacionalidad extranjera. De esta forma, la CIDH transforma el objeto de la prueba de la apatridia en una cuestión de hecho y no en una cuestión legal, en contra de la concepción que prima en este punto, tanto en el Derecho interno (a la luz, por ejemplo, de la práctica registral española), como en el Derecho internacional²⁸; e invierte la carga de la prueba. Esta exigencia comporta, en realidad, una presunción prácticamente *iuris et de iure* de la apatridia y no se conforma con las reglas admitidas en materia de prueba de la nacionalidad o de la apatridia.

Por una parte, la prueba de la nacionalidad a partir de documentos de identidad o pasaportes o mediante certificaciones de registro civil constituye en todo caso una prueba *iuris tantum* de la nacionalidad. La nacionalidad, en realidad, sólo puede acreditarse con total certeza a través de una sentencia judicial, que debe ser dictada por el Estado cuya nacionalidad se pretende²⁹. Dicha prueba plena, sin embargo, no está al alcance del Estado de nacimiento, pues los tribunales del Estado extranjero correspondiente a la nacionalidad de los progenitores tienen competencia exclusiva para determinar la posesión de la nacionalidad de dicho Estado. Si añadimos a este dato jurídico la realidad fáctica de las dificultades para obtener certificaciones registrales y documentos de identidad en un Estado fallido y caótico como Haití, el resultado es la imposición a la República Dominicana de una prueba diabólica o imposible, que le obliga a reconocer la apatridia en virtud de una inversión de la carga de una prueba que, además, es imposible.

24. El resultado de estas cuestiones jurídicas, puestas en su contexto, lleva en realidad a hacer recaer en el Estado dominicano la responsabilidad por la situación jurídica y fáctica en Haití. Si, a pesar de lo dispuesto en la Constitución haitiana, la nacionalidad haitiana sólo se concede *de facto*, al menos en ciertos casos, a los hijos de padre haitiano, y no a los hijos de madre haitiana, la apatridia vendría determinada por una norma contraria a la no discriminación por razón de sexos en materia de nacionalidad. Ello no afectaría a la obligación de la República Dominicana de reconocer el *ius soli* para prevenir dicha situación de apatridia³⁰; pero si se combina esta cuestión con la imposibilidad de obtener datos registrales sobre los progenitores de origen haitiano o documentos de las autoridades haitianas que permitan conocer los hechos esenciales necesarios para completar un expediente con valor de presunción, y al mismo tiempo se obliga a la República Dominicana

²⁸ Véanse ya a este respecto las reflexiones de WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, Londres, Steven & Sons, 1956, pp. 203-236, esp. pp. 220-222.

²⁹ Véase SÁNCHEZ LORENZO, S., «La prueba de la nacionalidad», en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 117-119.

³⁰ Aunque para algunos autores la obligación internacional de atribuir la nacionalidad por *ius soli* en estos supuestos sería meramente subsidiaria de la obligación de otro Estado (Haití), en este caso reforzada por ser asimismo parte del mecanismo convencional, de atribuir su nacionalidad al niño cuya filiación o mayor conexión vincula a dicho Estado (véanse NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl, Engel, 1993, p. 434; JOSEPH, S., SCHULTZ, J. y CASTAN, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 648).

a garantizar una certeza absoluta de que el interesado adquiriría la nacionalidad de origen de un Estado fallido, al margen del mero tenor y contenido de sus reglas jurídicas, la consecuencia es obvia: la República Dominicana tendría la responsabilidad objetiva de reconocer el derecho de *ius soli* a los hijos de haitianos nacidos en la República Dominicana, simplemente con que estos solicitantes mantuviieran una actitud pasiva, se negaran a proporcionar información documental e, incluso, al margen de la constancia del *ius sanguinis* en la Constitución haitiana.

25. No está de más recordar, finalmente, que la prevención de la apatridia no es un principio absoluto. En particular, puede darse una situación legal de apatridia provocada por un cambio de nacionalidad, con pérdida de la nacionalidad de origen, y una pérdida sobrevenida de la nacionalidad adquirida como sanción³¹. El caso *Rottmann*, resuelto por la STJUE de 2 de marzo de 2010 (as. C-135/08) puede ser ilustrativo a este respecto³². La atribución de la nacionalidad del Estado de nacimiento por *ius soli*, al tratarse de una nacionalidad de origen, refuerza, en cambio, el carácter sólido de dicha nacionalidad y las limitaciones casi absolutas a la posibilidad de pérdida (los arts. 23 y 24 de la Constitución Dominicana sólo contemplan la pérdida de los derechos políticos asociados a la ciudadanía, pero no la nacionalidad en sí misma).

4. MORALEJA: EN DERECHO NO CONVIENE MATAR MOSCAS A CAÑONAZOS, NI GIGANTES CON MATAMOSCAS

26. La CIDH debería haber centrado su argumentación en la imputación a la República Dominicana de una responsabilidad contraria al derecho humano a la nacionalidad, traducida concretamente en una privación ilegítima de la nacionalidad dominicana, en su caso, combinada con una medida de expulsión de dicha persona o de un grupo de personas de la misma condición, cuya calificación como ilícito internacional no plantearía graves discusiones³³. Pero para ello tendría que haber sorteado ciertos obstáculos, algunos insalvables.

27. En primer lugar podría haber sustentado la condena a la República Dominicana en el hecho de que los expulsados fueran dominicanos en virtud

³¹ No obstante, en la República Dominicana tampoco cabe perder la nacionalidad derivativa consolidada por el transcurso de cinco años (art. 17 de la Ley 1683 sobre naturalización de 1948).

³² Se refiere este caso a la ciudadanía europea como derecho político. Un austriaco pierde la nacionalidad de origen al adquirir la alemana, pero en Alemania, tras comprobar que es un delincuente, se le priva de la nacionalidad alemana. Como consecuencia de esta decisión deviene apátrida (pues no recupera la nacionalidad austriaca) y pierde, por tanto, la ciudadanía europea. Aunque la determinación de las normas sobre atribución de la nacionalidad es competencia exclusiva de cada Estado miembro, se plantea si estas reglas y su aplicación vulneran el derecho a la ciudadanía europea. El tribunal aplica aquí, por analogía, la regla de reconocimiento típica de las libertades, y no se opone a dicha aplicación si la privación de la nacionalidad está justificada por razones de interés general y es proporcional.

³³ Véase HENCKAERT, J. M., *Mass Expulsions in Modern International Law and Practices*, La Haya, Nijhoff, 1995, p. 140; VERWILGHEN, M., «Conflicts of nationalities (plurinationality and apatridie)», *R. des C.*, t. 277 (1999), pp. 164 y ss.

del *ius sanguinis*, si al menos uno de los progenitores hubiese sido nacional dominicano. Según la relación de hechos, algunos casos particulares encajan en esta hipótesis.

28. En segundo lugar, la privación injustificada de la nacionalidad dominicana podía debatirse, como se debatió, en torno al problema de la interpretación «retroactiva» del criterio de *ius soli* previsto en las Constituciones dominicanas desde 1966 hasta 2010, en relación con los nacidos de progenitores «en tránsito», llevada a cabo en 2013 por la STC dominicana 0168/13, como un hecho unido a la corrección de las irregularidades endémicas de las inscripciones de nacimiento y la concesión correspondiente de la cédula de identificación y electoral por las autoridades registral a nacidos en territorio dominicano de padres haitianos, sin mención correcta de la nacionalidad de los progenitores. La STC tuvo el efecto de establecer la interpretación del art. 11 de aquellas constituciones, entendiéndolo referido a los nacidos de progenitores en situación migratoria «legal». En términos jurídicos, esta interpretación no constituye una sanción o medida de privación de la nacionalidad. Como ya se ha dicho, las cédulas o documentos de identidad, al igual que las certificaciones registrales, son pruebas de la nacionalidad *iuris tantum*, que pueden ser legítimamente contradichas mediante un procedimiento judicial, máxime cuando dicha contradicción resulta de la interpretación de la norma constitucional por el propio Tribunal Constitucional. Obviamente, la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad conlleva asimismo la competencia exclusiva para interpretar las normas internas que la rigen. Aunque la interpretación el Tribunal Constitucional sobre la diferencia de «tránsito» y «transeúnte» (sección argumental 3.1, apdo. 1) pueda ser discutible, no es arbitraria. Si la motivación de esa interpretación pudiese ser calificada como «arbitraria», estaría en juego no sólo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los extranjeros, sino que la CIDH también podría imputar al Estado, a través del Tribunal Constitucional como uno de sus órganos, la responsabilidad internacional por proceder *de facto* a una privación de nacionalidad con múltiples destinatarios³⁴. Dado que calificar la interpretación del TC dominicano como «arbitraria» resulta muy difícil en términos jurídicos, pues sus fundamentos son extensos y razonados, aunque puedan suscitar abiertas discrepancias, la CIDH (§ 324) parece abandonar esta línea de análisis para insistir en los argumentos que ya hemos criticado³⁵.

³⁴ Véase en esta dirección la SCIDH de 6 de febrero de 2001 en el caso *Ivcher Bronstein c. Perú*, Serie C, núm. 74.

³⁵ «En conclusión, la STC/0168/13, dados sus alcances generales, constituye una medida que incumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, normado en el art. 2 de la Convención Americana, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad reconocidos en los arts. 3, 18 y 20, respectivamente, del mismo Tratado, por resultado que las personas en cuestión “adquieran” la nacionalidad dominicana, ello, precisamente, resulta de darles un trato de extranjeros que no se condice con la plena observancia de su derecho a la nacionalidad al que debieron acceder desde su nacimiento. Por tanto, someter a las personas referidas a una posibilidad, sólo por un limitado tiempo, de acceder a un proceso que eventualmente puede derivar en la “adquisición” de una nacionalidad que en realidad ya deberían detentar, implica someterlas a un obstáculo en el goce de su derecho a la nacionalidad. Por tanto, en este aspecto, la Ley núm. 169-14, en

29. La tercera opción, finalmente, requería haber incidido en la preventión de la apatridia como exigencia requerida por el Derecho internacional de la nacionalidad, con el fin de conceder el *ius soli* a los nacidos en territorio dominicano de padres desconocidos o cuya ley nacional (haitiana) no atribuyera al nacido la nacionalidad haitiana. Ya hemos puesto de relieve de qué forma poco consistente la CIDH maneja en este caso la cuestión de la apatridia, más sustanciosa en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*, y la poca coherencia del fallo con este eventual argumento.

30. Pero incluso aunque la CIDH hubiese logrado demostrar cualquiera de las hipótesis anteriores, y hubiese condenado legítimamente a la República Dominicana por una expulsión masiva amparada en una privación ilegítima de la nacionalidad o en un déficit de la prevención internacionalmente exigible de la apatridia, el caso es que el punto resolutivo 19 sigue sin tener sentido alguno. En ninguno de esos casos, bajo ningún concepto, sobre la base de argumento alguno, la CIDH puede esgrimir el derecho humano a la nacionalidad ni el derecho humano a la igualdad de trato ante la ley para obligar a la República Dominicana a derogar el actual art. 18.3 de la Constitución Dominicana, que limita el *ius soli* a aquellos nacidos en territorio dominicano de padres que tengan residencia legal en territorio dominicano.

Esta conclusión deslegitima en realidad la sentencia, que parece «matar moscas a cañonazos» sin necesidad alguna. Conviene insistir en que muchos de los derechos y de las pretensiones de las partes demandantes podrían haber tenido cumplida respuesta a través de la Convención y del simple respeto a los derechos humanos que incumben tanto a nacionales como a extranjeros, sin necesidad de tener que retorcer hasta un punto sospechoso la competencia exclusiva de los Estados en materia de nacionalidad.

Por lo demás, volviendo al contexto de la decisión, parece difícil creer, como se ha dicho en algún medio, que la CIDH estaba de alguna forma condicionada por la orientación política de la Comisión, y de la propia OEA, con el fin de instrumentar la solución del caso para la solución de un problema político y humanitario de primer orden, porque lo cierto es que pecaría de enorme ingenuidad: no pueden matarse gigantes con matamoscas, y aquí la CIDH estaría haciendo el papel de sastrecillo valiente. El problema humanitario de Haití necesitará, más allá de la CIDH, una solución política global que no puede consistir, simplemente, en abrir de par en par las puertas de un vecino terrestre que trata de forma ardua de resolver sus propias diferencias sociales, salir definitivamente del subdesarrollo y consolidar sus propias expectativas de supervivencia. Para entender la dimensión del gigante político, si una Corte aplicara la misma doctrina de esta decisión en Europa, la legislación sobre nacionalidad de los veintiocho Estados miembros sería contraria

sus arts. 6, 8 y 11, resulta un acto violatorio de las obligaciones convencionales, inclusive de adoptar disposiciones de derecho interno, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad, así como, en relación con tales derechos, el derecho a la identidad, en perjuicio de [...]. A su vez, por motivos análogos a los ya expresados (*supra* párrs. 316 y 317), vulnera el derecho a la igual protección de la ley».

a los derechos humanos, y debería ser reformada para permitir que, sólo en España, todos los hijos nacidos en nuestro territorio de cinco millones de inmigrantes ilegales accedieran a la nacionalidad española. Éstas son, en términos políticos y demográficos, las cifras de una estadística comparativa del problema. Mucho es de temer que la única solución a tal efecto llamada, con el único fin de garantizar la propia supervivencia económica de un país cuya renta *per cápita* es la tercera parte de la española, no sería otra que el blindaje de la frontera con muros y cuchillas.

Lo dicho: no se puede matar gigantes con matamoscas, y los caminos de los derechos humanos son inextricables. Acortarlos a través de sofismas y socavando los principios jurídicos puede ser tan bienintencionado como, por error, tratar de apagar un fuego con gasolina. Por desgracia, el avivado fuego ha dado lugar a que fuera llevado ante el TC dominicano un recurso de inconstitucionalidad contra el Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitido por el presidente de la República sin la intervención del Parlamento prevista en la Constitución para la celebración de tratados internacionales, fundamentado en particular en lo dispuesto en el art. 46 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. La STC 0256/2014³⁶ ha declarado la inconstitucional de dicho acto, y uno no puede dejar de sospechar que a la CIDH le han proporcionado una dosis de su propia medicina: lastimoso final.

RESUMEN

DERECHOS HUMANOS Y COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN MATERIA DE NACIONALIDAD

La sentencia de la CIDH de 28 de agosto de 2014 obliga a la República Dominicana a modificar su Constitución para conceder la nacionalidad por *ius soli* a los hijos de padres extranjeros que residan irregularmente en territorio dominicano. Sobre la base de los derechos humanos a la personalidad jurídica, a la no discriminación y a la nacionalidad, la CIDH determina un recorte sin precedentes a la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad. La presente nota contiene un análisis crítico de los fundamentos de la CIDH.

Palabras clave: competencias exclusivas del Estado, derechos humanos, *ius soli*, nacionalidad.

ABSTRACT

HUMAN RIGHTS AND THE EXCLUSIVE POWER OF THE STATE TO CONFER CITIZENSHIP

The judgment issued by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) on 28 August 2014 requires the Dominican Republic to modify its Constitution in order to guarantee the right to Dominican nationality for individuals born in the Dominican Republic to

³⁶ <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/node/2762>.

parents that are illegal residents. The IACtHR's ruling represents an unprecedented limitation on the State's exclusive power to confer citizenship on the grounds of the obligation to respect the human rights of persons with respect to juridical personality, non-discrimination and nationality. This commentary undertakes a critical analysis of the legal arguments presented by the IACtHR.

Keywords: exclusive powers of the State, human rights, *ius soli*, citizenship.

RÉSUMÉ

DROITS DE L'HOMME ET COMPÉTENCE EXCLUSIVE DE L'ÉTAT EN MATIÈRE DE NATIONALITÉ

L'arrêt de la CIDH du 28 août 2014 oblige la République dominicaine à la réforme de sa Constitution afin d'accorder la nationalité en vertu du *ius soli* aux fils de parents étrangers qui résident irrégulièrement sur le territoire de la République. La CIDH établit une limite sans précédents à la compétence exclusive des États en matière de nationalité, en se fondant sur les droits de l'homme à la personnalité juridique, à la non-discrimination et à la nationalité. Cette note contient une analyse critique des arguments juridiques de la CIDH à cet égard.

Mots-clés: compétences exclusives des États, droits de l'homme, *ius soli*, nationalité.



III. JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*

Coordinación a cargo de
Belén SÁNCHEZ RAMOS
Profesora contratada doctora
Universidad de Vigo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESENTACIÓN GENERAL.—3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS.—3.1. El Sáhara Occidental: procesamiento de altos mandos marroquíes por delito de genocidio y otros crímenes supuestamente cometidos contra el pueblo saharaui.—3.2. «Decho al olvido» frente a Google.—3.3. Las libertades de expresión e información y el derecho al honor.—3.4. Responsabilidad patrimonial del Estado.—3.5. «Devoluciones en caliente»: sobreseimiento del proceso iniciado contra el coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla.—3.6. Piratería marítima en el Océano Índico.—3.7. Inmunidad de Jurisdicción del Estado.—3.8. Transposición de directivas, alcance de la normativa estatal básica y afectación de las competencias autonómicas en el ámbito de la gestión de los residuos de industrias extractivas y la rehabilitación de espacios afectados por actividades mineras.

1. INTRODUCCIÓN

1. La presente crónica comprende la jurisprudencia recaída desde enero hasta junio de 2015, y sigue los criterios aplicados en crónicas precedentes, es decir, destacando las referencias a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales y del

* 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 Universidad de Vigo), Jorge Antonio Quindimil (Profesor Contratado Doctor de la Universidad da Coruña), Gabriela A. Oanta (Profesora Contratada Doctora de la Universidad da Coruña) y Paula García Andrade (Doctora, Profesora Colaboradora Asistente, Universidad Pontificia Comillas, Madrid), bajo la dirección de José Manuel Sobrino Heredia (Catedrático de la Universidad da Coruña). Cada crónica se elabora bajo la responsabilidad de uno de los coordinadores.

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 al olvido», cuestiones de extranjería, derecho del mar, obligaciones convencionales contraídas por España, terrorismo e inmunidad de jurisdicción entre otras.

2. PRESENTACIÓN GENERAL

1. Durante este semestre, y como viene siendo ya habitual en las últimas crónicas, tanto el TS como la AN han seguido resolviendo casos relativos a la aplicación del *principio de jurisdicción universal* derivados de la entrada en vigor, el 15 de marzo de 2014, de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así, cabe mencionar varias resoluciones del TS relativas al mantenimiento o no del ejercicio de la jurisdicción española en casos vinculados con el tráfico de drogas (STS 1977/2015, de 25 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1.^a) y, sobre todo, con la comisión de crímenes internacionales en Argentina (ATS 5751/2015, de 8 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1.^a), Chile (ATS 3269/2015, de 8 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1.^a), El Salvador (ATS 2864/2015, de 20 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1.^a), Turquía e Israel (ATS 3251/2015, de 8 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1.^a) y China (STS 2046/2015, de 22 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1.^a; STS 2554/2015, de 8 de mayo, Sala de lo Penal, Sección 1.^a).

2. Alguna de las citadas resoluciones del TS han generado un efecto inmediato sobre algunos asuntos que se estaban sustanciando ante la AN, con consecuencias dispares: por una parte, cabe señalar dos autos relativos al archivo de asuntos de gran repercusión mediática: el conocido como caso *Cousó y el Flotilla de la Libertad* y, por otra, un auto en el que la AN propone al Tribunal Supremo que sea la justicia española la que investigue y juzgue en su caso el secuestro y asesinato del diplomático español Carmelo Soria cometido el 14 de julio de 1976.

3. En cuanto al Caso *Cousó* en el que, como es sabido, se estaba investigando la muerte del Cámara de Telecinco José Cousó, y en el que se había dictado auto de procesamiento por un delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado contra tres militares pertenecientes al Regimiento de Blindados núm. 64 de

la Tercera División de Infantería Acorazada del Ejército de los Estados Unidos (véase comentario de SÁNCHEZ RAMOS, B., *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 181-183), el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la AN, en su Auto de 9 de junio, acuerda declarar concluso el sumario relativo a este asunto en virtud de la interpretación realizada tanto del nuevo art. 23.4 de la LOPJ como de su conjugación con el art. 146 de la IV Convención de Ginebra por el TS en el asunto *de Genocidio en el Tibet* (2046/2015), dado que «el Alto Tribunal señala que estamos en presencia de una resolución que es algo más que una sentencia resolviendo una cuestión que afecta a un determinado proceso. Está estableciendo una doctrina para el futuro y con pretensiones de constituir doctrina definitiva, con el objetivo de dar seguridad en la aplicación uniforme de la norma interpretada. En otras palabras, ante la nueva norma reformada (art. 23.4 de la LOPJ) y su conjugación con el art. 146 de la IV Convención de Ginebra, la sentencia establece cuál ha de ser la interpretación correcta de la misma desde que aquélla se promulgó» (FJ 1). Y, en este sentido, tal y como nos recuerda el Auto del Juzgado Central de Instrucción de la AN, el TS estableció en su FD 28 que «1) lo que la Convención (IV Convención de Ginebra) establece, con carácter imperativo, es que todos los Estados firmantes deben buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, cualquier infracción grave, si estas personas se han refugiado u ocultado en su país, y deberá hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, sea cual fuere su nacionalidad y el lugar donde se cometió la infracción; 2) constatado que los procesados no son españoles ni se encuentran en España; 3) es de aplicación el nuevo apartado *a*) del art. 23.4 de la LOPJ, que exige que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano 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; 4) por lo que (FD 29) los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero». Ante esta interpretación de la nueva norma, el juez del Juzgado de Instrucción no se resiste a apuntar que «lo cierto es que queda constatado que existen suficientes indicios racionales de que los procesados serían autores de los delitos señalados, es decir, un crimen de guerra» y «ni la búsqueda en España ni en otros países va a ser posible: la nueva norma dictada por el legislador español impide la persecución de cualquier crimen de guerra cometido contra un español, salvo en el difícil supuesto de que los presuntos criminales se hayan refugiado en España. Para buscar o hacer comparecer ante los Tribunales a aquéllos hace falta dictar una orden de búsqueda y ésta sólo puede acordarse dentro del seno de un procedimiento; procedimiento que nunca existirá, dado que el nuevo apartado 4 del art. 23 de la LOPJ impide su incoación (salvo la existencia de ese difícil supuesto)» (FJ 2).

4. El Auto de 10 de junio del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN (ROJ: AAN 11/2015) acordaba el sobreseimiento provisional y archivo de la causa abierta a raíz de la querella interpuesta por el ataque del Ejército israelí contra activistas de la llamada *Flotilla de la Libertad* el 31 de mayo de 2010. Cabe recordar que en la citada fecha el ejército israelí abordó violentamente los seis barcos de la «Flotilla de la libertad» que se dirigían a Gaza, con 750 personas a bordo, para llevar ayuda humanitaria. Tres de ellas eran españolas. La actuación del ejército israelí se saldó con nueve activistas fallecidos, 38 heridos y otros tantos desaparecidos. También se detuvo y trasladó por la fuerza al resto de los pasajeros hasta el puerto de Ashdot, en territorio israelí. Más tarde fueron encarcelados en la prisión Beer Shiva para ser deportados y expulsados desde el aeropuerto de Ben Gurión con destino a Estambul. En este asunto, al igual que en el caso *Cousu*, de conformidad con la interpretación realizada por el

TS del art. 23.4 de la LOPJ (ATS 3251/2015, de 8 de abril) el juzgado central de instrucción «constatada ahora la falta de competencia de la Justicia española para conocer de estos hechos (hasta que pueda encontrarse en España cualquiera de las personas extranjeras contra las que se dirige el procedimiento: el Primer Ministro Israelí y sus Ministros de Defensa, Asuntos Exteriores, de Inteligencia y Asuntos Atómicos, de Interior, Ministro sin cartera y un Vicealmirante del ejército israelí) procede que una vez acordado el archivo de las actuaciones, se actúe del siguiente modo: comunicar a las personas físicas y entidades querellantes la posibilidad de denunciar ante el Fiscal de la Corte Penal Internacional; remitir testimonio de las actuaciones al Ministerio de Justicia a fin de que, si lo estima conveniente, pueda evaluar la oportunidad de iniciar el mecanismo contemplado por el art. 7.1 de la Ley de Cooperación con la CPI» (FJ 11), acordando «sobreseer provisionalmente y archivar la presente causa hasta que las personas contra las que se dirige el procedimiento se encuentren en España».

5. En relación con el caso relativo al asesinato del Diplomático español Carmelo Soria, el TS, en su Auto de 8 de abril (ATS 3269/2015), acordaba «no entrar a valorar, ante las omisiones observadas en la exposición razonada remitida a este Tribunal, si concurren o no en el presente caso los requisitos exigibles para que la jurisdicción española prosiga con la tramitación de la presente causa penal», ordenando así devolver la causa al Juzgado de Instrucción núm. 5 de la AN, con la finalidad de que éste de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23.5 de la LOPJ «explique a este Tribunal los argumentos por los que en el presente caso entiende que ha de proseguir con su competencia instructora ante el déficit procesal del procedimiento que se tramita en Chile» (FJ 3.3). Posteriormente, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN en su Auto de 26 de mayo (ROJ: AAN/2015) reitera en su exposición razonada los motivos por los que entiende que existen indicios serios y razonables de que los hechos investigados en torno al asesinato de Carmelo Soria no están afectados por la última reforma de la jurisdicción universal y, por tanto, la competencia debe recaer en los Tribunales españoles.

6. Siguiendo con la aplicación del *principio de jurisdicción universal* cabe apuntar el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN en el que se admite a trámite la querella interpuesta por el Ministerio Fiscal contra Abubakar Shekau, líder del grupo terrorista yihadista Boko Haram, por la presunta comisión de delitos de terrorismo y lesa humanidad. Los hechos que dan lugar a esta querella son los siguientes: el día 22 de marzo de 2013 se produjo un ataque de la organización terrorista Boko Haram en la ciudad de Ganye en Nigeria, concretamente en el estado nigeriano de Adamada, donde la religiosa española Sor María Jesús Mayor García, de la Orden del Niño Jesús de Madrid, desarrollaba su labor, la cual fue víctima de una situación de acoso y coacción, pese a lo cual pudo escapar y esconderse, teniendo que ser rescatada, cuando se encontraba escondida del ataque de miembros de la organización terrorista Boko Haram, por personal de los servicios de inteligencia de ese país, debiendo ser evacuada ante el manifiesto riesgo para su integridad y libertad, siendo víctima de la actuación terrorista de la mencionada organización. Estos hechos, unidos a una larga lista de escalada de terror acentuada desde 2009 llevan al Ministerio Fiscal a afirmar que «estas expresiones no sólo constituyen una amenaza contra la población de Nigeria a nivel nacional, sino también a nivel internacional», calificando el Ministerio Fiscal los hechos denunciados de delito de pertenencia o integración a organización terrorista, de un delito de terrorismo y de lesa humanidad (arts. 571, 572.2 y 3 y 607 del Código Penal y art. 65.1 de la LOPJ). A la vista de los hechos —cometidos contra un español fuera del territorio nacional— en el citado auto se plantea si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 23.4 de la LOPJ para

que la justicia española pueda conocer de los delitos de terrorismo cometidos en el extranjero, llegando el juez a admitir la querella al entender que se cumplen los tres requisitos necesarios: 1) posible existencia de una víctima de nacionalidad española (art. 23.4 de la LOPJ); 2) no existencia de ninguna investigación en curso tanto en el territorio en el que se cometieron los hechos como en otros Estados (art. 23.5 de la LOPJ), y 3) la previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal (art. 23.6 de la LOPJ).

7. Al margen de la justicia universal, en materia de *terrorismo internacional* y, más específicamente, respecto del *terrorismo yihadista* cabe apuntar, entre otros, el Auto de 10 de marzo del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN (ROJ: AAN 43/2015), por el que se acuerda el ingreso en prisión incondicional de Samira Yerou, detenida en el aeropuerto del Prat de Barcelona y a la que se le imputa un delito de integración en organización terrorista tipificado y penado por el art. 571 del Código Penal. De hecho, de la investigación se desprenden indicios de que la misma formaría parte integrante del aparato de captación, radicalización, adoctrinamiento, traslado y envío de voluntarios del grupo terrorista Estado Islámico de Irak y Levante (EIIL). Esta red estaría dedicada especialmente a la captación y traslado de mujeres desde Europa y Marruecos hasta el territorio de Siria e Irak controlado por el grupo terrorista. El auto se plantea la legitimidad de la adopción de una medida cautelar tan severa como la prisión provisional y así, con base en el art. 24 de la Constitución Española, en el art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la doctrina del Tribunal Constitucional así como en una consolidada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud de la cual «...la constatación de "razonables sospechas" de responsabilidad criminal opera como *conditio sine qua non* de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida cautelar...» (FJ 1) y en atención a las circunstancias del caso, concluye que «la propia naturaleza del delito del que se le acusa, unido a las circunstancias de su comisión suponen un elevadísimo riesgo de que la inculpada pueda sustraerse a la acción de la justicia, puesto que la misma cuenta con importantes contactos en una organización terrorista de carácter transnacional, a la que se habría integrado desde el momento en que decide aceptar la "invitación" formulada en este sentido por los contactos que mantenía a través de la red de internet, decidiendo abandonar su vida en España y en Marruecos para acudir a esa llamada, por lo que adquiere los billetes y extrae todo el dinero que tenía en las cuentas corrientes de las que disponía, organización que evidencia diariamente su capacidad para trasladar y ocultar a sus miembros en zonas en las que están realizando su actividad terrorista, en este caso en Siria, siendo así que Samira no logró traspasar dicha frontera al ser detenida por la policía turca cuando se encontraba en disposición y muy próxima a hacerlo. Ello supone, indudablemente —a juicio del Juzgado Central—, la existencia de un entramado criminal que Samira conocería suficientemente, dotado de medios económicos, humanos y de infraestructura suficiente para procurar la consecución del fin que a través de la detención realizada en Turquía, se evitó, cual es el de su incorporación física al grupo terrorista Estado Islámico de Irak y Levante (EIIL/ISIL/DAESH), al cual ya se habría integrado, desde el momento en que, en contacto con importantes mandos del mismo, decide seguir sus consignas y marchar a Siria junto a su hijo menor e integrarse en el llamado "Califato Islámico", determinación de la que no ha renunciado. Este evidente riesgo de fuga hace que la medida de prisión provisional sea necesaria, al ser la única que permite asegurar la sujeción de la inculpada a las resultas del proceso y la celebración del juicio» (FJ 2). Asimismo, y en relación con estas cuestiones, cabe apuntar el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la AN, de 10 abril (ROJ: AAN 64/2015) donde se adoptan diversas medidas caute-

lares en relación con un grupo de personas ubicadas principalmente en la población de Terrassa (Barcelona) con ramificaciones en algunas poblaciones colindantes a la misma cuyas principales actividades serían, por una parte, la captación de personas dispuestas a desplazarse a Siria o Irak para enrolarse en las filas de la organización terrorista Estado Islámico y, por otra, idear, planificar y cometer atentados terroristas en territorio nacional.

8. En relación con el *Sáhara Occidental*, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN dictó el 9 de abril Auto de procesamiento (ROJ: AAN 56/2015) contra once altos cargos de Marruecos —entre ellos varios responsables militares— por crímenes supuestamente cometidos en el Sáhara Occidental entre los años 1975 y 1992. En la resolución, que será objeto de comentario detallado en el punto 3.1 de esta sección, el magistrado considera que los hechos reúnen los requisitos exigidos para ser tipificados como delito de genocidio, dado que los saharauis constituyen un grupo nacional o étnico, que las acciones investigadas se dirigen unívocamente contra ellos y que se han acreditado «una serie de acciones contra la vida, dignidad y libertad de las personas exclusivamente por razón de su etnia o raza, los saharauis». El citado auto también dicta el procesamiento por 50 delitos de asesinato, 76 delitos de asesinato en grado de tentativa, seis delitos de detención ilegal por no dar razón del paradero del detenido, 202 delitos de detención ilegal y un delito contra la libertad sexual, acordando la busca, detención e ingreso en prisión de siete de los procesados. Entre los indicios que han motivado el procesamiento, se señala los testimonios «coincidentes y variados» que incriminan a varios de los querellados, así como el hallazgo en febrero de 2013 de una fosa común en la región de Amgala con los cadáveres de ocho saharauis asesinados en 1976 y «que han sido plenamente identificados por el ADN».

9. Otro de los temas «estrella» de la AN ha sido la promulgación por la Sala de lo contencioso-administrativo de diversas sentencias sobre el «derecho al olvido», desestimando, la mayor parte de ellas (14 de 18), los recursos de Google y reconociendo los derechos de los particulares (la primera sentencia se promulgó el 29 de diciembre de 2014; ROJ: SAN 5129/2014). La primera sentencia que dio origen a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE, reconoce el derecho del demandante a retirar los enlaces a unos anuncios aparecidos en la web del periódico *La Vanguardia* sobre unos embargos por deudas a la Seguridad Social ejecutados hacía dieciséis años. La Sala, en aplicación de la doctrina establecida por el TJUE, da la razón a este particular al considerar que no tenía relevancia en la vida pública que justificara la prevalencia del interés del público general frente a los derechos de la protección de datos de carácter personal. En consecuencia, el particular tiene derecho a que la información sobre una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social «ya no esté vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de sus datos personales». Esta primera sentencia, que será objeto de un comentario detallado en el apdo. 3.2 de esta sección, fija los criterios que deben seguir a partir de ahora los particulares, el responsable del tratamiento y la Agencia de Protección de datos, que tendrán que llevar a cabo el juicio de ponderación esgrimido por la Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014.

10. Junto con la jurisdicción universal, también durante este primer semestre de 2015, distintas disposiciones del CEDH y la jurisprudencia del TEDH han tenido una gran presencia en la actividad de los distintos órganos jurisdiccionales, destacando la actividad del TC. Realizaremos así un recorrido por el TC, el TS, la AN y los TSJ y PA.

11. Así, el art. 6 del CEDH ha recibido una amplia atención por parte de este órgano judicial. A continuación mencionaremos solamente aquellos pronunciamientos del TC en los que el art. 6 del CEDH ha sido utilizado por este órgano judicial en su fundamentación jurídica. Así, en primer lugar, en la STC 16/2015, de 16 de febrero, sobre un recurso de amparo promovido en relación con una supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, el TC menciona la jurisprudencia del TEDH referida al art. 6.1 del CEDH (véanse las SSTEDH de 19 de diciembre de 1997, caso *Brualla Gómez de la Torre c. España*, y de 25 de enero de 2005, caso *Puchol Oliver c. España*) en la que se pronunció en el sentido de que la aplicación de esta disposición a un recurso de casación «puede depender de las particularidades derivadas de la apreciación de conjunto del proceso tramitado y del papel que desempeña el tribunal de casación, pudiendo las condiciones de admisión de un recurso de casación ser más rigurosas que las propias de un recurso que haya de resolverse en grado de apelación» (FJ 2). Además, en esta misma sentencia, el TC ha hecho hincapié en el hecho de que, según el TEDH, «las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante» puesto que «la evolución de la jurisprudencia no es en sí contraria a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes» (véanse las SSTEDH de 18 de diciembre de 2008, caso *Unédic c. Francia*, y de 14 de enero de 2010, caso *Atanasovski c. la ex República Yugoslava de Macedonia*) (FJ 3). Esta doctrina ha sido reiterada en distintas ocasiones durante el semestre objeto de atención en la presente crónica de jurisprudencia; baste con mencionar, ahora, a: las SSTC 34/2015, 35/2015, 36/2015 y 40/2015, de 2 de marzo, FFJJ 2 y 3; las SSTC 67/2015, 68/2015, 69/2015 y 72/2015, de 14 de abril, FFJJ 2 y 3; las SSTC 70/2015 y 71/2015, de 14 de abril, FJ 2; las SSTC 75/2015 y 76/2015, de 27 de abril, FFJJ 2 y 3; las SSTC 78/2015, 80/2015, 82/2015 y 83/2015, de 30 de abril, FFJJ 2 y 3. En segundo lugar, en la STC 33/2015, de 2 de marzo, sobre un recurso de amparo planteado en relación con la supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, se ha vuelto a afirmar que el art. 6 del CEDH «garantiza el derecho a un proceso equitativo, pero no regula la admisibilidad de los medios de prueba», siendo el Derecho nacional el competente para hacerlo (FJ 4). En tercer lugar, en un recurso de amparo promovido en relación con la supuesta vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el TC recuerda que la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6.1 del CEDH «ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE» (STC 74/2015, de 27 de abril de 2015, FJ 4), siendo esta disposición del Convenio de Roma la que establece, tal y como se afirmó en la sentencia del TEDH del 11 de marzo de 2004, en el caso *Lenaerts c. Bélgica* (punto 18), la obligación para los Estados partes en este tratado de «organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable» (FJ 5). Esta obligación para los Estados partes en el CEDH ha sido utilizada por el TC, también, en sus Sentencias 87/2015 y 88/2015, de 11 de mayo, para otorgar el amparo a dos particulares que habían alegado que su respectivo derecho a un proceso sin dilaciones indebidas había sido vulnerado en un proceso sobre orden de expulsión del territorio nacional (STC 87/2015, FJ 4; STC 88/2015, FJ 3). Finalmente, en cuarto lugar, hay que indicar la STC 54/2015, de 16 de marzo, sobre un recurso de amparo respecto de la supuesta vulneración de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a un proceso con todas las garantías. En esta resolución, el TC ha vuelto a mencionar que el art. 24.2 de la CE, a diferencia del art. 6 del CEDH, recoge específicamente los derechos a «no declarar contra sí mismos» y a «no confesarse culpables», que representan una manifestación

concreta de los derechos de defensa y a la presunción de inocencia (FJ 7). Además, se recuerdan las Sentencias del TEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, y de 19 de septiembre de 2000, caso *IJL y otros c. Reino Unido*, según las cuales la declaración obtenida bajo medios coactivos «no puede ser alegada como prueba en el posterior juicio de la persona interesada, aunque tales declaraciones se hayan realizado antes de ser acusado» (FJ 7).

12. Por lo que se refiere a la supuesta vulneración del *art. 11 del CEDH* relativo al *derecho de reunión y de asociación*, el TC ha tenido la ocasión de pronunciarse en la STC 24/2015, de 16 de febrero, sobre un recurso de amparo promovido por la Confederación sindical de Comisiones Obreras de Andalucía. Este Tribunal ha estimado que la disolución de una manifestación organizada es compatible con esta disposición del CEDH cuando —como ha ocurrido en el caso planteado— la concentración en un lugar público se ha repetido el mismo día de la semana durante tres años seguidos, llegando a perturbar la circulación y a causar una alteración del orden público (FJ 6). Se trata, pues, de una resolución que es conforme con la doctrina del TEDH relativa al art. 11 del CEDH.

13. La Sala de lo Social de la AN en su Sentencia de 11 de marzo (ROJ: SAN 566/2015) también se ha pronunciado sobre la posible vulneración del *art. 11 del CEDH*. En este caso, se desestima la demanda sobre impugnación de la Resolución administrativa que archiva el expediente correspondiente a la solicitud de depósito del acta de constitución y depósito de los Estatutos de un Sindicato Unificado de Guardias Civiles. El interés de la citada sentencia radica en el hecho de que los recurrentes esgrimían a su favor dos recientes sentencias del TEDH referidas a la Gendarmería francesa, donde se declara que no es conforme al art. 11 del CEDH exceptuar el ejercicio del derecho de sindicación en los cuerpos armados. Sin embargo, la Sala recuerda que la indicada restricción no es contraria al art. 11.2 del CEDH, dado que España, al adherirse al Convenio, hizo reserva de aplicación en la medida en que fuera incompatible con los arts. 28 y 127 de la Constitución Española.

14. Además de los pronunciamientos del TC ya mencionados con anterioridad, que incluyen referencias bien al CEDH o bien al TEDH, cabe mencionar, también, un recurso de amparo sobre la supuesta vulneración de los *derechos a la intimidad y a la propia imagen*. En este sentido, el TC ha recordado la STEDH de 7 de febrero de 2012, caso *Von Hannover c. Alemania*, en la que se ha afirmado que «existe una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede formar parte de la vida privada», y que a la hora de hacer esta distinción se tiene que valorar la contribución que la información publicada puede tener en un debate de interés general (STC 18/2015, de 16 de febrero, FJ 5).

15. El TC también se ha pronunciado sobre la supuesta vulneración de *las libertades de expresión e información* planteadas en la STC 65/2015, de 13 de abril, que será objeto de un comentario detallado en el apdo. 3.3 de esta sección.

16. En cuanto al *derecho a la tutela judicial efectiva*, el TC (STC 9/2015, de 2 de febrero) se refiere a *las reglas mínimas de las Naciones Unidas*, conocidas como las Reglas de Beijing, en un recurso de amparo planteado en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en una resolución judicial carente de una estimación expresa o tácita de las pruebas prácticas que permita conocer las razones que condujeron al órgano judicial a descartar su valoración (FJ 1).

17. En relación con el art. 14.5 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966*, el TC ha afirmado que esta disposición garantiza el «derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la

correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado» [STC 55/2015, de 16 de marzo, FJ 4.b)]. El TC se había pronunciado en este sentido, también, en las SSTC 105/2003, de 2 de junio (FJ 2); 116/2006, de 24 de abril (FJ 5); 60/2008, de 26 de mayo (FJ 4); 16/2011, de 28 de febrero (FJ 3) y 13/2014-16/2014, todas de 30 de enero (FJ 2).

18. *El Protocolo adicional del Convenio de Roma* ha sido invocado en relación con dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos del texto refundido de la Ley de suelo (STC 43/2015, de 2 de marzo, y STC 56/2015, de 16 de marzo).

19. El TC estima en su Sentencia 15/2015, de 5 de febrero, que las recomendaciones formuladas por la *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho* «no pueden constituirse en pauta» (FJ 6) a la hora de pronunciarse sobre un recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista contra la Ley 4/2014, de 21 de julio, de reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha, y en el que se reitera el razonamiento jurídico empleado por este tribunal en la STC 197/2014, de 4 de diciembre.

20. Siguiendo con la protección de los derechos humanos en los órganos jurisdiccionales, también han sido muy numerosas las sentencias del TS que aplican normas internacionales y europeas, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos o los Pactos Internacionales o el Convenio Europeo de Derechos Humanos; o que acogen jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este semestre, destacaremos especialmente una sentencia que, si bien es desestimatoria, pone en relación los derechos humanos con la *responsabilidad del Estado* por una omisión del Legislador (STS 507/2015, de 6 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta), abordando el presunto incumplimiento por el Estado español del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este pronunciamiento es objeto de un análisis detallado en el apdo. 3.4 de esta sección.

21. Por su parte, en la AN destacaremos en relación con *los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida*, la Sentencia de 10 de junio del Juzgado Central de lo Contencioso de la AN (ROJ: SAN 1927/2015), que versa sobre un recurso contra Air Europa por las condiciones que sufren las personas con discapacidad o movilidad reducida cuando viajan en avión. En este sentido, la normativa nacional, en cumplimiento del Reglamento CE 1107/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida garantiza que las compañías aéreas presten, sin cargo adicional, la asistencia en los aeropuertos a personas con discapacidad (art. 10 del citado Reglamento). Sin embargo, en la página *web* de Air Europa se establecía «que las autorizaciones para los pasajeros con movilidad reducida que lo requieran se realizarán siempre por fax a la atención del departamento de requerimientos especiales de Air Europa, al número de fax 902401505 especificando el número máximo de detalles...», por lo que el juzgador considera que «si bien ciertamente las líneas que comienzan con la numeración 902 no son de tarificación adicional, conforme al Real Decreto 2296/2004, que recoge el Plan Nacional de Numeración, lo son de tarificación especial, lo que implica que la llamada no es gratuita» y dado que el art. 10 del Reglamento (CE) antes mencionado establece «la prohibición de carga económica adicional alguna para el pasajero por

dicho servicio, lo que aquí sin duda se produce al exigir la llamada a un número de tarificación especial para la confirmación de la asistencia» (FD 3), concluye que la citada compañía aérea incurrió en la comisión de una infracción leve del art. 44.1 de la Ley de Seguridad Aérea, por lo que establece una multa de 4.500 euros.

22. Por lo que se refiere a los *derechos de la infancia*, el TS ha dictado durante este semestre varias sentencias entre las que destacaremos algunas vinculadas con los derechos de menores extranjeros no acompañados e indocumentados relativas a la determinación de su edad (STS 27/2015, de 16 de enero, Sala de lo Civil, Sección 1.^a; STS 2064/2015, de 22 de mayo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a; STS 2217/2015, de 23 de mayo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a; STS 2347/2015, de 8 de junio, Sala de lo Civil, Sección 1.^a; STS 2574/2015, de 18 de junio, Sala de lo Civil, Sección 1.^a). Estas sentencias se refieren a la doctrina jurisprudencial establecida por el propio TS en relación con el valor de los documentos que porte un menor no acompañado en aquellos casos en los que exista discrepancia con su realidad física.

23. También en materia de *extranjería* es abundante la jurisprudencia de los TSJ y AP en la que se cita el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en procedimientos relativos a la expulsión de extranjeros, la denegación de permisos de residencia y, especialmente, en materia de reagrupación familiar. En particular, destacamos la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) núm. 431/2015, de 22 de abril, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo presentado por una nacional española contra la denegación de visado de reagrupación familiar a su hijo, de nacionalidad ecuatoriana. Además de referencias a la Directiva 2004/38, la jurisprudencia del TJUE sobre dicha norma y el art. 20 del TFUE en relación con los ciudadanos europeos que no hacen uso de la libre circulación de personas, la sentencia centra su argumentación en el art. 7 de la CDFUE y el art. 8 del CEDH sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar, desestimándose el recurso por no probarse que el hijo esté a cargo de su madre. La sentencia es idéntica a otra dictada por el mismo TSJ en julio del pasado año y que ya fue objeto de nuestra atención en la Crónica anterior. La misma argumentación puede hallarse en la Sentencia del mismo Tribunal núm. 395/2015, de 13 de abril, en que la recurrente, de nacionalidad peruviana, no logra justificar vivir a cargo de su hija, y en la STSJ de Galicia, núm. 220/2015, de 15 de abril, relativa a la reagrupación familiar de una nacional rusa con su nieta española. Asimismo, numerosas sentencias abordan denegaciones de visados de reagrupación familiar con base en supuestos matrimonios de conveniencia, en las que se recuerda el art. 8 del CEDH y se reproduce la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional respecto de la distinción entre el derecho a la intimidad familiar consagrado en el art. 18.1 de la CE y la protección que el art. 8 del Convenio de Roma concede a la vida familiar. Igualmente en materia de extranjería y aunque en relación más directa con el Derecho de la UE, resulta relevante mencionar la STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) núm. 323/2015, de 20 de mayo, por la que se estima un recurso de apelación relativo a una resolución del subdelegado del Gobierno de A Coruña que decretaba la expulsión del recurrente, de nacionalidad marroquí, por estancia irregular, siendo sustituida la expulsión por la sanción de multa. Esta sentencia cita extensivamente la STJ de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, *Zaizoune*), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco, por la que se declaró la incompatibilidad de nuestra legislación de extranjería con la Directiva 2008/115 en materia de retorno. La Ley Orgánica 4/2000 sobre los derechos de los extranjeros en España y su integración social, tal y como es interpretada por nuestro Tribunal Supremo, prevé, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio del Estado, la imposición, depen-

diendo de las circunstancias, de una sanción de multa o de expulsión, siendo ambas excluyentes entre sí, lo que supone privar a la mencionada Directiva de su efecto útil, que consiste en proceder a la expulsión del extranjero en situación irregular lo antes posible. Lo relevante de la sentencia del TSJ de Galicia es que decide no aplicar la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en virtud del principio de confianza legítima y el derecho a la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta el sorpresivo impacto de la jurisprudencia europea sobre el colectivo de extranjeros, y estimar el recurso conforme a la jurisprudencia española vigente, imponiendo la sanción de multa en lugar de la de expulsión.

24. Por su parte, el TC se ha pronunciado sobre la posibilidad de la participación de *los extranjeros en las consultas referendarias*, y de la participación ciudadana reconocida en los arts. 10 y 11 del TUE, en las SSTC 31/2015 y 32/2015, de 25 de febrero, al afirmar la nulidad de los preceptos legales autonómicos de Cataluña relativos a las consultas referendarias generales. La doctrina iniciada con la STC 31/2015 se encuentra, también, en la STC 137/2015, de 11 de junio (FFJJ 4-7).

25. En materia de *inmigración ilegal/derechos de los extranjeros*, el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN, en un auto de 29 de enero (ROJ: AAN 10/2015) resuelve una cuestión de competencia rechazando aceptar la inhibición en su favor planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Ceuta en relación con un asunto que ha tenido una gran repercusión mediática: los hechos ocurridos en Ceuta —concretamente en el Tarajal—, el día 6 de febrero de 2014, con motivo del intento masivo de un número indeterminado de inmigrantes de acceder a territorio español, y en el que resultaron fallecidos varios inmigrantes, y expulsados, a través de las denominadas devoluciones en caliente, 23 inmigrantes. A la vista de las actuaciones llevadas a cabo por el Juzgado de Ceuta, el juez concluye que «existe una certeza y una cuestión no acreditada. La certeza es que la actuación de la Guardia Civil se produjo en y desde territorio español, sin que nadie ponga en duda esa circunstancia, si bien no puede afirmarse con la rotundidad que en algunos escritos se expone que dicha actuación haya sido la causa de la muerte de los inmigrantes fallecidos, si bien dicha actuación está siendo objeto de investigación en la presente causa», mientras que, por el contrario, en este estadio del procedimiento, «lo que no está acreditado es si las muertes de los migrantes se produjeron en España, en Marruecos o en territorios de ambos Reinos, y ello es así por cuanto los cadáveres se rescataron tanto en aguas marroquíes como en aguas españolas, siendo así que las corrientes marinas pudieron haber trasladado los cuerpos a uno u otro lado, o haberse producido las muertes en ambos territorios [...]» (FJ 4). En todo caso, independientemente de que quedase acreditado que el fallecimiento se produjo en suelo o aguas marroquíes, el auto concluye que, a la luz de la teoría de la ubicuidad aplicable al caso —avalada por la doctrina del Tribunal Supremo—, «[...] limitándose la presente resolución a resolver, con la precariedad que supone el carácter provisional de la determinación de la competencia en la fase instructora, si procede o no aceptar la competencia diferida por el Juzgado de Instrucción n.º 6 de Ceuta, cualquiera que sea la postura de la que se parta, ya se hubiere producido el fallecimiento de los inmigrantes en territorio español o en territorio de Marruecos, y aplicando la doctrina apuntada, de la ubicuidad, es el mantenimiento de la competencia del Juzgado de instrucción de Ceuta, sin perjuicio de la decisión que pueda adoptarse si durante la fase de instrucción surgieran nuevos elementos que desvirtuaran los presupuestos considerados como fundamento de esta resolución» (FJ 5).

26. Las «devoluciones en caliente» practicadas por las autoridades españolas en la frontera hispano-marroquí de las ciudades de Ceuta y Melilla y el concepto operativo de frontera defendido por el Gobierno español a estos efectos han seguido

presentes en la práctica judicial de este primer semestre del año 2015, como pone de manifiesto el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, de 7 de abril, que será objeto de comentario en el apdo. 3.5 de esta sección.

27. *El Derecho del Mar* ha sido objeto de una Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN el 2 de febrero (ROJ: SAN 74/2015) en relación con un delito de piratería en aguas del Océano Índico en un intento de abordaje del buque atunero español «Izurdia». Esta sentencia será objeto de comentario en el apdo. 3.6 de esta sección.

28. En materia de *asilo y refugio*, como viene siendo habitual, tanto la AN como el TS han dictado varias decenas de resoluciones relativas a solicitudes de asilo y de protección subsidiaria planteadas por nacionales de diversos países, siendo en su inmensa mayoría demandas inadmitidas o desestimadas. Por ello, destacaremos un caso en el que el TS decide admitir un recurso de casación contra una sentencia de la AN denegatoria del asilo y de la protección subsidiaria de un nacional de Somalia (ATS 5773/2015, de 18 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a); y otro en el que decide estimar el recurso concediendo, por tanto, el derecho de asilo a un nacional de Kazajstán (STS 523/2015, de 23 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a).

29. En materia de *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* cabe recordar la anterior crónica de jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público realizada por la *REDI* donde analizamos detalladamente la STC 119/2014, de 16 de julio, mediante la cual se había 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 (vol. LXVII, 2015, núm. 1; véase el comentario realizado por la Prof.^a Gabriela A. Oanta en relación con la problemática del *contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores ante el Derecho internacional*). Ahora, en la STC 8/2015, de 22 de enero, el TC mantiene la doctrina iniciada con la STC 119/2014, esta vez en relación con el recurso de inconstitucionalidad promovido por 104 diputados del Grupo Parlamentario Socialista y 11 del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU) y Chunta Aragonesista (CHA)] del Congreso de los Diputados respecto de determinadas disposiciones de la mencionada Ley 3/2012. En el Voto particular formulado por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré (al que se adhirieron los Magistrados Adela Asua Batarrita y Luis Ignacio Ortega Álvarez) se mencionan las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales presentadas en enero de 2015 sobre las quejas formuladas por dos organizaciones sindicales españolas respecto del cumplimiento por la legislación española de la Carta Social Europea. Conclusiones en las que se afirma que las medidas adoptadas por un Estado para consolidar las finanzas públicas no deben constituir una reducción de los derechos reconocidos en esta Carta, sino que los Gobiernos tienen la obligación de adoptar las medidas que estimen necesarias para lograr que dichos derechos sean efectivamente garantizados (punto 2).

30. En materia de *Derecho de la Seguridad Social*, cabe señalar la STSJ de Castilla-León (Sala de lo Social) núm. 255/2015, de 11 de febrero, por la que se desestima un recurso de suplicación en el que se alegaba la infracción, por inaplicación, de lo establecido en el Convenio bilateral de Seguridad Social entre España y Bélgica de 1967, dado que no resulta más beneficioso para la determinación del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación que la legislación de la Unión Europea aplicable en la materia, único supuesto —el de contener un régimen más favorable— que excepcionaría la sustitución de los convenios internacionales bilaterales entre Estados miembros en materia de seguridad social por la normativa europea aplicable.

31. En materia de *tratados*, cabe referirse a la STC 46/2015, de 5 de marzo, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2009, de 23 de diciembre, del *Síndic de Greuges*.

32. En relación con la *inmunidad de jurisdicción*, hemos de destacar la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 66/2015, de 2 de febrero, relativa a un recurso de suplicación formulado por la *Scuola Statale Italiana* de Madrid contra una sentencia previa que declaraba nulo el despido de una profesora en situación de baja por maternidad. En el recurso, la institución educativa plantea una excepción de inmunidad de jurisdicción que es rechazada por el TSJ por tratarse de actos de *iure gestionis* y no de *iure imperii*. Para llegar a esta conclusión, el TSJ reitera lo ya dispuesto en la STSJ de Madrid núm. 1017/2014, de 9 de diciembre, que es objeto de un comentario detallado en el apdo. 3.7 de esta sección. Así, esta jurisprudencia repasa la evolución de esta institución consuetudinaria hacia su actual concepción restringida, por la que sólo estarán protegidos por el principio de inmunidad de jurisdicción los actos realizados por los Estados extranjeros, a través de poderes públicos, en el ejercicio de su soberanía (actos de *iure imperii*) y no los actos de carácter civil y mercantil que podría realizar también un particular con el mismo alcance (actos de *iure gestionis*), actos entre los que se incluye la controversia laboral enjuiciada. Asimismo, las sentencias mencionadas se refieren, en su argumentación, a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004, en la que se acoge la concepción restrictiva de la inmunidad de jurisdicción que no incluirá, salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, los procesos ante los tribunales de un Estado relativos a contratos de trabajo entre otro Estado y una persona natural respecto de un trabajo que haya de ejecutarse en el territorio del primero. Se citan también, en relación con las normas de competencia judicial internacional, el Convenio de Bruselas relativo a la competencia internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 1968, reemplazado por legislación de la Unión Europea, y el Convenio de Lugano de 2007 sobre la misma materia y que incluye igualmente a los países de la AELC.

33. Finalmente, por lo que se refiere al *Derecho de la Unión Europea*, la actividad jurisprudencial ha sido intensa también este primer semestre de 2015 tanto en el TS como en el TC. En cuanto al TC, destaca la STC 45/2015, de 5 de marzo, que será objeto de un comentario detallado en el apdo. 3.8 de la presente sección, en la que se abordan, también, diversas normas medioambientales internacionales. En esta resolución el TC se ha pronunciado, como veremos, sobre un conflicto positivo de competencia planteado por la Xunta de Galicia en relación con el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras en su conjunto. A la hora de valorar las disposiciones del Real Decreto impugnado, además de la normativa internacional, se menciona sobre todo la Directiva 2006/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE. Asimismo, cabe mencionar la STC 66/2015, de 13 de abril, sobre un recurso de amparo en el que se alegaba la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de edad al haber sido utilizado el criterio de la edad superior a cincuenta y cinco años como factor determinante para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo. En esta ocasión, el TC se apoya en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE «que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad», y que representa, según la jurisprudencia del TJUE, un principio general

del Derecho de la UE (FJ 3). Pero, dado que la Crónica de jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público realizada por la *REDI* 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, quisieramos indicar solamente otras tres resoluciones del TC en las que éste se ha apoyado en el Derecho de la UE. Se trata, en primer lugar, de un recurso de amparo sobre una supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a la legalidad sancionadora (STC 2/2015, de 19 de enero, FJ 9); en segundo lugar, de un recurso de inconstitucionalidad respecto de diversos preceptos de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2005, en el que el TC ha recordado que no le corresponde a él «contralar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo» (STC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5); y, en tercer lugar, de una cuestión de inconstitucionalidad en la que se plantean los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, se invoca el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y se cita una abundante jurisprudencia del TJUE para que finalmente el TC desestime la cuestión (STC 110/2015, de 28 de mayo, FJ 11). Como apuntábamos, también el TS ha tenido una actividad intensa en este marco. Destacaremos, en particular, sentencias reseñables en dos ámbitos importantes, como son, por un lado, la *acumulación de condenas* dictadas por tribunales de otro Estado miembro (STS 471/2015, de 27 de enero, Sala de lo Penal, Sección 1.^a; STS 1238/2015, de 24 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1.^a; STS 1239/2015, de 24 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1.^a; STS 1905/2015, de 24 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1.^a; STS 2178/2015, de 8 de mayo, Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Por otro lado, se plantearon dos casos sobre la *responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión*. Si bien se trata de diferentes demandantes —laboratorios de dietética, cosmética y nutrición—, ambos casos (STS 1284/2015, de 24 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta; STS 2298/2015, de 26 de mayo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta) tienen origen en la Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2009 (C-88/2007), *Comisión c. España*, según la cual «el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 CE y 30 CE y de los artículos 1 y 4 de la Decisión n.º 3052/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se establece un procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad: al haber retirado del mercado productos elaborados a base de plantas medicinales legalmente fabricados o comercializados en otro Estado miembro [...].».

Belén SÁNCHEZ RAMOS

Universidad de Vigo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.01>

3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS

3.1. El Sáhara Occidental: procesamiento de altos mandos marroquíes por delito de genocidio y otros crímenes supuestamente cometidos contra el pueblo saharaui

SÁHARA OCCIDENTAL.—Derechos Humanos.—Delito de Genocidio.—Convenção de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción núm. 5), de 9 de abril de 2015 (ROJ: AAN 56/2015). Ponente: Rafael Pablo Ruz Gutiérrez.**ReferenciaCentro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079270052015200008.**

1. El Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 9 de abril de 2015, objeto del presente comentario, forma parte de uno de los procesos iniciados en nuestro país en relación con los actos de genocidio y otros crímenes atroces perpetrados contra el pueblo saharaui. En virtud de este auto dictado en el seno de la instrucción del procedimiento ordinario (Sumario 1/2015), el Magistrado Pablo Ruz ordena el procesamiento de 11 altos mandos de las fuerzas militares y policiales de Marruecos por la supuesta comisión, entre noviembre de 1975 y abril de 1991, de un delito de genocidio en concurso real con 50 asesinatos consumados, 76 asesinatos en grado de tentativa, 208 detenciones ilegales, 23 delitos de torturas y, al menos, un delito contra la libertad sexual.

2. No se aborda en este pronunciamiento el tema de la jurisdicción española para conocer de estos delitos, ya que dicha cuestión fue objeto del Auto del mismo Juzgado Central de Instrucción de fecha 15 de abril de 2014 (ROJ: AAN 68/2014). El 29 de octubre de 2007 se había dictado, por parte de este JCI, un auto por el que acordaba la práctica de diligencias de instrucción en relación con presuntos delitos de genocidio y torturas cometidos en el Sáhara Occidental y se fundaba la jurisdicción de los tribunales españoles en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), dado que había víctimas de nacionalidad española y otros vínculos de conexión relevante con España sin que se hubiera iniciado ningún procedimiento en Marruecos que pudiera calificarse de persecución efectiva de los hechos (para un análisis de la jurisdicción de los tribunales españoles respecto de este proceso en base a la LOPJ tras su reforma de 2009, véase OLLÉ SESÉ, M., «Violación de los derechos humanos en el Sáhara Occidental y jurisdicción universal», en PALACIOS ROMERO, F., *El derecho a la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental. Del ius cogens al ius abutendi*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 337-376).

3. Al intervenir posteriormente la controvertida reforma del principio de jurisdicción universal contenido en el art. 23.4 de la LOPJ en virtud de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014), el JCI dictó providencia por la que confería traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes para emitir informe al respecto. La DT Única de la referida LO 1/2014 obligaba al sobreseimiento de las causas que se encontraren en tramitación en el momento de la entrada en vigor de la reforma hasta que no se acreditase el cumplimiento de los nuevos requisitos establecidos en ella. Sin embargo, en el Auto de 15 de abril de 2014, el Magistrado Ruz decide no sobreseer las actuaciones por continuar siendo competente la jurisdicción española, esta vez, basándose en el principio de territorialidad consagrado en el art. 23.1 de la LOPJ. Entiende este último auto que los hechos objeto de las querellas interpuestas fueron cometidos, en parte, «en territorio que, a todos los efectos, debe tener la consideración de español en el momento de la comisión de aquéllos, tal y como se deriva de la legalidad y jurisprudencia nacional e internacional, en análisis contenido en el informe del Ministerio Fiscal» (RJ 1). Según este último, el Sáhara Occidental era territorio español cuando comenzaron a cometerse los delitos objeto del procedimiento, concretamente una provincia del Estado español como ponían de manifiesto diversas normas internas (el Decreto de 10 de enero de 1958, por el que se reorganiza el Gobierno del África Occidental española; la Ley 8/1961 sobre organización y régimen jurídico de la provincia del Sáhara; la Ley 1/1961 por la que se regula el abono de

servicios en campaña por las operaciones militares en Ifni y Sáhara o la Orden de 29 de noviembre de 1966 sobre el referéndum para la aprobación de la Ley Orgánica del Estado de 1967). Pese a que dicha calificación como provincia sólo podía mantenerse hasta el 28 de febrero de 1976, fecha en que se produjo el abandono total por España del Sáhara tras el Acuerdo de Madrid entre España, Marruecos y Mauritania de 14 de noviembre de 1975, los hechos acaecidos posteriormente entre febrero de 1976 y 1991 podían, no obstante, ser juzgados también en la medida en que resultaban conexos con los hechos anteriores, en virtud del art. 17 de la LECrim.

4. Estas apreciaciones sobre la jurisdicción de España en relación con los delitos de genocidio cometidos en el Sáhara Occidental contrastan con las sostenidas en otros procedimientos abiertos en el mismo Tribunal, en concreto el instruido por el JCI núm. 2 por delitos de lesa humanidad y genocidio imputables a las actuaciones de las fuerzas de seguridad del Reino de Marruecos durante el desalojo violento del asentamiento Gdeim Izik instalado junto a la ciudad del Aaiún, en los meses de octubre y noviembre de 2010, produciéndose desapariciones, agresiones físicas, torturas, asesinatos, incluida la muerte violenta del ciudadano español Baby Liamday Buyema. En el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 2.^a), de 4 de julio de 2014 (ROJ: AAN 256/2014), la jurisdicción de los tribunales españoles fue afirmada dado 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 artículos 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» (Auto de la Sala de lo Penal de la AN, de 4 de julio de 2014, RJ 1).

5. Dicho auto y el criterio de jurisdicción que sostiene, basado en el principio de territorialidad, han sido objeto de atención y crítica en la Crónica anterior (véase TEIJO GARCÍA, C., «El Sáhara Occidental: posibilidad de continuar instruyendo un proceso relativo a supuestas violaciones graves de derechos humanos», en OANTA, G. A. (coord.), *Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público*, REDI, vol. 67, Madrid, 2015, núm. 1, pp. 193-197), donde su autor no comparte que España pueda ser potencia administradora del Sáhara Occidental, se argumenta a favor de considerar aplicable la jurisdicción marroquí por ser la potencia ocupante del territorio y se alega la plausibilidad inicial de la jurisdicción universal que habría debido descartarse, sin embargo, tras la reforma introducida por la LO 1/2014. En efecto, el intenso recorte de la jurisdicción universal, acometido por la modificación, en 2014, de la LOPJ, no haría posible su aplicación a estos hechos ni a los que son objeto del auto que comentamos, dado que la jurisdicción española sólo sería competente para conocer de los hechos cometidos fuera de territorio nacional y constitutivos de delito de genocidio o de lesa humanidad cuando el procedimiento se dirija contra un español o ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrase en España y cuya extradición hubiera sido denegada [art. 23.4.a) de la LOPJ tras su reforma por la LO 1/2014], supuestos que no se cumplen en estos casos. Además, el apartado p) del art. 23.4 de la LOPJ tampoco resultaría de aplicación, puesto que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (en vigor de forma general desde 12 de enero de 1951 y para España desde 13 de diciembre de 1968, BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969) no impone, en su art. VI, la persecución universal del delito en estos supuestos al declarar únicamente como obligatorios el principio de territorialidad y la competencia de la Corte Penal Internacional respecto de las Partes que hayan reconocido su jurisdicción (Marruecos no es Parte del Estatuto de Roma y éste, además, entró en vigor después de la comi-

sión de los hechos objeto del Auto de 9 de abril de 2015. No obstante, el art. VI de la Convención de 1948 no debe interpretarse en el sentido de excluir la posibilidad de aplicar el principio de jurisdicción universal. Véanse, entre otros, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 164 y ss.; OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 437 y ss.).

6. En el caso de los delitos de tortura, la jurisdicción universal del art. 23.4.b) de la LOPJ no sería tampoco posible. Si bien las víctimas tenían nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos (hasta el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, por el que se concedió a los naturales del Sáhara, una vez que España abandonó el territorio, el derecho a optar por la nacionalidad española en el plazo de un año), las personas a las que se imputa la comisión de los delitos no se encuentran en España. El apartado p) del art. 23.4 de la LOPJ podría quizás conducir a la jurisdicción española obligatoria, si bien el art. 5.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (en vigor de forma general desde el 26 de junio de 1987 y para España desde el 20 de noviembre de 1987, *BOE* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987) sólo prevé que todo Estado Parte dispondrá lo necesario para conocer de los delitos en que la víctima sea nacional del Estado y éste lo considere apropiado, inciso este último que autoriza un cierto margen de apreciación (lo mismo dispone, respecto de las desapariciones forzadas, el art. 9.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, en vigor de forma general y para España desde el 23 de diciembre de 2010, *BOE* núm. 42, de 18 de febrero de 2011).

7. Aclarada entonces la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los hechos que son objeto del procedimiento que comentamos, se observa cómo el Auto del JCI núm. 5, de 9 de abril de 2015, realiza un pormenorizado repaso de las circunstancias históricas relativas al Sáhara Occidental desde finales del siglo XIX hasta el 6 de septiembre de 1991, fecha del alto el fuego entre Marruecos y el Frente Polisario, incluyendo numerosas referencias a normas internacionales convencionales como la Carta de Naciones Unidas o el Tratado de París de 1900 entre España y Francia, a diversas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativas tanto al derecho de libre determinación como a su aplicación particular a la situación del Sáhara, así como al Dictamen de la CIJ de 16 de octubre de 1975 sobre el Sáhara Occidental (para un análisis pormenorizado de los acontecimientos acaecidos desde entonces, nos remitimos a RIQUELME CORTADO, R., «Marruecos frente a la (des)colonización del Sáhara Occidental», en REMIRO BROTÓNS, A. (dir.), MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. (coord.), *Unión Europea - Marruecos. ¿Una vecindad privilegiada?*, Madrid, Academia Europea de Ciencias y Artes, 2012, pp. 409-531).

8. A continuación, tras describir pormenorizadamente los hechos concretos investigados y acreditados en el sumario, el auto objeto de nuestra atención aborda la calificación jurídica de los hechos, la participación de los procesados en las conductas descritas y los indicios de responsabilidad criminal que justifican el procesamiento. En el tratamiento de dichas cuestiones, vuelve a tomar relevancia el Derecho internacional respecto de tres cuestiones principalmente. En primer lugar, a la hora de calificar los hechos narrados como constitutivos de un delito de genocidio, el Magistrado recuerda que la introducción del art. 137 bis en la reforma de 1971 del Código Penal de 1944 y cuya redacción se mantuvo en el CP de 1973, aplicable a la fecha de los hechos, es consecuencia de la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y, en particular,

de su art. II, reproducido en el auto. La principal diferencia entre la norma interna y la norma internacional residía en la calificación del grupo, cuya destrucción total o parcial se persigue, como «social» en la primera en lugar de «racial», término que se introdujo posteriormente en la reforma del CP de 1983 (el actual art. 607 del CP se refiere a «grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes», habiéndose introducido la última calificación en la reforma del CP realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio), sin que ello resulte, no obstante, relevante por cuanto el pueblo saharaui puede ser considerado un grupo nacional o étnico.

9. En segundo lugar, el auto se refiere a la Convención de Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968, tratado no ratificado por España y, por tanto, no aplicable para declarar el carácter no prescriptible del delito de genocidio que, según el CP español de 1973, contaba con un plazo de prescripción de veinte años. Será el CP de 1995 el que declare la imprescriptibilidad del delito de genocidio (actual art. 131.3), pero esta norma no podrá aplicarse con carácter retroactivo por ser más perjudicial para los imputados (actual art. 2.2 del CP). No obstante, el auto determina que, en el presente caso, el delito de genocidio no ha prescrito, debiendo distinguirse entre el delito de genocidio cometido, entre 1975 y 1992, por personas con capacidad de decisión y mando en los hechos y los delitos concretos perpetrados en ejecución del genocidio por militares y policías sin capacidad de decisión en el ataque al pueblo saharaui. Así, respecto del primero, se considera que nos hallamos ante un delito permanente, por lo que el plazo para la prescripción no empezará a correr hasta que se elimine la situación ilícita, momento que se sitúa en 1991 al producirse en ese año tanto el cese de hostilidades entre Marruecos y el Frente Polisario como la liberación de muchos de los desaparecidos forzados. El plazo de veinte años habría finalizado en 2011, pero se habría interrumpido con las querellas interpuestas en 2006 y el auto de concreción de imputaciones de 2007. En relación con los delitos de ejecución del genocidio, sin embargo, el plazo de prescripción empezaría a correr desde el momento de ejecución de los actos en cuestión, salvo por lo que respecta a las desapariciones forzadas en las que el plazo se iniciaría en el momento en que éstas cesan, tal y como establece nuestro CP y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, ratificada por España en 2007 (*BOE* núm. 42, de 18 de febrero de 2011). En efecto, el art. 8.1.b) de la misma obliga a los Estados que apliquen un régimen de prescripción a este delito (si no lo han considerado imprescriptible en razón de su calificación como crimen de lesa humanidad, art. 5 de la Convención) a que el cómputo del plazo comience a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo del delito (de conformidad con el CP actual, la desaparición forzada no tendría plazo de prescripción por constituir un delito de lesa humanidad, en virtud del art. 131.3 en relación con el art. 607 bis). Sólo uno de los delitos abordados en el auto objeto de comentario habría prescrito, el delito de torturas cometido en 1977 por un funcionario de guardia del cuartel de Smara, sin capacidad de decisión sobre el delito de genocidio.

10. En tercer lugar, a la hora de examinar los indicios de responsabilidad criminal que recaen sobre los procesados, el auto analizado se refiere a numerosas leyes, decretos y órdenes ministeriales españoles, así como a tratados internacionales y resoluciones de órganos de Naciones Unidas. En particular, menciona el Convenio entre España y Francia para la delimitación de las posesiones respectivas en la costa del Sáhara y en la del Golfo de Guinea o Tratado de París de 1900; la Carta de Naciones Unidas de 1945 y, en particular, sus arts. 73 y 74 relativos a los territorios no autónomos y a la responsabilidad que asumen los Estados que administran dichos territorios

cuyos pueblos no han alcanzado todavía la plenitud de autogobierno; la Resolución de la AGNU 1514(XV) de 1960 acerca de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, por la que se proclama el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, el cese de toda acción armada o medida represiva dirigida contra ellos y el respeto de la integridad de su territorio y la adopción de toda medida necesaria para el traspaso de poderes a los pueblos de territorios no autónomos sin condiciones, reservas, ni discriminación; las Resoluciones de la AGNU sobre la cuestión del Sáhara (2072(XX) de 1965, 2229(XXI) de 1966, 2354(XXII) de 1967, 2428(XXIII) de 1968, 2591(XXIV) de 1969, 2711(XXV) de 1970, 2983(XXVII) de 1972, 3162(XXVIII) de 1973, 3458(XXX) de 1975, 34/37 de 1979, 35/19 de 1980 y 43/33 de 1988); y las Resoluciones del Consejo de Seguridad 377 y 380(1975) en contra de la Marcha Verde y 690(1991) acordando el alto el fuego, el referéndum y el establecimiento de la MINURSO. Finalmente, el magistrado cita también el Dictamen de la CIJ de 16 de octubre de 1975 en el caso relativo al Sáhara Occidental, en el que, en respuesta a la solicitud de Opinión Consultiva de la AGNU, la Corte declara que el Sáhara no era *terra nullius* cuando España la colonizó, por lo que la adquisición de soberanía sobre el territorio no se produjo en virtud de una ocupación, sino por acuerdos concertados con los gobernantes locales, y que no existían entre el territorio del Sáhara Occidental y Marruecos o Mauritania vínculos de soberanía territorial, aunque sí ciertos vínculos jurídicos de subordinación entre ciertas tribus del Sáhara y el Sultán de Marruecos y derechos sobre la tierra en relación con Mauritania. Estas referencias contenidas en el auto resultan llamativas, pues son empleadas para la acreditación histórica de hechos de carácter general que pueden afectar a la calificación jurídica de los delitos objeto de la instrucción como, por ejemplo, los desplazamientos forzados, la caracterización del pueblo saharaui como grupo nacional o étnico, el propósito de su destrucción o el cálculo de los plazos de prescripción de los delitos, sin perjuicio de que, además, sirvan para apoyar la jurisdicción de los tribunales españoles al permitir acreditar la colonización del Sáhara, su calificación como provincia española o su abandono por parte de España, aunque la cuestión jurisdiccional no sea objeto explícito del presente auto.

11. El auto finaliza con el requerimiento de ordenar la búsqueda, captura y detención de siete de los procesados, a través de órdenes internacionales de detención que permitan su ulterior extradición, y la remisión a las autoridades judiciales de Marruecos de la comisión rogatoria acordada por Auto de 2 de febrero de 2015 a fin de que faciliten la correcta identificación de los otros cuatro procesados. Dichos trámites deberían ser cumplidos por Marruecos en virtud del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal firmado con España, el 24 de junio de 2009, de aplicación provisional desde la misma fecha y en vigor desde el 1 de enero de 2013 (*BOE* núm. 238, de 2 de octubre de 2009; norma convencional que reemplaza al Convenio sobre la misma materia de 30 de mayo de 1997), aunque el desarrollo de una cooperación judicial efectiva entre ambos países tenga pocas probabilidades de éxito.

12. En definitiva, nos hallamos ante un pequeño paso adelante en la respuesta judicial española contra la impunidad de las flagrantes violaciones de los derechos humanos presuntamente cometidas en el Sáhara Occidental (respecto de otros mecanismos para controlar su respeto, véase GONZÁLEZ VEGA, J. A., «El respeto de los derechos humanos en el Sáhara Occidental: cuestiones de derecho internacional», en PALACIOS ROMERO, F., *El derecho a la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental. Del ius cogens al ius abutendi*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 79-109), un territorio que sigue sometido, en los inicios del siglo XXI, a un proceso de descolonización que no logra poner fin a la vulneración del derecho a la libre determinación del

pueblo saharaui, presupuesto para el disfrute efectivo de los derechos humanos de los individuos que lo conforman.

Paula GARCÍA ANDRADE

Universidad Pontificia Comillas

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.02>

3.2. «Derecho al olvido» frente a Google

DERECHO AL OLVIDO.—Google.—Directiva 95/46/CE de Protección de datos.—Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.—Derecho a la protección de datos de carácter personal.—Derecho a la intimidad.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 29 de diciembre de 2014 (ROJ: SAN 5129/2014). Ponente: Fernando de Mateo Menéndez.

ReferenciaCentro de Documentación Judicial(IdCendoj)28079230012014100421.

1. Esta importante sentencia aplica directamente la histórica pronunciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 13 de mayo de 2014, sobre el derecho al olvido en Internet. Sin duda, un cambio de época.

2. La enorme y rápida proliferación de las nuevas tecnologías en nuestra sociedad, apenas ha dado tiempo al legislador a adaptarse a los tiempos y garantizar normativamente la suficiente protección de los derechos de los ciudadanos europeos en este nuevo entorno. No es ningún misterio que derechos fundamentales tan importantes como la intimidad, el honor y la propia imagen, se ven amenazados de una manera importante por las recientes tecnologías de la información y de la comunicación.

3. Nuestro continente ha sido pionero en el reconocimiento jurídico de esta amenaza ya en el siglo pasado y ha desarrollado toda una normativa especial protectora encabezada por la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y ampliamente transpuesta en todos los Estados miembros de la Unión Europea y tomada como modelo por países de otros continentes como Israel, Canadá, México o Argentina, por citar algunos. Dicha normativa sentó la base del reconocimiento de un nuevo derecho fundamental, reconocido por el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, «la Carta»), como el derecho a la protección de datos de carácter personal o, también conocido como «derecho a la privacidad». Sin embargo, este importante nivel de protección de los derechos de los ciudadanos no es compartido por los Estados Unidos, país cuna de Internet y sede de las empresas más importantes de la Red. Este hecho, unido al imperante modelo de negocio de los actuales buscadores y redes sociales en este entorno que basan sus ingresos multimillonarios en el tratamiento masivo de información personal con fines comerciales sin apenas restricciones, ha provocado que los datos de millones de europeos se hayan visto totalmente desprotegidos en estos servicios. Ello no sólo ha provocado el replanteamiento de la normativa de protección de datos europea, sino que miles de europeos hayan solicitado auxilio de las autoridades competentes y, en última instancia, de los tribunales.

4. El caso que ha dado origen a la sentencia de la Audiencia Nacional, ha sido el causante, como decíamos, de una de las sentencias más importantes de la historia

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE): nos referimos a la Sentencia TJUE, de 13 de mayo de 2014, pronunciada en el asunto C-131/12, entre *Google Spain, S. L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y un particular*. Esta sentencia es también conocida como la «Sentencia del Derecho al Olvido», por ser la primera en reconocerlo aunque, como veremos, no es la parte más importante de dicho texto sino aquélla en que se obliga a estas empresas extranjeras al cumplimiento inequívoco de la legislación europea en materia de protección de datos con relación a nuestros ciudadanos, como luego veremos.

5. Dicha sentencia del TJUE tiene su origen en una petición de decisión prejudicial presentada por parte de la Audiencia Nacional, en el caso de la sentencia ahora comentada, a raíz de una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que ordenaba a Google Inc. a adoptar las medidas oportunas para retirar los datos personales de un ciudadano particular del índice de su buscador e imposibilitar su acceso futuro, por previa solicitud del mismo. Dichos datos hacían referencia a una publicación antigua del diario de gran difusión *La Vanguardia* con un edicto relativo a un embargo y subasta de inmuebles en un asunto ya solucionado y extinguido hace años pero que, gracias a la labor indexadora del buscador de Google, se seguía mostrando de modo destacado al buscar el nombre del interesado, con grave perjuicio para su persona.

6. Tal como se explica en la aquí comentada Sentencia de la Audiencia Nacional, el particular ejerció su derecho de oposición tanto frente al periódico como frente a Google a fin de que sus datos fuesen eliminados tanto de la fuente original como de los resultados de búsqueda. Ante la negativa de dichos medios, el ciudadano acudió en amparo ante la Agencia Española de Protección de Datos la cual emitió resolución por la que, si bien niega tal derecho frente a la fuente original, sí lo estimó frente a Google, aludiendo al derecho al olvido e «instando a esta entidad para que adopte las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilite el acceso futuro a los mismos» (FD 1, letra G). Es este último, tanto con su sede matriz como con su delegación con personalidad propia en España, el que recurrió tal resolución ante la Audiencia Nacional originando el presente caso.

7. Ante las dudas planteadas y los argumentos esgrimidos por ambas partes en el litigio respecto a la aplicabilidad de la normativa comunitaria en el presente asunto, la Audiencia Nacional acordó elevar una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se abordan en la sentencia aquí analizada.

8. Como se detalla en los Antecedentes de hecho de la sentencia —concretamente en su punto séptimo—, dicha cuestión prejudicial de interpretación fue planteada mediante Auto de la Sala de 27 de febrero de 2012, al amparo del art. 267 del Tratado de la Unión Europea. Las cuestiones planteadas al TJUE versaron, en esencia, sobre lo siguiente:

- 1) Si la indexación de contenidos de Internet por un buscador equivale a «tratamiento» de datos personales según se define en la Directiva 95/46/CE.
- 2) En su caso, si el gestor del buscador sería el «responsable» de dicho tratamiento conforme a dicha norma.
- 3) Sobre el ámbito de aplicación territorial de la Directiva en el caso concreto.
- 4) Respecto al alcance de la responsabilidad del gestor de un motor de búsqueda sobre los datos personales indexados.
- 5) Definición del alcance los derechos del interesado reconocidos por la Directiva y, en particular, reconocimiento del «derecho al olvido» frente a otros intereses y a la libertad de información.

9. A continuación, veremos lo dispuesto en la Sentencia del TJUE respecto a cada una de estas transcen-
dentes cuestiones:

1) Respecto a la primera cuestión, se plantea si «el art. 2, letra b), de la Directiva 95/46 debe examinarse la actividad de un motor de búsqueda como proveedor de contenidos, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales» en el sentido de dicha disposición» (apdo. 21). En respuesta a esta pregunta, el Tribunal de Justicia no tiene dudas en asegurar que esta labor de indexación constituye, en efecto, un tratamiento de datos de carácter personal cuando los mismos están incluidos entre los contenidos capturados por los llamados «robots» o programas que rastrean Internet de manera automatizada, organizándolos y estructurándolos de forma activa e independiente de las fuentes originales. El alto Tribunal lo expone claramente del siguiente modo: «al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores y, en su caso, «comunica» y «facilita el acceso» a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el art. 2, letra b), de la Directiva 95/46, deben calificarse de «tratamiento» en el sentido de dicha disposición» (apdo. 28).

2) Con relación a la segunda cuestión aquí resumida, la Audiencia Nacional plantea «si la letra d) del mencionado art. 2 debe interpretarse en el sentido de que el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse “responsable” de dicho tratamiento de datos personales, en el sentido de esa disposición» (apdo. 21, *in fine*). A este respecto, el Tribunal de Justicia responde igualmente de modo afirmativo ya que, según dispone expresamente, «el gestor del motor de búsqueda es quien determina los fines y los medios de esta actividad y, así, del tratamiento de datos personales que efectúa él mismo en el marco de ésta y, por consiguiente, debe considerarse “responsable” de dicho tratamiento en virtud del mencionado art. 2, letra d)» (apdo. 33).

3) Especialmente interesante es la tercera cuestión aquí resumida, en la que se plantea si es posible aplicar la norma nacional que traspone la Directiva 95/46/CE en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal donde, recordemos, la actividad de gestión del buscador en sí es asumida por una empresa extracomunitaria, como Google Inc., dedicándose Google Spain únicamente a la promoción y venta de publicidad entre las empresas españolas. Cuestiona así la Audiencia Nacional «sobre el concepto de «establecimiento», en el sentido del art. 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46, y sobre el de «recurso a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro», en el sentido del mencionado art. 4, apartado 1, letra c)» (apdo. 44). ¿Debe aplicarse la legislación europea de protección de datos a un proveedor con sede principal y de tratamiento en Estados Unidos? Pues la respuesta histórica del alto tribunal ha venido a ser afirmativa y ha supuesto una verdadera revolución en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos en Internet. Según argumentó el Tribunal de Justicia, «la actividad de promoción y venta de espacios publicitarios, de la que Google Spain es responsable para España, constituye la parte esencial de la actividad comercial del grupo Google y puede considerarse que está estrechamente vinculada a Google Search» (apdo. 46 *in fine*). Asimismo, «el art. 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 no exige que el tratamiento de datos personales controvertido sea efectuado “por” el propio establecimiento en cuestión, sino que se realice “en el marco de las actividades” de éste» (apdo. 52) y, siguiendo este razona-

miento, «toda vez que dicha presentación de resultados (*de búsqueda*) está acompañada, en la misma página, de la presentación de publicidad vinculada a los términos de búsqueda, es obligado declarar que el tratamiento de datos personales controvertido se lleva a cabo en el marco de la actividad publicitaria y comercial del establecimiento» (apdo. 57). Este argumentario desmonta la principal defensa de Google Inc., respecto al tratamiento foráneo de los datos, de forma separada e independiente de la labor de sus filiales como Google Spain que, según afirmaban, no trataba dichos datos y, por tanto, no cabía aplicarle la normativa europea. Concluye, pues, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea «que el art. 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el sentido de dicha disposición, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro» (apdo. 60). Simplemente, demoledor y aplicable igualmente a la mayor parte de empresas de Internet extracomunitarias cuyo modelo de negocio de base, principalmente, en el tratamiento masivo de datos personales con finalidad publicitaria, como las llamadas redes sociales, con Facebook a la cabeza.

4) Respecto a la cuarta cuestión, se plantea en definitiva si «el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en sí misma en dichas páginas sea lícita» (apdo. 62). Respecto a esta cuestión, el alto tribunal no da una respuesta única aplicable a todos los casos, sino que estima que debe hacerse una ponderación concreta de todos los derechos, requisitos y libertades implicadas en cada asunto específico. Si bien, el interesado está en su derecho de solicitar al gestor del buscador la eliminación de sus datos en el mismo (derecho de cancelación u oposición), se atribuye a dicho gestor la potestad de valorar, en primera instancia, la conveniencia o no de dicha eliminación. Así, según se afirma en la sentencia, «en la medida en que la supresión de vínculos de la lista de resultados podría, en función de la información de que se trate, tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, es preciso buscar, en situaciones como las del litigio principal, un justo equilibrio, en particular entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta. Aunque, ciertamente, los derechos de esa persona protegidos por dichos artículos prevalecen igualmente, con carácter general, sobre el mencionado interés de los internautas, no obstante este equilibrio puede depender, en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública» (apdo. 81). Sin embargo, es claro el Tribunal de Justicia al disponer que «la autoridad de control o el órgano jurisdiccional pueden ordenar a dicho gestor eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, sin que una orden en dicho sentido presuponga que ese nombre o esa información sean, con la conformidad plena del editor o por orden de una de estas autoridades, elimi-

nados con carácter previo o simultáneamente de la página web en la que han sido publicados» (apdo. 82). En dichos casos, según se concluye, «el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona» (apdo. 88).

5) En lo referente a la última cuestión, respecto al alcance de los derechos del interesado, se plantean los límites fácticos del llamado «derecho al olvido» y, en concreto, «si los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que permiten al interesado exigir al gestor de un motor de búsqueda eliminar de la lista de resultados [...] debido a que estos datos e información pueden perjudicarle o que deseé que estos datos e información se «olviden» tras un determinado lapso de tiempo» (apdo. 89). Aquí el alto tribunal se remite nuevamente a la necesaria ponderación de derechos, requisitos y libertades aludidos en la anterior cuestión y afirma, para el caso concreto, que cuando dicha información personal «es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda, la información y los vínculos de dicha lista de que se trate deben eliminarse» (apdo. 94). En referencia a los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta, el Tribunal de Justicia concluye que «estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate» (apdo. 97). Por tanto y aunque el alto tribunal reconoce sin paliativos el carácter efectivo y fundamental del llamado «derecho al olvido» en Internet, su prevalencia dependerá del análisis y la ponderación de derechos y circunstancias en cada caso concreto. Este análisis debe realizarse, en primer término, por el responsable del tratamiento, con el control ulterior de las autoridades de protección de datos y, en última instancia, de los tribunales competentes.

10. Cabe decir que, adicionalmente, las partes presentaron una serie de alegaciones frente a lo dispuesto en la Sentencia del TJUE tal y como se recoge en la aquí comentada Sentencia de la Audiencia Nacional, pero las presentadas por Google y su filial fueron totalmente desestimadas no sin antes ser analizadas de una manera detenida e interesante por el alto tribunal (FD 6 a 10). Por ejemplo, ante la alegada falta de legitimidad pasiva de la filial de Google, la sentencia afirma sin paliativos que «consideramos que Google Spain, S. L., también es responsable del tratamiento de datos, constituyendo ésta y Google Inc. una unidad material, además de reunir la características de un establecimiento de los referidos en el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE, en el que participa en el tratamiento de datos» (FD 9).

11. Destacamos igualmente el interesante análisis que realiza la Audiencia Nacional definiendo y distinguiendo claramente todos los derechos fundamentales implicados en el presente asunto, con base detallada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y determinando una clara sumisión de los derechos de empresa a los mismos. Así, «la libertad de empresa cederá tanto ante el derecho a la intimidad como ante la protección de datos del denunciante y solicitante de la cancelación de los datos» (FD 11, *in fine*).

12. Alude igualmente la sentencia a la necesaria ponderación entre los propios derechos fundamentales implicados. En concreto, si bien reconoce el derecho funda-

mental a la protección de datos como un derecho autónomo de la intimidad y más amplio que aquél al «garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos del afectado» incluso sobre «aquellos datos personales públicos que, por el hecho de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos»; el mismo encuentra su límite con la libertad de expresión en información cuando «se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, como ocurre cuando afectan a personas públicas, que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general» (FD 12).

13. Es por ello que también se deben de aplicar los criterios de ponderación aludidos por la referida sentencia del TJUE y aquí recordados nuevamente por la propia Audiencia Nacional en la sentencia comentada. Así, «la tutela del derecho de oposición del reclamante exigirá la adecuada ponderación de los derechos e intereses en conflicto con el fin de establecer si el derecho a la protección de datos debe prevalecer sobre otros derechos e intereses legítimos [...] ya sea por la naturaleza de la información y su carácter sensible para la vida privada del afectado, por la no necesidad de los datos en relación con los fines para los que se recogieron o por el tiempo transcurrido, entre otras razones» (FD 13).

14. Si bien, este derecho sí fue reconocido con total plenitud en el presente caso, ante la ausencia de notoriedad pública del interesado, ante el tiempo transcurrido y estimándose satisfecha la libertad de información por el mero hecho de conservarse la fuente intacta. Así, la Audiencia Nacional estimó en el presente asunto que el interesado «tiene derecho a que la información sobre a una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social ya no esté vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de sus datos personales» (FD 14), debiendo Google «adoptar las medidas necesarias para retirar o eliminar de la lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre del reclamante, los vínculos a las páginas web objeto de reclamación» (FD 15 *in fine*) con aplicación análoga para otros cientos de casos similares planteados igualmente en nuestros tribunales. Un hito histórico, sin duda, para el reconocimiento del derecho a la privacidad de nuestros ciudadanos en Internet.

Víctor SALGADO SEGUÍN
Abogado especializado en Derecho TIC
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.03>

3.3. Las libertades de expresión e información y el derecho al honor

LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.—Derecho al honor.—Delito de injurias graves con publicidad.—Juzgador.—Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1.^a) 65/2015, de 13 de abril de 2015.
Ponente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuela. Votos particulares: Andrés Ollero Tasara y Juan Antonio Xiol Ríos.

1. El pasado 13 de abril de 2015, la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional (TC) ha desestimado los recursos de amparo solicitados por dos portavoces de la Asociación Plataforma Aguilar Natural (Teruel) contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Teruel, de 10 de julio de 2012, mediante la cual se les había condenado como autores de un delito de injurias graves con publicidad, y también contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 29 de enero de 2013, que confirmó el fallo anterior.

2. El origen del delito de injurias graves hechas con publicidad, incriminado en los arts. 208, 209, 211 y ss. del CP, se encuentra en una carta abierta remitida al director del *Diario de Teruel*, con fecha del 11 de marzo de 2010, en la que los solicitantes de amparo se dirigían a la magistrada-juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Teruel a la que consideraban que había demostrado parcialidad y falta de competencia en el pleito entre una empresa y el Ayuntamiento de Aguilar de Alfambra (Teruel) en relación con un proyecto de extracción de minerales en el territorio de este ayuntamiento.

3. La magistrada-juez afectada remitió dicha carta al Ministerio Fiscal al considerar que había sido víctima de sendos delitos de calumnia e injuria, y solicitó que la Fiscalía procediese de oficio a tenor de las disposiciones del art. 215 del CP. Acto seguido, el Ministerio Fiscal formuló acusación penal contra los demandantes de amparo a los que se les imputaba un delito de injurias graves con publicidad, abriendo un procedimiento abreviado. En la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Teruel, de 10 de julio de 2012, se condenó a los dos portavoces de la Asociación Plataforma Aguilar Natural por un delito de injurias graves hechas con publicidad al estimarse que había sido lesionado el derecho al honor, previsto por el art. 18.1 de la CE, de la magistrada-juez. La condena consistía en el pago de una multa de ocho euros diarios durante diez meses, así como de una indemnización a la víctima de 3.000 euros por los daños morales sufridos. Contra esta sentencia, los dos condenados interpusieron un recurso de apelación que, finalmente, fue desestimado mediante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 29 de enero de 2013, y, por tanto, la sentencia impugnada fue confirmada.

4. El interés jurídico de esta sentencia del TC consiste en el hecho de que este órgano judicial vuelve en esta resolución sobre su jurisprudencia general en relación con dos categorías de derechos fundamentales, que son colindantes en su definición constitucional y que a menudo entran en conflicto: por un lado, el derecho al honor previsto en el art. 18.1 de la CE, y por otro lado, las libertades de expresión y de información estipuladas en los apartados 1.a) y d) y 4 del art. 20 de la CE (para un estudio detallado de estas disposiciones de la CE, véase PADILLA RUIZ, P., «El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 4, pp. 2-23). En efecto, el TC ha considerado que los presentes recursos de amparo presentaban una especial trascendencia constitucional, y que su jurisprudencia desarrollada hasta entonces en estos ámbitos necesitaba ser perfilada y, en su caso, adecuarse a las peculiaridades presentadas por los supuestos planteados en estos dos recursos (FJ 1).

5. Los dos solicitantes de amparo alegaron que las dos sentencias impugnadas les habían violado sus libertades de expresión y de información. En relación con ello, cabe señalar que se ha de distinguir entre, por un lado, el derecho de una persona a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante un medio de reproducción (por ejemplo, la palabra o el escrito), y, por otro lado, la libre comunicación de información veraz por cualquier medio de difusión. El TC ha considerado

que la carta remitida al director del *Diario de Teruel* en marzo de 2010 no describía o resumía el pleito, sino que fijaba la posición y valoraba dicha resolución judicial en opinión de la asociación que representaban. De ahí que incluía esta actuación de los solicitantes de amparo en el ámbito de la libertad de expresión (FJ 2).

6. Como es conocido, la libertad de expresión de la que es beneficiaria toda persona (art. 10.1 del CEDH) conoce determinados límites fijados o fundamentados en la CE, e implica deberes y responsabilidades. Tal y como lo afirma el TEDH en sus Sentencias, entre otras, de 1 de marzo de 2007, caso *Pedersen et Baadsgaard* y caso *Tønsbergs Blad A.S. et Haukom c. Norvège*, y de 24 de febrero de 2015, caso *Haldimann y otros c. Suiza*, el respeto al honor ajeno se encuentra entre los límites de la libertad de expresión, y los periodistas, a pesar de su papel esencial en una sociedad democrática, tienen el deber de respetar las leyes penales de Derecho común.

7. En relación con ello, hay que señalar que es doctrina consolidada del TC que la libertad de expresión no puede amparar «las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que [...] sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate» (STC 216/2013, FJ 5). Además, los titulares de los órganos judiciales, a diferencia de otras autoridades públicas, respecto del ejercicio de su función, se encuentran en una situación singular pues pueden sufrir un daño a su honor personal, además de que la confianza de todas las personas en la justicia pueda verse afectada (STC 65/2015, FJ 3).

8. Este posicionamiento del TC, respecto de la necesidad de los jueces de disponer de una protección superior a la de los otros cargos públicos frente al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ha sido criticado por dos magistrados de este asunto en sus sendos votos particulares. Así, el Magistrado Andrés Ollero Tassara considera que ello representa un canon novedoso de constitucionalidad adicional, «que convertiría a los jueces y magistrados en peculiares ciudadanos que, lejos de gozar de menor protección (como miembros de un poder público), contarían con un amparo más exhaustivo». Canon que, de hecho, es contrario a la doctrina del propio TC sobre la legitimidad de la crítica a las resoluciones judiciales (punto 2). Por su parte, el Magistrado Juan Antonio Xirol Ríos aprecia que la labor de los jueces «es una manifestación más del ejercicio de un poder del Estado y, como tal, está sometida a crítica y escrutinio por parte de la ciudadanía». Para apoyar su afirmación, este magistrado recuerda la STEDH de 21 de octubre de 2014, caso *Murat Mural c. Turquía*, en la que este Tribunal encontró que el poder judicial debía «soportar la crítica con un idéntico nivel de tolerancia incluyendo las críticas ofensivas, lacerantes o perturbadoras». Además, según las SSTEDH de 1 de junio de 2010, caso *Gutiérrez Suárez c. España*, y de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragon c. España*, estas críticas podrían «incluir una determinada dosis de exageración o incluso de provocación» (punto 3.i).

9. Si bien es verdad que el TEDH ha afirmado reiteradamente el importante papel de la prensa escrita y de las asociaciones ciudadanas [entre otras: Sentencia de 22 de abril de 2013, caso *Animal Defenders International c. Reino Unido*; Sentencia de 29 de noviembre de 2013, caso *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung c. Austria*; Sentencia de 17 de febrero de 2015, caso *Guseva c. Bulgaria*; STC 65/2015, FJ 4.a)], y que la actividad de los órganos judiciales puede ser objeto de crítica pública por parte de los ciudadanos [Sentencias de 26 de abril de 1995, caso *Prager and Oberschlick c. Austria*, y de 18 de septiembre de 2012, caso *Falter Zeitschriften GmbH c. Austria*; STC 65/2015, FJ 4.b)], la libertad de expresión respecto de las resoluciones judiciales es limitada y sujeta a determinadas condiciones. Se trata de una cuestión delicada puesto que «las críticas desmedidas y carentes de todo fundamento

pueden llegar a afectar» no solamente a la honorabilidad profesional de un juez, sino, también, «a la confianza misma en la justicia [...] que es uno de los pilares existenciales del Estado de Derecho» [STC 65/2015, FJ 4.c)]. En relación con los recursos de amparo interpuestos en esta ocasión, el TC ha encontrado que la libertad de expresión de los recurrentes no les habilitaba formular, sin apoyarse en argumentos pertinentes y bien fundamentados, las acusaciones de parcialidad o falta de probidad del juzgador en el caso planteado (STC 65/2015, FJ 5).

10. Como es conocido, la imparcialidad judicial del juzgador se presume siempre, es un elemento estructural de todo proceso y, por tanto, se integra en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías previsto en el art. 24.2 de la CE. Negar su existencia en público supondría un grave menosprecio del honor profesional del juzgador. Y, cuando se ponga en entredicho en público la imparcialidad judicial, se deben aportar datos o argumentos aptos para justificar tales acusaciones. Lo que no es el caso, según el TC, en los recursos de amparo interpuestos pues la carta remitida en su momento por los demandantes de amparo no había contribuido, por ejemplo, a formar una opinión pública sobre las cuestiones planteadas (FJ 5).

11. Finalmente, el TC ha desestimado los dos recursos de amparo objeto de atención en este comentario, y, por tanto, este órgano judicial ha decidido prevalecer el derecho al honor de un representante del poder judicial sobre la libertad de expresión de los ciudadanos.

12. En definitiva, consideramos que estamos ante un fallo que sienta doctrina, y que será seguido por los órganos judiciales españoles en los próximos años a la hora de pronunciarse sobre el posible conflicto entre la libertad de expresión de los ciudadanos, por un lado, y el derecho al honor de los jueces en el ejercicio de sus funciones, por otro lado.

Gabriela A. OANTA

Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.04>

3.4. Responsabilidad patrimonial del Estado

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.—Doble instancia penal.—Consideración del Dictamen del Comité de Derechos Humanos.—Art. 24 de la CE y art. 14.5 del PIDCP.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2015, Sala de lo Contencioso, Sección 4.^a (ROJ STS 507/2015). Ponente: María del Pilar Teso Gamella.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079130042015100048.

1. Mediante Sentencia de 31 de marzo de 2000, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional absuelve al recurrente de un delito de apropiación indebida por entender que había prescrito. Dos años después, el 29 de julio de 2002, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo aprecia una interpretación normativa incorrecta de la sala de instancia y, sin revisar los hechos de la mencionada sentencia, condena al recurrente como responsable de un delito de apropiación indebida a una pena de cuatro años de prisión menor, más la accesoria de suspensión para todo cargo público durante el tiempo de la condena y la indemnización al Banco Español de Crédito de la suma de 1.344 millones de pesetas.

2. El condenado recurre en amparo ante el TC fundamentalmente sobre la base de dos motivos. En primer lugar, alega que la sentencia impugnada ha interpretado que el criterio para determinar el momento en el que se interrumpe la prescripción consiste en la interposición de una querella contra una persona jurídica. Que ello tenga efectos directos contra el recurrente contradice, según éste, el principio de legalidad en materia procesal penal. En segundo lugar, y más importante a efectos de este comentario, el interesado invoca su derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que al haber sido condenado en segunda instancia, tras la absolución previa, se vio privado del derecho a recurrir contra la única sentencia condenatoria. Dicho en otras palabras, invoca el derecho a la doble instancia penal recogido en el art. 14.5 del PIDCP que dispone que «toda persona declarada culpable de un delito tiene el derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo previsto en la ley». El TC inadmite el recurso de amparo bajo el argumento de que «la condena fue pronunciada en segunda instancia tras una absolución anterior», además de que la pena «había sido impuesta por la más alta instancia judicial» (FJ 1 del ATC 127/2004, de 19 de abril de 2004).

3. El TC ya había señalado, entre otras, en la STC 64/2001, de 17 de marzo (FJ 5), que «el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un tribunal superior, si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, integra el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE». Incluso había admitido que, «en la concreción del contenido del derecho constitucional al doble grado de jurisdicción, le ha correspondido un importante papel al PIDCP, en atención al mandato del art. 10.2 CE».

4. Dicho esto, el TC hizo dos precisiones sobre el reconocimiento de tal derecho en el Derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, en relación con el referido Pacto Internacional, indicó que las reservas formuladas por otros Estados a la aplicación del art. 14.5 no fueron objetadas por otros Estados contratantes ni cuestionadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. La segunda precisión se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales hecho en Roma en 1950: pese a que su art. 6 no enuncia expresamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sí lo reconoce en el Protocolo núm. 7 a este Convenio del que España es parte, pero estableciendo una excepción significativa en su art. 2.2, que permite que las legislaciones de los Estados contratantes lo excluyan, entre otros supuestos, «cuando el interesado haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución».

5. A lo largo de este íter procedimental, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas establecido por el Protocolo adicional del PIDCP considera que España viola el art. 14.5 del Pacto referido, dado que no respeta el derecho a que la condena, impuesta por vez primera por el Tribunal Supremo en apelación, sea revisada por un tribunal superior. Añade que España no introdujo reserva alguna al art. 14.5 del Pacto para excluir su aplicación a los casos de condenas impuestas por primera vez por un tribunal en apelación tras una absolución en primera instancia. Además, invoca las decisiones precedentes del mismo Comité en las Comunicaciones 986/2001 y 1007/2001 en las que éste estima que la revisión del Tribunal Supremo no había sido íntegra y se había producido una vulneración del art. 14.5 del Pacto, y que el recurrente gozaba del derecho a la revisión del fallo y la pena por un tribunal superior (Dictamen de 25 de julio de 2007).

6. No obstante, la Sala 2.^a del TS, mediante Auto de 14 de diciembre de 2007 y, posteriormente, por Auto de 28 de enero de 2008, deniega la revisión de la condena

y la nulidad de la sentencia condenatoria pretendida por el recurrente. Ante ello, el interesado, sin acusar aún fatiga procesal, presenta su solicitud de indemnización, entre otros motivos, por responsabilidad del Estado legislador, que resulta inadmitida por el Ministerio de Justicia, mediante resolución del secretario de Estado de 21 de noviembre de 2008. Los recursos posteriores ante la Audiencia Nacional y el Consejo de Ministros también son inadmitidos (Sentencia de 30 de enero de 2012, recurso de casación núm. 5352/2010 y Resolución de 22 de noviembre de 2013 respectivamente).

7. El recurso contencioso administrativo que da lugar a la Sentencia del TS comentada, de 6 de febrero de 2015, se interpuso contra la denegación del Consejo de Ministros de la reclamación de indemnización solicitada. Dicha reclamación apelaba a la responsabilidad del Estado por haber incumplido el deber de desarrollo normativo sobre la doble instancia penal, lo que causó daños y perjuicios al recurrente. El TS estima que no resulta posible construir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador sobre una omisión legislativa, pues no aprecia lesión alguna de las normas convencionales ni consuetudinarias en materia de derechos humanos.

8. En el plano del Derecho internacional, se suscita un doble problema: en primer orden, el del valor concedido por los tribunales nacionales a los dictámenes del Comité de Derechos Humanos; y en segundo orden, el de la doble instancia y el notorio y sistemático incumplimiento por los tribunales españoles del art. 14.5 del PIDCP, que consagra el derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior, y del art. 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, que reconoce el derecho a un recurso judicial efectivo.

9. El objeto central del presente comentario es ahondar en el alcance que los tribunales nacionales implicados en el caso conceden al dictamen del Comité de Derechos Humanos que condena a España. En este orden de cosas, tanto la Sala de lo Contencioso del TS como el abogado del Estado se encargan de desvirtuar la fuerza vinculante del Dictamen. Manifiestan rotundamente que «los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no tienen carácter vinculante, pues el PIDCP, cuando regula, en los artículos 28 y siguientes, al citado Comité, especialmente en los arts. 41 y 42, no diseña un órgano jurisdiccional, con facultades de carácter jurisdiccional, es decir, para determinar el Derecho de forma definitiva en caso de conflicto e imponerse frente a todos» (FFJJ 1 y 8).

10. A la vista de todo lo anterior, cabe recordar que el PIDCP identifica un conjunto de derechos civiles y políticos que los Estados se comprometen a respetar y proteger. Con tal fin, el PIDCP establece un Comité al que le asignan una serie de competencias: la de examinar los informes periódicos sometidos por los Estados; la de conocer de las demandas interestatales que se le presenten; y en el caso de España, como de otros 115 Estados que en el momento actual han ratificado el Protocolo Primero, opcional, también se atribuyen al Comité las funciones de recibir y valorar las comunicaciones individuales presentadas por los individuos que consideran que sus derechos han sido vulnerados.

11. El problema es que los órganos de los tratados de derechos humanos no emiten sentencias declarativas sobre la violación de los derechos. A esto se añade que el Pacto no alude al coste que para el Estado tendría el no cumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado. Es decir, la responsabilidad de asegurar el cumplimiento del Pacto por parte de los Estados se infiere de un lenguaje laxo a lo largo del texto, que compromete a los Estados más a presentar informes sobre «el progreso hacia» el cumplimiento de los derechos que sobre «el progreso real».

12. Ahora bien, entre otros, Scheinin aduce que la ausencia de previsiones específicas sobre la naturaleza jurídica vinculante de las Conclusiones Generales o de los dictámenes de los Comités no significa que sean meras «recomendaciones». Las propias provisiones de los tratados son jurídicamente vinculantes, y el órgano establecido por el tratado es precisamente un intérprete autorizado del mismo [SCHEININ, M., «International Mechanisms and Procedures for Implementation», en HANSKI, R. y SUKSI, M. (eds.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Instituto de Derechos Humanos, 1997].

13. El Comité de Derechos Humanos, como los demás órganos de los tratados, supervisa la aplicación de un convenio vinculante ratificado sobre la base del consentimiento libre del Estado a sabiendas de que asumen obligaciones jurídicas a través del proceso de ratificación. Si no fuera así, la ratificación sería un «gesto vacío», sin correlación entre la manifestación del consentimiento y resultados específicos en materia de protección y tutela de los derechos recogidos en el PIDPC.

14. Sin perjuicio de lo previsto en el art. 10.2 de la CE, la interpretación de los tratados de derechos humanos en tanto que tratados internacionales debería abordarse desde una perspectiva jurídica formal, como sucede con los tratados internacionales en general, en la que se tuviera en consideración el art. 31.3 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone que juntamente con el contexto se habrá de tener presente «toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado». En esta línea, la práctica seguida por el Comité de Derechos Humanos es la que brinda las pautas de una interpretación acorde a derecho.

15. En este orden de cosas, la aprobación en España de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, dejó pasar la oportunidad de haber introducido, en su art. 35 sobre las reglas de interpretación, una referencia a los dictámenes de los órganos de los tratados de derechos humanos.

16. Es preciso tener en cuenta también el carácter generalista de los tratados de derechos humanos, que es el resultado de la búsqueda de consensos que permitan la amplia participación estatal, de ahí que la interpretación de las previsiones de los tratados de derechos humanos resulte compleja, puesto que éstos tienden a ser abiertos y generales en cuanto a su alcance. Por estas razones, la labor de los órganos de los tratados se hace determinante a la hora de precisar su contenido real.

17. En conclusión, la sentencia analizada no sólo es relevante y sorprendente porque sostiene completamente la doctrina constitucional previa sobre el carácter no vinculante de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos, sino que también lo es porque no acepta, bajo ningún punto de vista, que de acuerdo con reiterados dictámenes del Comité con relación a España (son ya más de 15 emitidos desde el año 2000), la segunda instancia penal exige una revisión íntegra del fallo y la condena para que sea conforme con la expresión del art. 14.5 del PIDCP que describe «el sometimiento a un tribunal superior». También la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015 (Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril) fue una oportunidad perdida para instaurar plenamente la doble instancia, corregir la inadecuación y ajustarnos al Derecho internacional convencional, que al fin y al cabo tiene rango de Derecho infraconstitucional y supralegal a la vez.

18. Los dos problemas planteados, el de la naturaleza de los dictámenes de los órganos de los tratados de derechos humanos y el de la doble instancia penal, muy probablemente se plantearán una y otra vez en el ámbito de nuestro ordenamiento.

Sería deseable que los órganos nacionales profundizasen en el conocimiento y recepción de las decisiones de ciertos órganos internacionales, sobre todo cuando éstos los interpelan de manera tan reiterada.

Joana ABRISKETA

Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.05>

3.5. «Devoluciones en caliente»: sobreseimiento del proceso iniciado contra el coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla

«DEVOLUCIONES EN CALIENTE» en la frontera hispano-marroquí.—Concepto de frontera.—Legislación de extranjería.—Delito de prevaricación administrativa.—Art. 404 del Código Penal.

Auto de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7.^a de Melilla), de 7 de abril de 2015 (ROJ: AAP ML 1/2015). Ponente: Miguel Ángel García Gutiérrez.

ReferenciaCentro de Documentación Judicial(Id. Cendoj)52001370072015200001.

1. Las «devoluciones en caliente» practicadas por las autoridades españolas en la frontera hispano-marroquí de las ciudades de Ceuta y Melilla y el concepto operativo de frontera defendido por el Gobierno español a estos efectos han seguido presentes en la práctica judicial de este primer semestre del año 2015, como pone de manifiesto el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, de 7 de abril, objeto de nuestro comentario en las páginas siguientes. En la Crónica anterior, dedicamos nuestra atención al Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014 (ROJ: AJPII 14/2014), por el que se procedía a la imputación del coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, Ambrosio Martín Villaseñor, por un supuesto delito de prevaricación, al haber sido la persona que dictó la Orden de Servicio 6/2014 en la que se define el concepto operativo de frontera claramente contrario a la legalidad interna e internacional y por estar al mando del dispositivo que procedió a la ejecución de los rechazos en la frontera, en concreto, los días 18 de junio y 13 de agosto de 2014, de ciudadanos extranjeros sin seguir procedimiento alguno ni observar las garantías aplicables (GARCÍA ANDRADE, P., «Devoluciones en caliente de ciudadanos extranjeros a Marruecos», OANTA, G. A., *Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público*, REDI, vol. 67, 2015, núm. 1, pp. 214-220). El mencionado Auto del JPII de Melilla destacaba por su cuidada fundamentación en el Derecho internacional aplicable, característica que contrasta con la argumentación contenida en el auto que nos proponemos analizar a continuación.

2. El Auto de la AP de Málaga (Sección 7.^a de Melilla), de 7 de abril de 2015, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado en defensa de Ambrosio Martín contra el Auto del JPII de Melilla de 17 de noviembre de 2014, que había desestimado la petición de sobreseimiento provisional del procedimiento en el que se dictó el Auto de imputación de 11 de septiembre, ya comentado. La motivación del recurso se basa en la no concurrencia de los elementos del delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal en la conducta del coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, lo cual es admitido por la AP de Málaga estimando así el recurso planteado.

3. Asumiendo que la mera ilegalidad o contradicción con el Derecho de las órdenes dictadas por Ambrosio Martín por las que se ejecutaron las «devoluciones en

caliente» no bastan para caracterizar el delito de prevaricación, el auto se extiende en determinar si tales órdenes suponen o no un ataque arbitrario, consciente y grave a los intereses protegidos por las normas infringidas. De este modo, la AP valora la conformidad de las «devoluciones en caliente» y el concepto operativo de frontera, por el que será la valla interna del dispositivo fronterizo la que materializa la línea de delimitación del territorio nacional a efectos de extranjería, con el ordenamiento interno e internacional, de un modo un tanto superficial y, en algunos puntos, incongruente.

4. Del pronunciamiento del JPPI de Melilla, de 11 de septiembre de 2014, se infiere que la práctica de las «devoluciones en caliente», por las que se rechaza a los inmigrantes que cruzan la valla fronteriza hispano-marroquí entregándolos a las autoridades marroquíes sin seguir ningún tipo de procedimiento ni respetar las garantías pertinentes, resulta contraria a los tratados de delimitación fronteriza entre España y Marruecos y al Acuerdo de readmisión de 1992 entre ambos países, además de vulnerar la legislación española de extranjería, diversas obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos asumidas por España y normas de Derecho de la UE adoptadas en el seno de la política europea de inmigración y asilo (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/>). El Auto de la AP de Málaga asume, en efecto, que la devolución o rechazo de los inmigrantes se ejecuta con omisión de las garantías previstas para la figura de la devolución en la Ley Orgánica 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 particular, en su art. 26.2, negándoles el derecho a una resolución motivada y a un recurso efectivo contra la misma, el derecho de asistencia letrada y a un intérprete, conculcando igualmente el ejercicio del derecho a solicitar asilo y la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. Sin embargo, entiende la AP que diversos factores difuminan la arbitrariedad de las órdenes que prevén la ejecución de estas devoluciones sumarias, excluyéndolas, por tanto, de la esfera penal.

5. En efecto, el auto considera que el ejercicio de un control efectivo por parte de las autoridades españolas sobre los inmigrantes en la zona intermedia entre las vallas externa e interna de la frontera determina forzosamente la aplicación del ordenamiento jurídico español y afirma que el rechazo de los inmigrantes sin observar las garantías previstas por nuestra legislación constituye una «decisión contraria a Derecho» [en particular, las «devoluciones en caliente» no sólo vulneran la LOEx, sino también las obligaciones internacionales asumidas por España en virtud de los arts. 3 y 13 del CEDH, art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH relativo a las expulsiones colectivas, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como diversos preceptos de la CDFUE. Asimismo, esta práctica resulta contraria a varias normas de Derecho derivado de la UE como el Reglamento núm. 562/2006 por el que se establece el Código de Fronteras Schengen, la Directiva 2008/115 en materia de retorno de nacionales de terceros países en situación irregular, o la Directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional (véase nuestro comentario publicado en la Crónica anterior, citado *supra*)].

6. A pesar de ello, en el auto, se indica a continuación que la valla y el concepto operativo de frontera que la sustenta «crean una situación no prevista por la legislación nacional e internacional en materia de extranjería», un concepto «criticado, pero no prohibido». En este punto comienzan las incoherencias, pues una misma realidad no puede contradecir el ordenamiento jurídico y, simultáneamente, no estar prohibida por el mismo por obedecer a una falta de previsión o regulación. Más adelante, el

auto volverá a contradecirse, al afirmar que la definición de frontera, defendida por el Gobierno, no está prohibida, no es arbitraria en sí misma y se adecúa a la finalidad de control fronterizo al que está destinada la valla, aunque restrinja los derechos de los inmigrantes. Si bien —continúa el auto— la opción por este concepto de frontera que excluye la aplicación de la legislación de extranjería cuando sólo se traspase la valla externa de la misma y no la interna no resulta aceptable, la contrariedad con el Derecho no constituye una grosera infracción intencional del ordenamiento jurídico. Se añade además en el auto que España no es el único país que ha optado por la construcción de vallas como alternativa de control de fronteras, sino que Estados miembros como Bulgaria y Grecia —que cuentan en su haber con un notorio registro de vulneraciones de derechos humanos de los inmigrantes— también han tomado esta opción (en relación con las vallas construidas respectivamente por ambos países en sus fronteras con Turquía, véase, por ejemplo, PAULAUSKAS, S., «Bulgaria: otra valla contra la inmigración», *CaféBabel*, 10 de diciembre de 2013, <http://www.cafebabel.es/sociedad/articulo/bulgaria-otra-valla-contra-la-inmigracion.html>).

7. La argumentación desarrollada posteriormente abunda en la idea de que la regulación de la entrada y estancia de extranjeros constituye una competencia exclusiva del Estado inherente a su soberanía territorial, si bien el Derecho internacional impone límites en la materia vinculados a la protección de los derechos humanos. Cita a estos efectos instrumentos internacionales como la Convención de Ginebra de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados, el Protocolo de Nueva York de 1967, pero, junto al CEDH, se refiere el auto también a tratados de extradición, de tránsito, de readmisión y de asilo, «en particular el Convenio de Dublín (Convenio de 1990)». Esta última mención resulta especialmente sorprendente, no sólo porque el citado Convenio haya sido reemplazado en las relaciones entre los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca, por el Reglamento del Consejo núm. 343/2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, ahora sustituido por el Reglamento núm. 604/2013 (el Convenio de Dublín dejó de ser aplicable desde el 1 de abril de 2006, fecha de entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca por el que se extiende a Dinamarca lo dispuesto en el Reglamento 343/2003, *DO L* 66, de 8 de marzo de 2006, p. 37), sino además porque no es precisamente una norma cuya aplicación práctica permita, en la actualidad, reforzar la protección de los derechos de los solicitantes de asilo [véanse, entre otros, EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), «Dublin II Regulation: Lives on Hold», febrero 2013, disponible en <http://www.ecre.org/component/content/article/56-ecreactions/317-dublin-ii-%20regulation-lives-on-hold>, los conocidos pronunciamientos de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo en los casos *M. S. S. c. Bélgica y Grecia* (núm. 30696/09, de 21 de enero de 2011) y *N. S., M. E. y otros* (C-411/10 y C-493/10, de 21 de diciembre de 2011), respectivamente, así como jurisprudencia más reciente de estos Tribunales en relación con la aplicación de las reglas de Dublín].

8. Entiende el auto analizado que las resoluciones atribuibles al coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil se enmarcan en la política europea de inmigración que describe en su argumentación [cita, por ejemplo, de modo extenso las «Conclusiones del Consejo sobre 29 medidas destinadas al refuerzo de la protección de las fronteras exteriores y a la lucha contra la inmigración ilegal», adoptadas por el Consejo JAI en su sesión de 25-26 de febrero de 2010 (doc. núm. 6975/10, de 1 de marzo)] y en la política española desplegada durante años en la frontera sur de Ceuta y Melilla. Ambas buscan —señala el auto— el equilibrio entre el derecho a rechazar a ciudadanos

de terceros países que no cumplan los requisitos de entrada y el cumplimiento de las obligaciones de asilo, refiriéndose en numerosas ocasiones al «Derecho humanitario» y no al Derecho internacional de los derechos humanos como fuente de las mismas.

9. Destaca también el auto que la infracción de la legislación nacional que las «devoluciones en caliente» pueden suponer generaría responsabilidad, «pero ésta se sitúa en el ámbito internacional y podría originar, en su caso, la responsabilidad del Estado ante los organismos internacionales competentes». Este razonamiento evidencia que el propósito del esfuerzo argumentativo de la AP no es tanto enjuiciar la conformidad de la práctica seguida por las autoridades españolas respecto de las obligaciones internacionales asumidas por España, sino determinar la posible responsabilidad penal individual del coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla por haber dictado resoluciones arbitrarias en las que pudiera concurrir un especial desprecio por la legalidad. Ello no es óbice, sin embargo, a que la argumentación seguida en el auto que comentamos sea criticable desde la perspectiva del Derecho internacional, como venimos mostrando.

10. En este sentido, resulta sorprendente también que el auto intente ponderar la gravedad de la injusticia de las resoluciones controvertidas con el propósito de entrada ilegal violenta de los inmigrantes y la buena disposición de las autoridades españolas para tramitar las solicitudes de entrada y de asilo en los puestos fronterizos habilitados para ello y próximos a los lugares donde se producen las entradas ilegales, lo que «pone de manifiesto la menor entidad de la contravención del derecho humanitario derivado del rechazo en línea fronteriza sin observancia de las garantías exigidas». En consecuencia, se desprende del pronunciamiento de la AP que la conducta de los ciudadanos extranjeros y el cumplimiento de las obligaciones internas e internacionales por parte de las autoridades españolas en otros supuestos podrían justificar el no respeto de dichas obligaciones en situaciones distintas.

11. Para terminar, el auto finaliza su argumentación indicando que la tramitación de la reforma de la LOEx a través de la enmienda contenida en la Ley de Seguridad Ciudadana dota de cobertura legal a las decisiones relacionadas con las «devoluciones en caliente» e imputadas a título de prevaricación, lo que, según la AP, manifiesta que dichas decisiones podían acomodarse a cánones interpretativos admisibles, aunque, en nuestra opinión, su introducción en la legislación de extranjería demuestre más bien que no cabía un acomodo interpretativo en el seno de la misma. En efecto, tras una controvertida tramitación, el pasado 30 de marzo fue aprobada la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana, por la que se incluye, a través de su DF 1.^a, una modificación a la LOEx en forma de Disposición adicional décima relativa a un «régimen especial de Ceuta y Melilla» (BOE núm. 77, de 3 de marzo de 2015. Mientras la LO 4/2015 entraba en vigor el 1 de julio de 2015, la disposición final primera sería efectiva desde el 1 de abril). En ella, se indica que «los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España». De este modo, la reforma introduce una nueva figura, el «rechazo en frontera», que parece consistir en obligar al extranjero a retroceder, impidiéndole entrar en territorio nacional. La enmienda a la LOEx no aclara, sin embargo, qué ha de entenderse por línea fronteriza, ni tampoco prevé garantía jurídica alguna a respetar en tales supuestos. La redacción final de la mencionada enmienda, además de suprimir los términos «intenten superar, *en grupo*» que resultaban frontalmente contrarios a la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros,

específica —como recuerda el auto comentado— que «en todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte». Esta condición sería inoperante, teniendo en cuenta que las «devoluciones en caliente» o ahora denominadas rechazos en frontera no son respetuosas con las obligaciones internacionales asumidas por España. Si, por el contrario, la inclusión de esta salvedad en la reforma supone que tales rechazos respetarán los compromisos internacionales en materia de protección de derechos humanos, entonces la práctica de las «devoluciones en caliente», por las que se imputaba a título de prevaricación en este proceso, no obtiene cobertura legal en la LOEx. Las autoridades competentes tendrán que arbitrar, por tanto, mecanismos que permitan que los rechazos en frontera aseguren el ejercicio del derecho a solicitar protección internacional, el derecho a asistencia letrada e intérprete, el derecho a recurrir la decisión adoptada y otras garantías exigibles en virtud de las obligaciones internacionales de España, o lo que es lo mismo, las autoridades competentes tendrán que aplicar la figura de la devolución en tales supuestos. El Tribunal Constitucional tendrá ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la LO 4/2015, incluida su disposición final primera relativa a los controvertidos rechazos en frontera (admitido a trámite por providencia del Pleno del TC de 9 de junio de 2015, *BOE* núm. 143, de 16 de junio de 2015). Nos queda confiar en que el Alto Tribunal devuelva algo de cordura a una política española de inmigración que olvida los compromisos que el Derecho internacional le impone respetar.

Paula GARCÍA ANDRADE
Universidad Pontificia Comillas
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.06>

3.6. Piratería marítima en el Océano Índico

PIRATERÍA MARÍTIMA.—Somalia.—Abordaje buque atunero español «Izurdia».—Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.—Consejo de Seguridad.—Operación ATALANTA.—Art. 616 ter del Código Penal.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3.^a), de 2 de febrero de 2015 (ROJ: SAN 74/2015). Ponente: Fermín Javier Echarri Casi.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079220032015100001.

1. La sentencia objeto de comentario versa sobre el intento de abordaje por presuntos piratas, ciudadanos somalíes, desde una embarcación tipo esquife, al buque atunero congelador de bandera española «Izurdia». La importancia de esta sentencia se deriva del análisis que realiza de la piratería marítima y, más concretamente, de la piratería en el Océano Índico, frente a las costas de Somalia. En este sentido encontramos un interesante recorrido por cuestiones clave tales como la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982; las características de la piratería en este zona —de hecho, como veremos, a los «piratas» se les acusa tanto de un delito de piratería como de pertenencia a organización criminal—, así como la respuesta de la Comunidad Internacional a un problema que «sobrepasa» al propio Estado ribereño que se refleja, básicamente, en diversas Resoluciones del Consejo de Seguridad así como a las operaciones navales desplegadas en la zona —principalmente de la Unión Europea y la OTAN—.

2. Antes de acercarnos a las cuestiones mencionadas, cabe apuntar que en esta Sentencia la AN no dirime su jurisdicción y competencia, dado que en una Resolución anterior (de 12 de octubre de 2012) el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional declaró la jurisdicción española y la competencia de dicho órgano para el conocimiento de los hechos objeto de denuncia «sobre la base del art. 23.4 apartado c) LOPJ, en esos momentos vigente, al concurrir el vínculo de la nacionalidad, por ser el pesquero atacado de bandera española, al igual que parte de su tripulación (principio de la personalidad pasiva) jurisdicción y competencia que por otro lado, no ha sido objeto de discusión por ninguna de las partes. Además, el barco de guerra de la Real Marina de los Países Bajos “HNLMS Rotterdam” que intervino en la persecución y detención del esquife pirata, el día 11 de octubre de 2012, tal y como ha quedado acreditado, actuaba bajo el mandato de la Fuerza Naval de la Unión Europea, en el marco de la Operación ATALANTA, así como el barco de guerra de la Armada española “BAA Castilla2 al que traspasaron los detenidos”» (FJ 2 *in fine*).

3. Centrándonos en las que hemos denominado «cuestiones claves», lo primero es preguntarse qué entendemos por piratería marítima (cuestión que la sentencia analiza en su FJ 2). Como es sabido, la CONVEMAR establece en su art. 101 que «constituye piratería cualquiera de los siguientes actos siguientes: a) todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) contra un buque o una aeronave en el alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos, ii) contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; b) todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; c) todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos internacionalmente». Conforme a la citada disposición, para poder hablar de piratería, en sentido estricto, deben darse tres presupuestos: *a*) actos ilegales de violencia, detención o depredación cometidos en alta mar o en un espacio no sometido a la jurisdicción de un Estado; *b*) con fines privados; *c*) por la tripulación o pasajeros de un buque contra la tripulación, pasajeros o propiedades de otro buque. Si se dan estos presupuestos, y al amparo del deber de cooperar de todos los Estados para la represión de la piratería —tal y como establece el art. 100 de la CONVEMAR—, cualquier Estado podrá apresar un buque o aeronave pirata, incautar los bienes que se encuentren a bordo, detener a los piratas y someterlos a su jurisdicción —imponiéndole, por tanto, las penas que para dicho delito se contemplen en su derecho interno— independientemente de la nacionalidad de éstos, estableciendo así una excepción al principio de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón sobre los buques de su nacionalidad, excepción fundamentada en que la piratería es un delito *ius gentium*. Sin embargo, si conjugamos dichos requisitos con las características que suelen reunir la mayoría de los ataques que se producen hoy en día, veremos como estos quedan fuera de la noción de piratería que nos ofrece la CONVEMAR —las costas de Somalia o el Estrecho de Malaca son dos ejemplos claros—. Y ello porque la mencionada disposición presenta tres importantes limitaciones a la hora de poder calificar un acto ilegal como piratería: 1) por el lugar en el que se debe cometer el delito: el art. 101 circunscribe el delito de piratería exclusivamente al alta mar o zonas no sujetas a la jurisdicción de ningún Estado, por lo que, consecuentemente, no serán calificados como «piratería» los delitos que, aún compartiendo las mismas características que aquellos, sin embargo, tengan lugar en

las aguas territoriales del Estado ribereño, donde, paradójicamente, se producen hoy en día el mayor número de ataques, decayendo consecuentemente, en estos casos, tanto la jurisdicción universal como la posibilidad de apresamiento por un buque de cualquier otro Estado; 2) por el número de embarcaciones: dado que la CONVEMAR habla de la existencia de dos buques; 3) por la finalidad del acto, que debe ser cometido por un «propósito personal» y, por tanto, no se contemplan aquellos actos ilícitos que se realizan, por ejemplo, con una finalidad política o que se configuran como actos terroristas o delincuencia organizada transnacional [véase, entre otros, SOBRINO HEREDIA, J. M., «Piratería y terrorismo en el mar», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2008, pp. 84-147; KEUYAN, Z., «New developments in the International law of piracy», *Chinese Journal of International Law*, vol. 8, 2009, núm. 2; TREVES, T., «Piracy, law of the sea and use of force: Developments off the Coast of Somalia», *EIJL*, 2009, núm. 20; SÁNCHEZ RAMOS, B., «Action undertaken by the international maritime organization in the struggle against maritime piracy and armed robbery», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (dir.), *Maritime Security and Violence at Sea*, Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 211-233]. De hecho, la sentencia apunta alguna de estas limitaciones al establecer que «[...] en aguas sometidas a soberanía o jurisdicción, según el Derecho internacional, sólo el Estado ribereño podrá ejercer las funciones de policía y luchar contra los actos de violencia, detención o depredación, cometidos contra los buques. El problema surge, cuando estos hechos acontecen en aguas territoriales del Estados incapaces de garantizar la seguridad marítima, como es el caso de Somalia» (FJ 2).

4. En cuanto al papel que juega el Consejo de Seguridad en este escenario, la sentencia recuerda que éste «consciente de esta problemática, a través de diversas Resoluciones, habilita a buques de terceros Estados a ejercer funciones de policía en aguas territoriales somalíes, como medida temporal y excepcional, a la vista de las circunstancias sociopolíticas por las que atraviesa dicho Estado africano» (FJ 2). Y, efectivamente, debe destacarse la labor desarrollada en este caso por el Consejo de Seguridad dado que «los incidentes de piratería y robo a mano armada contra los buques en las aguas territoriales de Somalia y en un alta mar frente a la costa de Somalia [...] constituyen una amenaza para la paz y Seguridad internacionales» [Resolución 1816 (2008)]. Esta Resolución del Consejo de Seguridad cobra una importancia especial dado que adopta una serie de medidas concretas orientadas, exclusivamente, a la situación de Somalia con la finalidad de sortear y superar las dificultades que el Derecho internacional presenta en la lucha contra estos actos, y que, en cierta medida, hacen posible que la AN conozca de este asunto, dado que: 1) permite a los Estados y Organizaciones Internacionales que colaboren con el Gobierno Federal de Transición a entrar en las aguas territoriales —ampliándose incluso posteriormente al espacio terrestre— de Somalia con la finalidad de reprimir los actos de piratería y robo a mano armada, si bien en la sentencia objeto de comentario el ataque se produce en alta mar, más allá de las 200 millas; 2) busca evitar la impunidad de los presuntos piratas, dado que las acciones emprendidas para la lucha contra la piratería quedarían estériles si no van acompañadas de la posibilidad de enjuiciar y, en su caso, encarcelar a los presuntos piratas; 3) invita tanto a los Estados como a las Organizaciones Internacionales a cooperar tanto mediante intercambio de información, asistencia, así como el despliegue de operaciones navales en la Zona. De hecho, con base en esta Resolución se ha desplegado tanto la operación naval de la Unión Europea, ATALANTA, para la detención, prevención y represión de actos de piratería en las costas de Somalia, como de la OTAN (*Ocean Shield*) (véase SÁNCHEZ RAMOS, B., «La respuesta multilateral a la lucha contra la piratería y el robo a mano armada frente a las costas de Somalia»,

Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, 2011, pp. 407-425). De hecho, en el asunto que nos ocupa, la detención de los piratas por el abordaje al buque atunero español la lleva a cabo un barco de guerra holandés que actuaba bajo mandato de la operación ATALANTA, siendo, posteriormente, puestos a disposición del buque de la Armada española «B.A.A. Castilla» integrado también en la operación ATALANTA, desde donde fueron trasladados a la AN.

5. La sentencia también destaca el *modus operandi* de estos piratas. Y es que los «piratas» de hoy en día están muy lejos de esa clásica imagen cinematográfica del pirata con camisa de rayas, loro en el hombro y pata de palo. Hoy en día, los piratas están cada vez más especializados y, por tanto, capacitados para ejecutar acciones cada vez más violentas. La sentencia —hechos probados— describe así el *modus operandi*: «El grupo estaba dotado de equipamiento que le aportaba la capacidad necesaria para el logro de sus fines, tecnología (armas de alto poder destructivo y capacidad de alcance, gasolina, telecomunicaciones) y operativa (empleo de un esquife, medios de escalo para el abordaje, uso de motores fuera borda) y gozaba de una organización interna (jerarquía y reparto de papeles) y profesional (uso de armas de fuego, ataque por la zona ciega del pesquero, elusión de la intervención de las armas que repelían la agresión, munición, armas...»). Además, hoy en día, como ha destacado el Prof. Sobrino Heredia, muchas veces las acciones de piratería se enmarcan en un contexto más amplio, de terrorismo internacional, calificando estas acciones como para-piratería (SOBRINO HEREDIA, J. M., *op. cit.*, pp. 92-93).

6. Por último, cabe acercarse a la calificación jurídica de los hechos —el intento de abordaje al buque atunero «Izurdia» desde una embarcación tipo esquife que se dirigía a alta velocidad hacia el buque abriendo fuego contra ellos, empleando fusiles de asalto AK 47, estando además en posesión de un lanzagranadas que no consta que fuese utilizado—, lo que, implica, necesariamente una remisión al derecho interno, dado que la CONVEMAR en su art. 105 establece que «[...]. Los Tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deben imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe». Afortunadamente, en este caso, los hechos pudieron tipificarse como un delito de piratería recogido en el art. 616 ter del Código Penal tras la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo de nuevo, como es sabido, el delito de piratería «tras manifestarse las carencias punitivas surgidas como consecuencia de un supuesto típico de piratería como el caso «Alakrana» que no pudo sancionarse como tal por su inexistencia». Lo cierto es que es difícil comprender por qué el legislador español decidió retirar este tipo delictivo del Código Penal, dado que si bien es cierto que la piratería marítima entra de nuevo «en escena» con las acciones que se producen frente a las costas de Somalia, ésta nunca llegó a desaparecer, tal y como se recoge en los diferentes informes de la Organización Marítima Internacional (OMI). Es más, tanto la Naciones Unidas como la OMI hablan de la necesidad de que los Estados adopten en sus legislaciones los cambios pertinentes con la finalidad de poder detener y procesar a las personas que cometan este tipo de delitos. Además, a la vista de los hechos, en este caso también se les condena por pertenencia a organización criminal [art. 570 bis 1, 2.b) y 3 del Código Penal al quedar probado que nos «encontramos ante un conjunto de personas que forma parte de manera permanente, o al menos con esa voluntad, integran un entramado (célula activa) dedicada a actividades de piratería, como la que es objeto de enjuiciamiento, con distribución de funciones precisas, necesaria jerarquización, financiación y utilización de armas de guerra, para vencer así la resistencia de los obstáculos que pudieran hacerles frente» (FJ 3 *in fine*)].

7. En definitiva, consideramos que nos encontramos ante una sentencia con un correcto análisis de los diferentes instrumentos y acciones internacionales para la lucha contra la piratería marítima, que, conjugado con la aplicación de las disposiciones de nuestro Código Penal ha cumplido uno de los principales objetivos que ponen de manifiesto las sucesivas Resoluciones que el Consejo de Seguridad ha adoptado para la lucha contra la piratería en Somalia: evitar la impunidad de los presuntos piratas.

Belén SÁNCHEZ RAMOS
Universidad de Vigo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.07>

3.7. Inmunidad de Jurisdicción del Estado

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.—Límites a la inmunidad de jurisdicción.—Actos *iure imperii* y *iure gestionis*.—Convención de Naciones Unidas Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2 de diciembre de 2004.—Contrato de trabajo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5.^a) de 9 de diciembre de 2014 (ROJ: STSJ M 15671/2014). Ponente: José Ignacio de Oro-Pulido Sanz.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079340052014101016.

1. La sentencia aquí analizada versa sobre una institución jurídica derivada directamente de la noción básica de soberanía: la inmunidad jurisdiccional del Estado. Se trata de un principio vertebrador de la estructura jurídica clásica del Derecho internacional, cuyo arquetipo ahonda sus raíces en las noción de igualdad soberana y reciprocidad. La reciente decisión corrobora sólidamente la existencia de algunas limitaciones intrínsecas al principio consuetudinario de inmunidad absoluta del Estado mediante el recurso a una suerte de *judicial cross-fertilisation* (*Ex multis YANG, X., The State Immunity in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 7). En el entramado de la decisión resulta evidente, además, cómo este mecanismo de conversación judicial sea intrínsecamente connatural al propio principio en cuestión, así como la interrelación entre normas internas (procesales y sustanciales) y el mencionado principio de Derecho internacional.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 5.^a de lo Social, dicta, en efecto, Sentencia en el recurso de suplicación contra el pronunciamiento de fecha 25 de abril de 2014, dictaminada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid en sus Autos núm. 1308/13. Esta decisión asume una particular dimensión internacionalista, pues las demandantes, ambas de nacionalidad italiana, habían venido prestando servicios como profesoras de las asignaturas Educación Física y de Inglés, por cuenta de la entidad demandada (*Scuola Statale Italiana*), domiciliada en Madrid y dependiente de la República Italiana. Las actoras no fueron llamadas a realizar sus actividades laborales para el curso escolar 2013/2014, a diferencia de lo que había ocurrido en los años precedentes, por lo que en los días inmediatos al 9 de septiembre de 2013 las docentes italianas se pusieron en contacto personalmente con directivos de la entidad demandada, recibiendo comunicación por parte del Ministerio italiano en la que se disponía que no se las contrataría en dicho curso escolar.

3. El Juzgado de lo Social de Madrid, investido de la causa tendente a la declaración de nulidad o subsidiaria improcedencia de los despidos, declaró improcedente

el despido de las actoras. Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda formulada por las demandantes, la *Scuola Statale Italiana* interpuso recurso de suplícacion, objeto de la decisión aquí comentada.

4. A propósito de las excepciones de jurisdicción, competencia basadas en el carácter *iure imperii* de las decisiones adoptadas por la *Scuola Statale Italiana*, esta institución lamentaba la infracción del art. 12.5 del Código Civil y de acuerdo con el referido precepto la infracción de los arts. 1, 2 y 4 del Decreto del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la atribución de interinidades para los puestos de carácter estatal en las instituciones e iniciativas académicas en el extranjero previstas por el Decreto Legislativo núm. 297/94 y sus sucesivas modificaciones, y de los arts. 1 y 2 del Convenio Cultural entre España e Italia, «por entender que los referidos preceptos evidenciarían el carácter público de la relación, la naturaleza pública de las instituciones y la concurrencia de las excepciones de jurisdicción, competencia y *iure imperii*». Las cuestiones abordadas por el juez madrileño habían sido previamente examinadas en la sentencia «gemela» del Tribunal Superior de Cataluña, de 25 de junio de 2014, Rec. 1557/2014, en la que se recalca que la análoga pretensión allí planteada siempre en base con el principio de inmunidad de jurisdicción, «no puede, en caso alguno, entendemos, ser aceptada. Conviene recordar cómo la denominada “inmunidad de jurisdicción”, una institución de Derecho internacional que tiene un inequívoco carácter consuetudinario y que se fundamenta en el principio de igualdad soberana de los Estados, ha sufrido a lo largo de la Historia en su propia definición una importante evolución». Tras haber nítidamente trazado el tránsito jurídico-conceptual desde la idea decimonónica de inmunidad absoluta de los Estados a una concepción mucho más limitada o restringida relativa a asuntos de carácter civil y mercantil, el juez catalán aseveraba que actualmente «en la comunidad internacional se hablará ahora, antes y al contrario, de una inmunidad de los Estados restringida que pasa o exige distinguir entre los actos que los Estados extranjeros hayan realizado a través de sus poderes públicos (se hablará de *actos de iure imperii*) y los actos de carácter civil y mercantil (*actos de iure gestionis*) [...]. En esta línea, y por lo que se refiere a la materia que nos interesa, no podemos sino recordar cómo el art. 11 de la Convención de Naciones Unidas Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2 de diciembre de 2004, que se abrió a la firma el 17 de enero de 2005 recoge inequívocamente esa tendencia».

5. Hasta aquí las dos cortes españolas explicitan no sólo el alcance de la norma consuetudinaria mayoritariamente aceptada por la jurisprudencia y doctrina internacionales, sino también la correspondiente cristalización del principio de inmunidad en la codificación internacional de 2004. A continuación los dos tribunales entroncan esta regla en el derecho interno, donde el art. 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial procede a incorporar las normas de Derecho internacional público en materia de excepciones o inmunidades jurisdiccionales. Estos preceptos, como ha apuntado una buena parte de la doctrina, no disciernen entre actos que se pueden calificar *iure imperii* y actos definibles en términos de *iure gestionis*. La jurisprudencia de los tribunales españoles, desde el año 1986 (entre otras, STS de 10 de febrero de 1986), participa y acoge la tesis de la inmunidad restringida en cuanto que afirma, por ejemplo, la existencia de jurisdicción respecto a Estados extranjeros en litigios sobre despido de personal localmente contratado para prestar servicios en misiones diplomáticas y oficinas consulares calificando que el acto se encuentra dentro del *iure gestionis*. Tal *judge made law* español está plenamente en línea, desde una óptica comparada, con la práctica del «Derecho internacional vigente y *por venir*» (cursiva añadida). En

relación con la temática de los horizontes del principio de inmunidad habría que plantear la cuestión de la importancia del Derecho comparado en la construcción *de iure condendo* del principio en cuestión máxime en relación con eventuales colisiones con puntos-clave del Derecho internacional público actual, como las violaciones de derechos fundamentales.

6. Veamos sintéticamente primero cómo se va desenvolviendo un ejemplo de judicial *cross-fertilization*, partiendo de la situación hodierna para luego otear horizontes futuros.

Para avalar su tesis, la corte madrileña, a la par del tribunal catalán antes mencionado, trae a colación la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 19 de julio de 2012, C-154/11, *Mahamdia*, relativa a la actuación de una embajada diplomática. Si bien resultaría oportuno discernir entre el principio de inmunidad jurisdiccional del Estado y las inmunidades de las que goza una embajada de conformidad con el Convenio de Viena de 1961, esta sentencia precisa que «en el ejercicio de esas funciones, la embajada, como cualquier otra entidad pública, puede actuar *iure gestionis* y ser titular de derechos y obligaciones de carácter civil, especialmente a raíz de la celebración de contratos de Derecho privado».

La conclusión esgrimida por el Tribunal Superior de Madrid, en perfecta línea con la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia internacional, europea y con la propia codificación internacional de 2004, es clara: «Por consiguiente, insistimos, puede afirmarse que el contenido del mencionado principio de Derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados no puede oponerse en el caso enjuiciado a la aplicación de las disposiciones que sobre competencia judicial internacional contienen las normas de nuestro derecho interno (art. 25 LOPJ) y comunitario [Reglamento (CE) n.º 44/2001] dado que, insistimos también, los demandantes no hacen sino impugnar la decisión extintiva de los contratos de trabajo temporales que habían celebrado con una Institución ciertamente dependiente del Estado italiano. pero en el que las funciones que ejercían y desarrollaban los mencionados trabajadores en nuestro país no formaban parte del ejercicio del poder público del mencionado Estado, estando comprendido pues, el presente litigio, dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento n.º 44/2001».

7. Hasta aquí, las consideraciones del Tribunal Superior de Madrid, a la par del Tribunal Superior de Cataluña de 25 de junio de 2014, rec. 1557/2014, discurren en la misma dirección trazada desde hace tiempo por los tribunales nacionales e internacionales y recientemente cristalizada en la codificación internacional de 2004. Formante doctrinal, jurisprudencial y legislativo (SACCO, R., «A Dynamic Approach to Comparative Law», en *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, primavera 1991, núm. 2, pp. 343-401) internacionales y nacionales parecen *mutandis mutandis* reconducir el principio de mutuo respeto de la soberanía nacional a un cauce más circunscrito en relación a determinadas actividades comerciales.

8. De *iure condendo* se divisan sintéticamente dos horizontes en el territorio del formante sacchiano legislativo interno (SACCO, R., «A Dynamic Approach to Comparative Law», *op. cit.*, p. 380) y jurisprudencial internacional acerca de la inmunidad jurisdiccional del Estado.

Desde la primera óptica, se destaca la elaboración de un Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y organizaciones internacionales, que vertebraría en ámbito interno la codificación internacional de la citada Convención de la ONU de 2004 sobre inmunidades estatales.

El informe aprobado por el Consejo General del Poder Judicial en fecha 28 de mayo de 2015 plantea sugerencias encaminadas a tratar de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva respecto de la violación de derechos fundamentales «por acciones u omisiones presuntamente imputables a un Estado extranjero que constituyen violaciones de normas internacionales de obligado cumplimiento, de cuyo conocimiento resulten competentes los tribunales españoles». En este relevante supuesto la delimitación del principio de inmunidad estatal asume una honda significación en el propio conjunto del Derecho internacional, ya no relacionada con la conducta *iure privatorum* del Estado, sino intrínseca a los valores del sistema iusinternacionalista. De hecho, el informe del Consejo General, del que ha sido ponente la vocal Nuria Díaz Abad, propone articular una vía frente a la regla general de la inmunidad de jurisdicción de los Estados que ampare los casos en que se ejerciten en España acciones indemnizatorias por lesiones o daños causados por el Estado extranjero que puedan considerarse violaciones graves de las normas internacionales antes citadas.

9. El documento aprobado por la institución de autogobierno de los jueces acoge plenamente la otra perspectiva arriba mencionada (es decir, la nueva temática jurisprudencial), que se ha abierto a raíz de la decisión de la *Corte Costituzionale* italiana núm. 238/2014 sobre el alcance del principio de inmunidad jurisdiccional frente a la violación de derechos humanos. Esta histórica decisión procede a limitar los efectos de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia del 3 de febrero de 2012 en tema de inmunidad de jurisdicción en relación con actos cometidos *iure imperii* por el Tercer Reich, allí donde colisionen con los principios constitucionales de tutela judicial efectiva.

10. Siempre en una visión de *iure condendo*, en efecto, la corte italiana dibuja nuevas perspectivas acerca de la difusión mediante *cross-fertilization* judicial de nuevos límites al principio de inmunidad jurisdiccional frente a violaciones del denominado *ius cogens*, apoyándose significativamente en sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los denominados *contralimiti* internos al sistema jurídico europeo (*in primis* Tribunal de Justicia, 3 de septiembre 2008, C-402/05 P y C-415/05, *P. Kadi*). Observado a contraluz, la nueva tendencia inaugurada por la Corte italiana traza el contorno de un posible conflicto entre dos distintas arquitecturas del Derecho internacional. La primera de ellas resulta anclada a una visión independentista/aislacionista de la soberanía nacional, ya agudamente identificada por el juez Marshall [se considera unánimemente la primera sentencia donde se afronta *apertis verbis* el principio de inmunidad la decisión *The Schooner Exchange v. McFaddon, US Supreme Court*, 11 US (7 Cranch) 116 (1812)] y defendida repetidamente por el Tribunal Internacional de Justicia en sus decisiones *Bélgica c. Congo*, de 14 de febrero de 2002 y el citado *Alemania c. Italia*, de 12 de febrero de 2012. Otra concepción diferente de los valores identitarios del Derecho internacional podría surgir de la afirmación del límite interno al propio principio de inmunidad estatal, allí donde afecte un umbral axiológicamente relevante en la sociedad y el Derecho internacional, como es la tutela de los derechos humanos (véanse *Humanización, democracia y Estado de derecho en el ordenamiento internacional*, discurso de recepción de la académica de pronunciado por Araceli Mangas Martín, sesión del 8 de abril de 2014, Madrid, y CEBADA, A., «El Derecho internacional global: una retórica útil para una transformación necesaria», en vol. LXV, *REDI*, 2013, núm. 1). En este último ámbito absolutamente relevante será la construcción multinivel [nacional, europeas, internacional (véase LAZARI, A., «Diálogo judicial y resolución de las controversias internacionales», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E. M., ADAM MUÑOZ, M. D. y CORNAGO PRIETO, N. (coords.), *El arreglo pacífico de las controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 169-184)] de normas imperativas de Derecho internacional, ca-

paces de constituir un renovado cauce interno al principio consuetudinario de inmunidad jurisdiccional del Estado.

Antonio LAZARI
Universidad Pablo de Olavide
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.08>

3.8. Transposición de directivas, alcance de la normativa estatal básica y afectación de las competencias autonómicas en el ámbito de la gestión de los residuos de industrias extractivas y la rehabilitación de espacios afectados por actividades mineras

CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIAS.—Transposición de Directivas.—Medio Ambiente.—Gestión de residuos.—Actividades mineras.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 45/2015, de 5 de marzo de 2015 (BOE núm. 85, de 9 de abril de 2015). Ponente: Andrés Ollero Tassara.

1. Esta sentencia resuelve el conflicto positivo de competencia interpuesto por la Xunta de Galicia contra el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras por vulneración de los arts. 9 y 149.1.23, 25 y 11 de la Constitución, de los arts. 27.30 y 28.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia y de la Ley Orgánica 6/1999, de 6 de abril, de transferencia de competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de ordenación del crédito, banca y seguros.

2. La inclusión en esta crónica se justifica porque la resolución incide sobre el tópico de la relación triangular que se establece entre las Directivas comunitarias, la legislación básica del Estado y las competencias autonómicas, de desarrollo normativo y de ejecución, que pudieran resultar eventualmente jibarizadas en el proceso de transposición del Derecho de la UE. La doctrina ha dedicado bastantes páginas al análisis de esta cuestión [de forma temprana, MANGAS, A., «La aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas», en *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics; y, para una exhaustiva y actualizada revisión del problema, véase por todos ARZOZ, X. (coord.), *Transposición de directivas y autogobierno: el desarrollo normativo del derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2013] y el propio Consejo de Estado ha admitido que «*de facto*, es el Estado el que con carácter general asume sin más la labor de transposición y la participación autonómica se verifica en la tramitación de las concretas normas que la llevan a cabo, ya sea en el marco de la audiencia pública ya sea mediante la integración de los representantes autonómicos en el correspondiente órgano de coordinación» (CONSEJO DE ESTADO, *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, Consejo de Estado-CEPC, 2008, p. 118).

3. El carácter detallado de la mayoría de las directivas medioambientales contribuye, no obstante, a que la litigiosidad respecto a su incorporación por parte del Estado sea inferior a la que generan las normas comunitarias que inciden sobre otros ámbitos como pueden ser la regulación de actividades económicas o el mercado interior. La generalizada pasividad autonómica (con la salvedad de algunas comunidades) respecto a la identificación de las directivas medioambientales con las bases normativas estatales permite afirmar, en las conclusiones de un estudio empírico so-

bre las normas de incorporación, que «la transposición se efectúa forzando, a nuestro juicio, el reparto interno de competencias pero, también es preciso decirlo, sin que las Comunidades Autónomas hayan discutido de forma significativa esta pauta» (NO-GUEIRA, A., «La transposición de directivas ambientales en el Estado autonómico», en ARZOZ, X. (coord.), *op. cit.*, p. 338). Pues bien, la sentencia aquí reseñada supone una manifestación de lo contrario puesto que la recurrente pretende oponerse, si bien lo hace de forma infructuosa, a la presunta extralimitación de la normativa de base en el proceso de incorporación de una directiva.

4. Concretamente, el Real Decreto impugnado nace bajo la premisa de incorporar al ordenamiento español la Directiva 2006/21/CE sobre gestión de los residuos que derivan de las industrias extractivas y rehabilitación de las zonas afectadas por estas actividades. El Estado otorgó carácter básico a esta regulación apoyándose en sus competencias en materia de: *a) medio ambiente* (art. 149.1.23 de la CE), en general; *b) minas* (art. 149.1.25 de la CE), respecto de los arts. 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 36, 44, 45 y 46, DDA 3.^a y 4.^a y DDTT 2.^a y 3.^a del Real Decreto impugnado, y *c) seguros* (art. 149.1.11 del CE), con relación al Título II de la disposición impugnada, que regula las garantías financieras que la entidad explotadora de la actividad minera debe constituir para garantizar la efectividad del plan de restauración del espacio afectado. Para la Xunta de Galicia, el Gobierno se excedió en el ejercicio de sus competencias en estos ámbitos materiales, sin que la aplicación del Derecho europeo justificase la asunción por el Estado de competencias de las que no dispone. Sin embargo, en este caso el TC ha desestimado, por unanimidad, todas y cada una de las alegaciones de la demandante y, en consecuencia, el recurso.

5. En primer lugar, la Xunta solicitaba la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad global del Real Decreto porque éste carece del rango legal que debiera exigirse, con carácter general, a toda legislación básica, así como porque la norma supone un desarrollo reglamentario de carácter básico que se realiza a partir de una ley preconstitucional (la 22/1973, de 21 de julio, de Minas). El TC rechaza que la normativa básica esté vedada al reglamento sólo porque la legislación desarrollada sea preconstitucional señalando que, en particular en materia de minas, se ha procedido a deducir a partir de esa legislación normas básicas de protección medioambiental (al respecto, véase también VALENCIA, G., «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional», en LÓPEZ, F., *Observatorio de políticas ambientales 1978-2006*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006). Por otra parte, aunque admite que la norma de rango legal es el instrumento idóneo para establecer bases, el TC recuerda que esta exigencia no es absoluta al afirmar que el uso del reglamento «resultaría acorde con los preceptos constitucionales si, primeramente, resultara de una habilitación legal, y, en segundo lugar, si su rango reglamentario viniera justificado por tratarse de materias cuya naturaleza exigiera un tratamiento para el que las normas legales resultaran inadecuadas por sus mismas características» (FJ 4). En este caso, el Real Decreto controvertido posee dicha base legal, puesto que se dicta en desarrollo de las Leyes 22/1973, de minas, 10/1998, de residuos y 26/2007, de responsabilidad medioambiental y contiene, además, en el marco de la incorporación de la Directiva 2006/21/CE, una regulación marcadamente técnica por lo que cumple con los requisitos exigidos por la doctrina constitucional sobre la dimensión formal de las bases.

6. En segundo término, la demanda de la Xunta de Galicia impugnaba subsidiariamente una nutrida serie de preceptos del Real Decreto al considerar que se extralimitaban respecto al ámbito competencial de lo básico. El TC rechaza las alegaciones del ejecutivo gallego mediante una argumentación en dos tiempos. Primero, de mane-

ra genérica, analiza los títulos competenciales de base que subyacen al asunto —medio ambiente y régimen minero— para señalar la prevalencia del primero de ellos en la controversia e insistir en la *vis expansiva* que tiene la normativa básica en materia medioambiental. Y, en segundo lugar, evalúa, ya de forma específica, las disposiciones del Real Decreto en las que existen, a juicio de la demandante, excesivo detalle regulatorio y, en consecuencia, extralimitación sobre el contenido de lo básico.

7. Aunque el Estado dispone de competencias para adoptar legislación básica tanto sobre minas como sobre medio ambiente (apdos. 25 y 23, respectivamente, del art. 149.1 de la CE) para el TC no resulta irrelevante determinar la categoría específica, de entre las dos en liza, «a la que primordialmente se reconducen las competencias controvertidas» (STC 80/1985, de 4 de julio, FJ 1) puesto que el alcance de las exigencias impuestas al legislador básico puede ser diferente «en función del subsector» de que se trate (SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 60; 184/2012, de 17 de octubre, FJ 3). El TC señala, en este sentido, que la conexión entre la protección del medio ambiente y la gestión de residuos es manifiesta (remitiendo en esto a la STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 7) como se explicita en la exposición de motivos del Real Decreto que se refiere a la «filosofía protectora del medio ambiente» enraizada en la Directiva 2006/21/CE. A partir de ese criterio, el TC concluye que «no cabe duda de que el título competencial específico y prevalente en el que se enmarca la presente controversia es «legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección» (art. 149.1.23 CE)» (FJ 3).

8. El encuadramiento preferente de la controversia en el título competencial de medio ambiente no es baladí, puesto que supone el punto de apoyo para avalar una interpretación extensiva de las bases normativas estatales. Recuperando argumentos ya expuestos en su Sentencia 69/2013, de 14 de marzo [FFJJ 1 y 2.b]), el TC subraya la idea de que «corresponde al Estado imponer el “encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente”, teniendo en cuenta el alcance no ya nacional, sino internacional que tiene la regulación de esta materia [...]. De ahí también que la intervención estatal pueda ser “singularmente intensa”, que la “piedra de toque” para calificar de básica la norma medioambiental sea más su “finalidad tuitiva” que su carácter genérico o detallado, abstracto o concreto. El deber del legislador básico estatal de dejar un margen a la normativa autonómica será “menor que en otros ámbitos”, aunque no pueda llegar “a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido”» (FJ 5).

9. A partir de esta premisa, el análisis subsiguiente que realiza el TC de todas las impugnaciones hechas por la parte demandante respecto a las disposiciones concretas del Real Decreto en las que se podría materializar la extralimitación sobre las bases estatales viene a desembocar en la misma conclusión: no existe invasión de las competencias autonómicas. En primer lugar, el TC se refiere al art. 2 del Real Decreto, que aborda la obligación para la entidad que realice actividades de investigación y aprovechamiento minero de realizar trabajos de rehabilitación en el espacio natural afectado, y al art. 46 que aborda el régimen sancionador. En este caso, la Xunta de Galicia no cuestiona que el contenido de los artículos sea excesivamente detallado o agotador sino que estima que tales previsiones desbordarían el ámbito material de lo básico únicamente por el hecho de silenciar la posibilidad de un desarrollo autonómico. Para el TC la ausencia de una referencia expresa a las atribuciones estatutarias de las Comunidades Autónomas no conlleva vulneración competencial alguna puesto

que «el Estado, en el ejercicio de sus competencias, no viene obligado a reservar, mediante una cláusula de salvaguardia, las competencias que puedan tener las Comunidades Autónomas en la respectiva materia» (STC 112/2014, de 7 de julio, FJ 4).

10. En relación con la DA 2.^a, que regula el inventario de instalaciones clausuradas que tengan impacto medioambiental y que —a juicio de la demandante— invade las competencias de ejecución autonómicas, el TC señala que «es constitucionalmente posible la creación de un Registro único para todo el Estado que garantice la centralización de todos los datos a los estrictos efectos de información y publicidad» (STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 12) y que la creación de tal registro no conlleva facultades ejecutivas para el Estado, que sí excederían de su ámbito de actuación competencialmente posible [FJ 6.a)]. Por tanto, esta disposición no atribuye a órganos estatales funciones de gestión que corresponden a las Comunidades Autónomas, ni los apodera específicamente para recopilar directamente información sino que establece de forma explícita que la creación del indicado inventario debe hacerse «en colaboración con las Comunidades Autónomas».

11. Respecto a la impugnación de varios preceptos relativos al diseño, objetivos y contenidos del plan de restauración, así como a la inspección de las actividades de vertido, la recurrente alegaba que incurrián en un detallismo excesivo. En este punto es donde cobra valor la tesis de que en materia medioambiental las bases estatales pueden ser singularmente intensas, por su valor protector, y que desempeñan una función de común denominador susceptible de ampliación por parte de las Comunidades Autónomas. De este modo, afirma el TC que «todas las previsiones impugnadas responden clara y directamente a cualificadas finalidades medioambientales, lo que es relevante a efectos de nuestro enjuiciamiento; según hemos recordado ya, para determinar el alcance de lo básico en esta materia la piedra de toque es la finalidad tuitiva de la norma, más que el nivel de concreción o detalle»; en consecuencia, el plan de restauración de minas no agota la regulación de la materia, sino que describe contenidos y objetivos expresamente calificados de «mínimos». La precisión de algunos preceptos, por tanto, no excluye el desarrollo autonómico de otros aspectos y «responde a los enormes riesgos para el entorno natural, la biodiversidad y la salud humana involucrados» [FJ 6.b)].

12. Con un enfoque similar, insistiendo sobre el excesivo nivel de detalle, la Xunta de Galicia había recurrido también las disposiciones del Real Decreto relativas a la autorización del «plan de restauración» minero (arts. 4.3, 5 y 6.3), si bien en este caso el reproche era más acusado puesto que en estos preceptos se establecen adicionalmente normas de carácter procedural que debieran, bajo el criterio de la recurrente, haber sido encuadradas en la competencia sobre procedimiento administrativo común del art. 149.1.18 de la CE y que, además, extralimitaban dicha competencia. Sobre este aspecto, el TC matiza que el procedimiento de autorización del plan de restauración no forma parte del procedimiento administrativo común sino que constituye un procedimiento especial y recuerda que la competencia sobre procedimientos especiales es conexa a la ostentada para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración (STC 227/1988, FJ 32). A partir de ese criterio, el Tribunal proyecta sobre las disposiciones impugnadas su doctrina de que las bases medioambientales pueden alcanzar algún aspecto relativo a estos procedimientos especiales, si imponen criterios directamente vinculados a los objetivos sustantivos de la legislación estatal sin descender a la previsión de trámites de pura gestión, concluyendo que en este ámbito el Real Decreto tampoco impide el ejercicio de competencias autonómicas [FJ 6.c)].

13. En el recurso de la Xunta de Galicia se impugnaba también el Anexo III, que regula el «organismo de control» que debe verificar el cumplimiento del Real Decreto mediante auditorías e inspecciones, denunciando el excesivo detalle que implica tanto exigir que dicho organismo se encuentre, con carácter previo, acreditado por la Entidad Nacional de Acreditación como afirmar el carácter renovable de la autorización autonómica. Para el TC el funcionamiento del organismo de control resulta esencial para garantizar la efectividad del plan de restauración por lo que tales previsiones responden claramente a finalidades ambientales y a la necesaria homogeneidad que éstas requieren, considerando además que en la disposición se respeta la competencia autonómica para establecer el procedimiento de autorización del organismos de control [FJ 6.d)].

14. La última de las alegaciones del recurso que ha desestimado el TC se refiere a la impugnación del Título II sobre las garantías financieras que la entidad explotadora de la actividad minera debe constituir para garantizar la efectividad del plan de restauración. La disposición final segunda del Real Decreto 975/2009 ampara formalmente estas previsiones en la competencia estatal de ordenación de seguros (art. 149.1.11 de la CE) pero en el contexto del reglamento controvertido funcionan como un instrumento que traduce técnicamente en el sector minero el imperativo constitucional de defensa y restauración del medio ambiente (art. 45.2 de la CE) y sirven, por tanto, como mecanismo disuasorio de conductas potencialmente nocivas para el entorno y la biodiversidad, en consonancia con el principio de «quien contamina paga». En consecuencia, parece lógico que el TC recurra, una vez más, a la *vis atractiva* de la competencia sobre medio ambiente para señalar que «a la vista de su finalidad, cabe considerar que la controversia debe encuadrarse en este punto en el art. 149.1.23 CE».

15. Para concluir cabe señalar que la sentencia merece una valoración positiva. Resulta claro que una pulsión expansiva de los títulos estatales latía originariamente en el Real Decreto 975/2009 impugnado por la Xunta de Galicia. De hecho, éste ha sido modificado por el Real Decreto 777/2012, de 4 de mayo, en cuya exposición de motivos se deja constancia de que «con relación al requerimiento de incompetencia formulado por la Xunta de Galicia respecto al Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha de 28 de agosto de 2009 se admitió que la DF 2.^a del mencionado real decreto no debe incluir el carácter básico de su Anexo V». Por tanto, el propio Ejecutivo ha reconocido que las «Normas para la elaboración de los planes de explotación en la minería del carbón a cielo abierto» que se establecían el mencionado Anexo V carecían de carácter básico. Sin embargo, el razonamiento del TC respecto al resto de disposiciones impugnadas, tomando apoyo en la intensidad que debe reunir la normativa medioambiental básica del Estado por su carácter tuitivo y en la posibilidad de desarrollo complementario en sede autonómica, resulta coherente con la obligación estatal de garantizar el cumplimiento del Derecho de la UE.

Carlos TEIJO GARCÍA
Universidad de Santiago de Compostela
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.09>

B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

Selección y coordinación a cargo de
Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—1.1. Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001.—1.2. Competencia judicial internacional en materia civil y mercantil.—1.3. Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental.—1.4. Reglamento 1346/2000.—1.5. Proceso monitorio europeo.—2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—2.1. Aplicación judicial del Derecho extranjero.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—3.1. Filiación: gestación por sustitución.—3.2. Procesos matrimoniales.—3.3. Ley aplicable a los efectos del matrimonio.—3.4. Responsabilidad del fabricante por los productos defectuosos.—3.5. Sucesiones internacionales.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

1.1. Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001

2015-20-Pr

REGLAMENTO BRUSELAS I.—Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001.—Arbitraje.—Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero.

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2015-1. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas durante los años 2014 y 2015. Colaboran en la presente crónica, Santiago

Preceptos aplicados: arts. 1 y 71 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2015, asunto C-536/13, «Gazprom» OAO y Lietuvos Respublika. Ponente: M. Safjan.

F: curia.europa.eu.

36. A este respecto debe recordarse primeramente que, tal y como se ha indicado en el apartado 28 de la presente sentencia, el arbitraje no está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 44/2001, ya que éste sólo rige los conflictos de competencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Como los tribunales arbitrales no son órganos jurisdiccionales estatales, en el caso de autos no existe tal conflicto, en el sentido de dicho Reglamento.

37. Seguidamente, en cuanto atañe al principio de confianza recíproca, que los Estados miembros otorgan a sus respectivos sistemas jurídicos e instituciones judiciales y que se plasma en la armonización de las normas de competencia de los órganos jurisdiccionales sobre la base del sistema establecido por el Reglamento n.º 44/2001, debe señalarse que, en las circunstancias del asunto principal, dado que la orden coministratoria ha sido dictada por un tribunal arbitral, no nos encontramos ante una vulneración del citado principio por la injerencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en las competencias de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro [...].

43. Dado que el convenio de Nueva York regula una materia excluida del ámbito de aplicación del Reglamento n.º 44/2001, no se trata de una «materia particular» en el sentido del artículo 71, apartado 1, de dicho Reglamento. En efecto, el citado artículo 71 sólo regula las relaciones entre el Reglamento n.º 44/2001 y los convenios relativos a materias particulares incluidas en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento [...].

Nota. 1. El caso que nos ocupa es sencillo de presentar: en Estocolmo se dicta un laudo arbitral en el que se conmina al ministerio de energía de Lituania a retirar o reducir determinadas pretensiones que dicho ministerio había planteado ante los tribunales lituanos. Estos últimos han de enfrentarse a la determinación de la eficacia de dicho laudo en Lituania, tanto por vía directa —se solicitó por parte de la sociedad Gazprom, demandante en el proceso arbitral, el reconocimiento del laudo arbitral en Lituania— como indirecta; en tanto en cuanto la orden coministratoria podía afectar a procedimientos judiciales ya abiertos en Lituania.

En este contexto el Tribunal Supremo de Lituania dirige tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo que, tal como resume éste, plantean en esencia si el Reglamento Bruselas I «se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reconozca y ejecute, o a que se niegue a reconocer y ejecutar, un laudo arbitral que prohíbe a una parte formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro» (núm. 27 de la sentencia).

2. La respuesta a esta pregunta podría ser breve, clara y concisa. El Tribunal de Justicia podría simplemente contestar que dado que el arbitraje es una materia ex-

Álvarez González, Rafael Arenas García, Carmen Azcárraga Monzonís, Alegría Borrás, Laura Carballo Piñeiro, Ángel Espinilla Menéndez, Joaquim J. Forner i Delaygua, Mónica Herranz Ballesteros, Pilar Jiménez Blanco, Nerea Magallón Elósegui, Javier Maseda Rodríguez, Pedro A. De Miguel Asensio, Paula Paradela Areán, Alexia Pato y Marta Requejo Isidro, de las Universidades de Barcelona, Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid, Deusto, Oviedo, Santiago de Compostela, y UNED, y del Max Planck Institute Luxemburg for International, European and Regulatory Procedural Law.

cluida del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 [art. 1.2.d) del Reglamento] y el supuesto se refiere al reconocimiento de un laudo arbitral, no existe nada en el Reglamento que impida que u obligue a que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros reconozcan dicho laudo. La eficacia en los Estados miembros de los laudos arbitrales dictados en otros Estados miembros está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001. Éste en nada afecta al régimen del reconocimiento o ejecución de los laudos arbitrales. En realidad, ésta sería una consecuencia clara y poco dudosa de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento.

Pero, tal como se indica en las Conclusiones presentadas por el Abogado General, Sr. Melchior Wathelet «si ello fuera tan sencillo, el Tribunal de Justicia no habría declarado incompatible con el Reglamento Bruselas I la “anti-suit injunction” que fue objeto de su Sentencia Allianz y Generali Assicurazioni Generali» (núm. 87 de las Conclusiones).

Efectivamente, tras la Sentencia *Allianz* de 10 de febrero de 2009 (impropriamente conocida como *West Tankers*, véase PFEIFFER, Th., «Pfeiffer on West Tankers», *Conflict of Laws*, 12 de febrero de 2009, <http://conflictflaws.net/2009/pfeiffer-on-west-tankers/>) no resulta ya posible mantener que el hecho de que un determinado procedimiento esté excluido del ámbito de aplicación del Reglamento implica que el Reglamento no podrá aplicarse en relación con ese procedimiento; es por ello que en este caso el razonamiento del Tribunal ha de ir un poco más allá de la constatación de que estamos ante el reconocimiento de un laudo arbitral, y detallar en qué forma la doctrina sentada en la Sentencia *Allianz* afecta al caso *Gazprom*. Recordemos que en aquella mantuvo que no era compatible con el Reglamento 44/2001 una decisión de un tribunal británico en la que se ordenaba a una sociedad que no continuara con un procedimiento iniciado en Italia, procedimiento que sí entraba en el ámbito de aplicación del Reglamento.

En el caso *Gazprom* también nos encontramos con que se trata de determinar de qué forma incide el Reglamento Bruselas I en un procedimiento excluido del ámbito de aplicación del Reglamento, pero que afecta a otro que sí se encuentra regido por éste. Dada la doctrina sentada en *Allianz* es razonable, por tanto, la cuestión prejurídica que nos ocupa.

El Tribunal de Luxemburgo mantiene en *Gazprom* que el Reglamento en nada afecta al reconocimiento del laudo arbitral dictado en Estocolmo. La justificación de la diferencia de resultado entre *Allianz* y *Gazprom* está en que en la primera decisión la orden cominatoria había sido adoptada por un órgano jurisdiccional, mientras que en la segunda nos encontramos ante un laudo arbitral. Esta diferencia es esencial ya que, según el Tribunal de Justicia, el Reglamento solamente se ocupa de los conflictos de competencia entre órganos jurisdiccionales. Las relaciones entre los tribunales arbitrales y los órganos jurisdiccionales de ninguna forma están afectadas por el Reglamento, por lo que no cabe que éste incida en modo alguno en el reconocimiento en Lituania del laudo arbitral dictado en Estocolmo (núms. 35 y 36 de la sentencia). Además, en el caso *Gazprom* la orden cominatoria no podría implicar que se acabara imponiendo una sanción a aquel contra la que se dirige en caso de incumplimiento, a diferencia de lo que sucedía en el caso *Allianz*, lo que de acuerdo con el Tribunal de Justicia también es una diferencia relevante (núm. 40 de la sentencia).

Si dejamos aparte este último argumento del Tribunal, resulta que la diferencia entre *Allianz* y *Gazprom* que justifica llegar a soluciones divergentes en uno y otro caso, está en que en la primera estaba en juego la confianza recíproca entre órganos

jurisdiccionales de distintos países y, en cambio, en el caso *Gazprom* dicha confianza no está afectada por tratarse de un conflicto entre un órgano jurisdiccional y un tribunal arbitral (núm. 37 de la sentencia).

3. De acuerdo con lo que hemos visto, un caso que hace diez años, probablemente, no hubiera justificado el planteamiento de una cuestión prejudicial por ser clara la interpretación del Derecho europeo relevante para la materia, ha permitido aclarar la jurisprudencia sentada en el caso *Allianz*, reduciéndola a los casos en los que sean órganos jurisdiccionales los que limiten la capacidad de conocimiento de otro órgano jurisdiccional ubicado en un Estado miembro. Se ratifica así que los procedimientos que se desarrollan ante tribunales arbitrales están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001. Esta exclusión implica que, en contra de lo que había planteado el órgano jurisdiccional remitente (véanse núms. 70 y ss. de las Conclusiones), el Convenio de Nueva York de 1958 no puede ser considerado como un convenio en materia particular de los previstos en el art. 71 del Reglamento, sino que se trata de un instrumento que regula materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (véase núm. 43 de la sentencia). Ciertamente, la cuestión no es menor, pues pese a que tanto considerarlo un convenio en materia particular como excluir el arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento conducirían a resultados muy parecidos, la primera solución no impediría que en aquellas cuestiones que no estuvieran reguladas por el convenio en materia particular se aplicase el Reglamento. Esta posibilidad, como hemos visto, queda excluida.

Nos encontramos, por tanto, ante una decisión en que por primera vez en varias en vez de producirse una extensión del ámbito de aplicación del Reglamento en relación con el arbitraje, concluye con el reconocimiento de los límites del Reglamento en materia arbitral. No se retrocede respecto a *Allianz* pero tampoco se avanza. Deberemos esperar a nuevas resoluciones para ver cómo evoluciona el «frente» entre el Reglamento Bruselas I y el arbitraje y, en concreto, será interesante ver si la interpretación que el Tribunal hace en este punto del Reglamento Bruselas I bis y Bruselas I son coincidentes. Sin poder entrar aquí en ello no puede dejar de señalarse que en las Conclusiones del Abogado General se mantiene que el Reglamento Bruselas I bis no hubiera permitido al Tribunal de Luxemburgo llegar a la solución que mantuvo en la Sentencia *Allianz* en aplicación del Reglamento 44/2001. Esta parte de las Conclusiones del Abogado General no presentan interés directo para el caso objeto de las cuestiones prejudiciales que nos ocupan, ya que en ellas se solicitaba interpretar este Reglamento 44/2001 y no el Reglamento 1215/2012; pero lo llamativo del planteamiento merece que se haga mención al mismo (véanse núms. 127 y ss. de las Conclusiones). Quizás pudiera objetarse al razonamiento que no tiene en cuenta la diferencia que existe entre la determinación de la competencia para conocer sobre la cuestión principal planteada y sobre los incidentes que se originan en el mismo procedimiento; pero ahora dejaremos esto aquí porque no se trata más que de una advertencia de cara al futuro sin transcendencia directa para la Sentencia que comentamos.

4. En definitiva, sin *Allianz Gazprom* no hubiera tenido sentido. El que la primera haya hecho posible que se haya tenido que plantear una cuestión prejudicial para determinar si, pese a la dicción del art. 1.2 del Reglamento 44/2001, entra o no en su ámbito de aplicación el reconocimiento en un Estado miembro de un laudo arbitral dictado en otro Estado miembro, podría ser un indicio de que algún problema hay con las relaciones entre el Reglamento 44/2001 y el arbitraje, con el Tribunal de Luxemburgo o con ambos. En cualquier caso, el perjudicado parece ser la seguridad

jurídica, que se resiente cuando algo tan nítido como debería ser el tema objeto de la cuestión prejudicial planteada, precisa ser aclarado.

Rafael ARENAS GARCÍA

Universidad Autónoma de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.01>

1.2. Competencia judicial internacional en materia civil y mercantil

2015-21-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Derechos de autor.—Competencias especiales en materia delictual o cuasidelictual.—Determinación del lugar del hecho dañoso.—Fotografías difundidas a través de internet.

Preceptos aplicados: art. 5.3 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4.^a), de 22 de enero de 2015, asunto C-441/13, *Pez Hejduk vs. EnergieAgentur*. Ponente: M. Safjan.

F: curia.europa.eu.

El art. 5, punto 3, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de una supuesta vulneración de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya ejercitado la acción, dicho órgano jurisdiccional será competente, en virtud del lugar de materialización del daño, para conocer de una acción de responsabilidad por la vulneración de esos derechos cometida al ponerse en línea fotografías protegidas en un sitio de Internet accesible desde su circunscripción territorial. Dicho órgano jurisdiccional sólo será competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece.

Nota. 1. Nos hallamos ante una Sentencia del Tribunal de Justicia que versa sobre la violación de los derechos de autor, o afines a derechos de autor, en Internet, cometida al publicar unas fotografías en una página web que opera bajo el dominio de primer nivel de un Estado miembro (Alemania), diferente de aquél en que el titular del derecho tiene su domicilio (Austria) y donde ha sido interpuesta la demanda. Se trata de una fotógrafa profesional de arquitectura, la *Sra. Hejduk*, autora de obras fotográficas que representan los trabajos del *Sr. Reinberg*. El *Sr. Reinberg* utilizó las fotografías de sus obras —con el consentimiento de la autora— en un coloquio organizado por la demandada *Energie Agentur*, quien a su vez las colgó en una página web alemana sin su autorización.

2. En este asunto la pregunta de la cuestión prejudicial gira en torno a los criterios atributivos de la competencia judicial del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 (RBI, hoy art. 7.3 del Reglamento Bruselas I bis) en el caso de una vulneración de un derecho patrimonial de autor cometido a través de Internet, en el que no es fácil localizar territorialmente la materialización del daño. Con anterioridad, el TJUE ha tenido ocasión de tratar temas similares a través de las Sentencias *Pinckney* (REDI, 2014-4-Pr, con nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J., pp. 251-254), y la Sentencia *eDate Advertising* (REDI, 2012-7-Pr, con nota de LEIN, E., pp. 193-198). Sin embargo el supuesto en esta

ocasión presenta ciertas particularidades que llevan a las partes a centrar el debate en la posibilidad de proyectar la doctrina de una u otra resolución a este supuesto concreto.

3. Empecemos desde el principio. La expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiera producirse el hecho dañoso» del art. 5.3 RBI (art. 7.3 RBIBis) se refiere al mismo tiempo a la posible competencia de los tribunales del lugar donde se ha materializado el daño y a los del lugar donde se ha producido o ha tenido origen el hecho causal. La acción puede ejercitarse a elección del demandante ante cualquiera de los dos lugares (tal y como establece la Sentencia *Coty Germany*, asunto C-360/12, *REDI*, 2014-24-Pr, con nota de DESANTES REAL, M., pp. 258-262). Pero en esta ocasión el TJUE descarta la posibilidad de aplicar la segunda de las conexiones. Proyecta análogicamente la jurisprudencia vertida en la Sentencia *Winstersteiger* (asunto C-523/10, *REDI*, 2012-20-Pr, con nota de DE MIGUEL ASENSIO, P., pp. 227-231) y despeja el significado de lugar de origen del hecho causal estableciendo que el hecho que genera la eventual vulneración de los derechos de autor a través de Internet, se debe a la conducta del propietario del sitio web (apdo. 24), al fin y al cabo, detonante «del proceso técnico consistente en enseñar las fotografías en Internet». De esta forma, concluye que el lugar donde se produce el hecho causal en el presente sería la sede de *Energie Agentur* y el tribunal competente el alemán y no el austriaco donde ha acudido la actora.

4. Descartada la aplicación del lugar de origen en aras a determinar la competencia del tribunal austriaco sólo nos queda acudir a la aplicación del lugar donde se ha materializado el daño. En este caso la materialización del daño es difusa y la viabilidad de que el daño se localice en un Estado distinto de aquél donde el demandado haya vulnerado los derechos de autor (colgando las fotografías en su sitio de Internet) se pone en entredicho (véase ORÓ MARTÍNEZ, C., «Lugar de producción del hecho dañoso cuando el demandado no ha actuado en el estado del foro: el caso de las acciones por infracción de derechos de autor», *La Ley Unión Europea*, septiembre 2014, núm. 18). El TJUE despeja la cuestión y avanzando un paso más en la interpretación del art. 7.3 del RBIBis, define qué debemos entender como «materialización del daño» en estos supuestos. Establece que no hace falta que el sitio de Internet controvertido se «dirija al Estado miembro donde se ha ejercitado la acción» y descarta la teoría de la focalización tal y como hiciera antes en la Sentencia *Pinckney* (véase DE MIGUEL ASENSIO, P., «Tribunales competentes en materia de infracciones de derechos patrimoniales de autor cometidas a través de Internet», *La Ley-Unión Europea*, 2014, núm. 11). Bajo estas circunstancias ha de considerarse que tanto la materialización del daño como el riesgo de dicha materialización se derivan de la posibilidad de acceder en el Estado miembro ante el que se ha ejercitado la acción a través del sitio de Internet a las fotografías amparadas por los Derechos esgrimidos (apdo. 34) asentando la teoría de la accesibilidad (criticada por LOPÉZ-TARUELLA MARTÍNEZ, A., en *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 117 y ss.).

5. Una vez aclarada la competencia del tribunal austriaco como lugar de materialización del daño, todavía queda despejar si en su sede se podrá reclamar la totalidad del daño sufrido (tal y como pretende la autora) o únicamente por los daños producidos en ese territorio (como defiende el demandado). La solución parece depender de la extensión de la jurisprudencia asentada en las citadas sentencias *eDate Advertising* o en la *Pinckney*. En la primera se extrapolaba la jurisprudencia sobre los derechos de la personalidad de la Sentencia *Shevill* (asunto C-68/93) a los supuestos de violaciones

cometidas a través de Internet, caracterizados por la «deslocalización del daño», y se añadía un criterio adicional que, en extensión del centro de intereses de la víctima, permitía reclamar en ese foro la totalidad del daño sufrido. Pero el asunto *Pinkney* no trata sobre los derechos de la personalidad sino sobre los derechos patrimoniales de autor; y éstos, al igual que los derechos de la propiedad industrial (asunto *Wintersteiger*), están sujetos al principio de territorialidad. De modo que el lugar donde se ha sufrido el daño es aquél donde está protegido el derecho patrimonial que se invoca y donde el daño puede materializarse. Y los tribunales de ese Estado van a ser competentes únicamente para conocer el daño causado en ese territorio.

6. En esta ocasión el TJUE parece inclinarse por aplicar lo estipulado en el asunto *Pinckney* y rechaza el argumento utilizado en *eDate Advertising* de aplicar el criterio de centro de intereses de la víctima extendiendo la reclamación a la totalidad del daño. De esta forma a pesar de atribuir la competencia a los tribunales del lugar de donde se materializa el daño, y por tanto del domicilio de la víctima, Austria, la limita al perjuicio producido en ese territorio. Ahora bien, la solución por la que se ha optado no está exenta de problemas. Tal y como establece el Abogado General P. Cruz Villalón, en sus Conclusiones Generales de 11 de septiembre de 2014, presenta grandes dificultades a la hora de cuantificar los daños producidos en ese Estado, en tanto la mera accesibilidad no ofrece indicios suficientes que nos permitan segmentar territorialmente los efectos de la violación.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI
Universidad de Deusto
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.02>

2015-22-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: RESPONSABILIDAD DEL EMISOR DE TÍTULOS DE DEUDA.—Reglamento 44/2001.—Contratos celebrados por los consumidores.—Adquisición de títulos emitidos por un banco establecido en otro Estado miembro, a través de un intermediario de un tercer Estado miembro.—Competencia para conocer de las acciones contra el banco emisor.

Preceptos aplicados: arts. 5.1.a), 5.3, y 15.1 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2015, asunto C-375/13, *Harald Kolassa y Barclays Bank plc*. Ponente: M. Safjan.

F.: *curia.europa.eu*.

1) *El artículo 15, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 [...] debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, el demandante que, como consumidor, ha adquirido un título de deuda al portador a un tercero profesional, sin que se haya celebrado un contrato entre dicho consumidor y el emisor de dicho título —lo que corresponde comprobar al tribunal remitente— no puede invocar la competencia establecida en esa disposición para interponer una acción frente a la entidad emisora del mencionado título de deuda basada en las condiciones del empréstito, en el incumplimiento de las obligaciones de información y de control y en la responsabilidad del folleto.*

2) *El artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, un demandante que ha adquirido un título de deuda al portador a un tercero, sin que su emisor haya asumido*

libremente una obligación frente a dicho demandante, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente, no puede invocar la competencia establecida en esta disposición a los fines de la acción interpuesta contra el mencionado emisor basada en las condiciones del empréstito, en el incumplimiento de las obligaciones de información y de control y en la responsabilidad del folleto.

3) *El artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una acción que tiene por objeto que se declare la responsabilidad del emisor de un certificado por el folleto relativo a éste y por el incumplimiento de otras obligaciones jurídicas de información que incumben a dicho emisor, siempre que esta responsabilidad no esté incluida en la materia contractual, en el sentido del artículo 5, punto 1, de dicho Reglamento. En virtud del punto 3 del mismo artículo, los tribunales del domicilio del demandante son competentes, en razón de la materialización del daño, para conocer de tal acción, en particular, cuando el daño alegado se materializa directamente en una cuenta bancaria que el demandante tiene en un banco establecido en el territorio de estos tribunales.*

Nota. 1. Aunque algunos instrumentos del Derecho de la UE han prestado en los últimos años atención a la regulación de los aspectos materiales de la responsabilidad derivada de la emisión de obligaciones en los mercados financieros, las cuestiones de Derecho internacional privado que las reclamaciones en ese ámbito pueden plantear se caracterizan por una particular complejidad acentuada por la ausencia en los instrumentos de la UE sobre competencia judicial y ley aplicable de reglas específicas sobre esa materia. En este contexto debe valorarse el interés de la sentencia reseñada. Sobre todo la Sentencia *Kolassa* resulta relevante en relación con la concreción del carácter no contractual de ciertas reclamaciones, la delimitación del alcance de las reglas específicas de protección de los consumidores, así como, muy especialmente, la localización del lugar del daño como criterio atributivo de competencia en el marco del (ahora) art. 7.2 Reglamento Bruselas I bis.

2. En síntesis, el litigio en el marco del cual se plantea la cuestión prejudicial va referido a la demanda interpuesta por un consumidor domiciliado en Austria que había invertido cierta cantidad de dinero en certificados emitidos por un banco domiciliado en el Reino Unido, como consecuencia de la pérdida de valor de los certificados. Ese Banco había difundido el folleto de la emisión también en Austria. Los certificados como títulos de deuda al portador se vendieron por el Banco a inversores institucionales, los cuales, a su vez, los revendieron a consumidores como el demandante en el litigio principal. En concreto, el intermediario había cumplido la orden del inversor «en régimen de depósito fiduciario», de modo que había asumido en nombre propio y por cuenta del inversor la custodia de los certificados, por lo que el inversor «sólo podía reclamar la entrega de los certificados correspondientes a su parte en los activos de cobertura, entendiéndose que éstos no podían transmitirse a su favor» (apdo. 15 de la sentencia).

En tales circunstancias, el inversor optó por demandar ante los tribunales de su propio domicilio (Austria) al Banco emisor con sede en el Reino Unido. Las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia iban referidas precisamente a interpretar si los tribunales austriacos tienen competencia para conocer de la reclamación frente al emisor establecido en otro Estado miembro.

3. Un primer elemento de interés es el relativo a la negativa del Tribunal de Justicia a que tal competencia pueda fundarse en las reglas específicas de competencia en materia de contratos de consumo. El Tribunal reitera su jurisprudencia previa acerca

de que la efectiva celebración de un contrato entre el profesional y el consumidor es un requisito imprescindible para que pueda operar esa regla de competencia. Entiende el Tribunal que en un caso como el del litigio principal no se ha celebrado un contrato entre el consumidor y el emisor de los títulos, para lo que no basta que haya una cadena de contratos en virtud de los cuales ciertos derechos y obligaciones del emisor puedan transmitirse al consumidor.

4. En segundo lugar, la Sentencia *Kolassa* rechaza también que el feroe especial en materia contractual (ahora, art. 7.1 RBIBis) resulte de aplicación en un supuesto como el del litigio principal. Si bien de acuerdo con su jurisprudencia previa la aplicación de esta norma no requiere que se haya celebrado un contrato entre las partes, sí que presupone «la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante» (apdo. 39). El Tribunal considera que no existe tal vínculo entre el emisor y el inversor que adquiere un título de deuda al portador a un tercero, como en el litigio principal. Por el contrario, en relación con otro tipo de situaciones en las que tal vínculo sí puede existir, sí sería aplicable el art. 7.1 del RBIBis (véase la STJ de 18 de mayo de 2013, C-228/11, *Melzer*, apdo. 37).

Ahora bien, el alcance de la postura adoptada por el Tribunal de Justicia sobre este particular puede resultar controvertido. En concreto, en el apdo. 6 de la Sentencia *Kolassa* el Tribunal menciona que no existe ningún contrato entre el banco y el inversor en el litigio principal «ya que (el inversor) no es el tenedor de los títulos de deuda» que conserva el intermediario, por lo que puede surgir la duda de si el vínculo exigido por el art. 7.1 sí puede existir en otras situaciones en las que el inversor no adquiere los títulos directamente del emisor pero sí es tenedor de los títulos. En todo caso, del conjunto de la sentencia parece desprenderse que resulta determinante a tal efecto el que el inversor hubiera adquirido los títulos en el mercado secundario de un tercero distinto del emisor (en sentido similar, véase el apdo. 64 de las conclusiones del Abogado General Bot en el asunto C-366/13, *Profit Investment*, pendiente ante el Tribunal de Justicia, y del que cabe esperar precisiones relevantes en relación, entre otros aspectos, con la oponibilidad de las cláusulas de jurisdicción incluidas en folletos de emisión de títulos).

5. Excluida en el caso concreto la calificación contractual, el Tribunal reitera en la Sentencia *Kolassa* que la regla de competencia en materia de responsabilidad extracontractual presenta en este ámbito un carácter residual con respecto a la materia contractual, y afirma que «las acciones de responsabilidad contra un emisor a causa del folleto y del incumplimiento de otras obligaciones jurídicas de información a los inversores están incluidas en responsabilidad extracontractual del artículo 7.2 Reglamento Bruselas I bis tiene también la materia delictual y cuasidelictual, siempre que no estén cubiertas por el concepto de “materia contractual”...» (apdo. 44). Esta calificación en el marco del Reglamento Bruselas I bis es autónoma e independiente del carácter contractual o extracontractual que las acciones tengan en la legislación nacional aplicable.

Con respecto a la aplicación del mencionado art. 7.2 en las reclamaciones de daños derivadas del incumplimiento por el emisor de sus obligaciones relativas al folleto y la información a los inversores, la sentencia incluye aportaciones relevantes tanto sobre la concreción del lugar de origen del daño como del lugar del manifestación del daño, tras aclarar que, conforme a la jurisprudencia previa, a esos dos elementos hace referencia el art. 7.2 cuando emplea como conexión «el lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso».

6. Del apdo. 53 de la sentencia se desprende que el lugar de origen del daño se localiza básicamente donde se adoptan (por el banco emisor) las decisiones relativas a las modalidades de inversión propuestas y a los contenidos de los folletos, o donde los folletos han sido redactados y distribuidos al inicio, que en el litigio principal sería el Estado del domicilio social del banco emisor. De modo que en el caso concreto este criterio resulta de nula utilidad en la medida en que los tribunales de ese país son ya competentes con carácter general con base en el fuero del domicilio del demandado (art. 4 RBibis).

7. Por su parte, el lugar de manifestación del daño se localiza dónde lo sufre el inversor y, para concretar éste, el Tribunal complementa el criterio ya establecido en su Sentencia *Kronhofer*, afirmando ahora que los «tribunales del domicilio del demandante son competentes, en razón de la materialización del daño, para conocer de tal acción, en particular, cuando el mencionado daño se produce directamente en una cuenta bancaria del demandante en un banco establecido en el territorio de esos tribunales» (apdo. 55). Cabe recordar que en su Sentencia de 10 de junio de 2004, C-168/02, *Kronhofer* (apdo. 21), el Tribunal había concluido que el lugar de manifestación del daño: «No comprende el lugar del domicilio del demandante en el que se localice el «centro de su patrimonio», sólo por el hecho de que el demandante haya sufrido en ese lugar un perjuicio económico como consecuencia de la pérdida de una parte de ese patrimonio acaecida y sufrida en otro Estado contratante». Ahora bien, cuando el daño se materializa directamente en una cuenta del demandante situada en el Estado miembro en el que tiene su domicilio, el art. 7.2 sí permite demandar al inversor ante los tribunales de su domicilio, destacando que en tales circunstancias es previsible para el demandado «dado que el emisor de un certificado que no cumple sus obligaciones legales relativas al folleto, cuando decide que se difunda el folleto relativo a este certificado en otros Estados miembros, debe esperar que inversores insuficientemente informados, domiciliados en otros Estados miembros, inviertan en este certificado y sufran el daño» (apdo. 56 Sentencia *Kolassa*). No obstante, los apdos. 55 y 57 y el fallo (punto 3) de la sentencia no hacen referencia a la vinculación entre la localización de la cuenta bancaria en la que se materializa directamente el daño y el lugar (o lugares) en los que el emisor decide que se difunda el folleto.

8. Para concluir, cabe reseñar que si bien algunos de los planteamientos adoptados en esta sentencia pueden resultar también relevantes al abordar las cuestiones de determinación de la ley aplicable, por ejemplo, en relación con la delimitación entre el Reglamento Roma I y el Reglamento Roma II, lo cierto es que la aplicación de este último a este tipo de reclamaciones resulta, como es bien conocido, fuente de controversia ante la ausencia de reglas específicas. En este sentido la mera proyección de la interpretación del lugar del daño que prevalece en la interpretación del art. 7.2 RBibis a las normas sobre ley aplicable (en especial, al art. 4.1 Reglamento Roma II) podría conducir a un resultado inapropiado.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Universidad Complutense de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.03>

2015-23-Pr

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL.—Reglamento 44/2001.—Cláusula atributiva de competencia judicial del art. 23 del Reglamento 44/2001: forma.—Transmisión efectuada por medios electrónicos proporcionando un registro duradero del acuerdo.—Consulta e impresión de las condiciones generales

de contratación desde un enlace que permite visualizarlas en una nueva ventana.—Técnica de aceptación mediante un clic (click-wrapping).

Preceptos aplicados: art. 23 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de mayo de 2015, asunto C-322/14, *Jaouad El Majdoub v. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*. Ponente: C. Toader.

F: curia.europa.eu.

El art. 23.2 R. 44 [...] debe interpretarse en el sentido de que la técnica de aceptación mediante un «clic» de las condiciones generales, que incluyen una cláusula atributiva de competencia, de un contrato de compraventa celebrado por vía electrónica, como el del litigio principal, constituye una transmisión por medios electrónicos que proporciona un registro duradero de dicha cláusula, en el sentido de esta disposición, siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato.

Nota. 1. El Sr. El Majdoub, concesionario de automóviles domiciliado en Colonia (Alemania) y demandante en el litigio principal, adquirió en el sitio *web* propiedad de la demandada CarsOn The Web.Deutschland GmbH, domiciliada en Amberg (Alemania), un automóvil eléctrico a buen precio. Cancelada la venta por el vendedor, El Majdoub reclamó la cesión de la propiedad del vehículo ante el *Landgericht Krefeld*, dado el domicilio en Alemania de CarsOn y no ante los Tribunales belgas aun cuando la domiciliación en Bélgica de su sociedad matriz. CarsOn entiende la no competencia de los Tribunales alemanes y sí de los belgas: se basa, además de por haber solicitado el comprador a la sociedad matriz belga la emisión de una factura sin el IVA o por haber pagado el precio del automóvil a través de una cuenta belga, en la existencia de una cláusula de sumisión expresa a favor de un Tribunal de Lovaina (Bélgica) contenida en las condiciones generales de contratación (art. 7) de una operación realizada por Internet, accesibles desde su sitio *web*. El Majdoub considera que el acuerdo atributivo de competencia de ese art. 7 no se ajusta al art. 23.1.a) del Reglamento 44/2001 (RBI) al no incorporarse válidamente al contrato de compraventa por no celebrarse por escrito, dado que la página *web* de CarsOn, que contiene sus condiciones generales de contratación, no se abre automáticamente con el registro ni con cada compra, sino que es necesario seleccionar una casilla con la indicación *Hacer clic aquí para acceder a las condiciones generales de entrega y pago en una nueva ventana* (técnica de aceptación mediante un *clic* o *click-wrapping*). Dado que está en juego su competencia, el órgano jurisdiccional remitente cuestiona si esta técnica en la que el texto de las condiciones generales no se abre automáticamente con el registro en el sitio *web* ni cuando se efectúa una transacción, sino tras un *clic*, que remite a una página distinta, donde la contraparte contractual sí tiene la posibilidad de imprimirlo o guardarla, se ajusta a las exigencias del art. 23.2 del RBI, esto es, a una transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo y, por consiguiente, por escrito.

2. Al derogar la competencia general del art. 2 del RBI y especial de los arts. 5-7 del RBI, debe interpretarse de manera estricta un art. 23 del RBI (con más razón, el art. 25 del Reglamento 1215/2012, al eliminar las exigencias espaciales de domiciliación de cualquiera de las partes) que habla, como es sabido, de la competencia exclusiva (mejor, *única, ex art. 17 del CB de 1968*) de aquellos Tribunales comunitarios seleccionados a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes (apdo. 14

de la STJCE de 20 de febrero de 1997, *MSG*). Subordinar la validez de una cláusula atributiva de competencia a la existencia de un *acuerdo* (apdo. 26 de la STJUE de 7 de febrero de 2013, *Refcomp*), pasa por verificar si esa cláusula nace efectivamente de un consentimiento manifestado de manera clara y precisa por las partes: las exigencias de forma del art. 23 del RBI no tienen otra función que garantizar la prueba efectiva de la existencia de este consentimiento (apdo. 15 de la citada Sentencia *MSG*), que la irrupción de Internet y las nuevas tecnologías no hace sino complicar, obligando al legislador no sólo a adaptar sus normas (art. 1.10 de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales; internamente, art. 23 de la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico...*), tal como sucede con el art. 23.2 del RBI (y 25.2 del Reglamento 1215/2012; punto ausente en el anterior art. 17 del CB de 1968), sino también a valorar la compatibilidad de su tenor con las nuevas técnicas de comunicación, esta vez con la técnica de aceptación mediante un *clic* o *click-wrapping*. Aunque en el caso que nos ocupa se plantea si esta técnica responde a la idea de transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo, y, por tanto, equivalente a por escrito, lo cierto es que la validez formal de las cláusulas de elección de foro por medios electrónicos no va a depender en muchas ocasiones de la consideración como por escrito de la transmisión sino de su adecuación a los hábitos establecidos entre las partes o, en el comercio internacional, a los usos que las partes conozcan o deban conocer [art. 23.1.b) y c) del RBI].

3. Aunque sí pueden ser importantes para hacer prueba de su existencia, ni el RBI ni el Reglamento 1215/2012 exigen formalidades especiales, como la utilización del sistema de firma electrónica, a la hora de considerar un acuerdo como celebrado por escrito: la finalidad del art. 23.2 del RBI al considerar hecha por escrito la transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo es asimilar a la forma escrita, en orden a simplificar la celebración de contratos por medios electrónicos, determinadas modalidades de transmisión electrónica (FD 36). Para cumplir esta exigencia basta con que la información en la que consta el pacto de sumisión expresa se contenga en un soporte que posibilite su posterior consulta al poder ser archivado electrónicamente o trasladado al papel a través de su impresión, tal como sucede cuando la contratación se formaliza mediante el intercambio de mensajes de correo electrónico o por el contacto interactivo con una página *web* (DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado de Internet*, Navarra, 5.^a ed., Thomson-Civitas, 2015, p. 1014). Es lo que aquí sucede cuando el comprador en el asunto principal, antes de efectuar su compra, aceptó de forma expresa las condiciones generales en cuestión, en las que figuraba el pacto de elección de foro, marcando la casilla correspondiente en el sitio *web* del vendedor; y ello, aun cuando esta operación no suponía la apertura automática del documento que las contenía, lo que exigía hacer otro *clic* en un hipervínculo específico previsto para ello, esto es, aun cuando la ventana que mostraba las condiciones generales no se abría automáticamente con el registro en el sitio *web* ni cuando se efectuaba una operación de compra o cualquier otra transacción.

La realidad del consentimiento de los interesados, objetivo del art. 23 del RBI, no pasa necesariamente por el hecho de que el registro del acuerdo se haya creado de hecho, sino sólo que la página *web* conceda a las partes la posibilidad de proceder a su registro de forma duradera (FD 32), esto es, lo que hace la norma es exigir la *posibilidad* de registrar el acuerdo atributivo de competencia de forma duradera, independientemente de si el texto de las condiciones generales fue efectivamente registrado por el comprador, antes o después de marcar la casilla indicando que acepta las referidas condiciones (FD 33). O, lo que es lo mismo, la intención del art. 23 del RBI es

que la exigencia de un acuerdo *escrito* o de un acuerdo verbal con confirmación *escrita* no cuestione la validez de una cláusula de elección del foro convenida en un soporte no escrito pero cuyo contenido sea accesible a través de una pantalla [Exposición de Motivos de la *Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, presentada por la Comisión el 14 de julio de 1999, COM(1999) 348 final]: en este sentido, y siguiendo esta interpretación histórica y teleológica del art. 23.2 del RBI, pueden entenderse cumplidos los requisitos formales del art. 23.1 del RBI en tanto que sea «posible crear un registro duradero de una comunicación electrónica imprimiéndola o salvando una copia en cinta o en disco o almacenándola de cualquier otra forma [...]»; [y ello], [...] aunque ese registro duradero no se haya creado de hecho [...] [de manera que] [...] el registro no se exigirá como condición necesaria para la validez formal o la existencia de la cláusula» (POCAR, F., Informe al *Convenio de Lugano de 30/7/07 relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, apdo. 109). En consecuencia, dado que los datos también se transmiten en caso de que se pueda acceder a ellos a través de una pantalla, basta, como es el caso, con que sea *posible* guardar e imprimir la información antes de la celebración del contrato, aspecto que, por otra parte, no se cuestiona en tanto que la técnica de aceptación mediante un *clic* o *click-wrapping* permite imprimir y guardar el texto de las condiciones generales antes de la celebración del contrato (FD 39; también art. 7.4 de la *Ley Modelo CNUDMI Arbitraje Comercial Internacional*).

4. No se opone lo expuesto a la interpretación del TJUE de la exigencia del art. 5.1 de la *Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*, de que el consumidor deberá «recibir» determinada información, «por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero»: cuando el TJUE entiende que no puede considerarse *soporte duradero*, en tanto en cuanto que tal información no es ni *facilitada* por la empresa ni *recibida* por el consumidor, aquella práctica comercial consistente en dar acceso a la información sólo mediante un hipervínculo a un sitio de Internet (apdo. 51 de la STJUE de 5 de julio de 2012, *Content Services*), lo hace en el contexto de un art. 5.1 de la Directiva 97/7 presidido por un principio, la protección de los consumidores, que no está detrás del art. 25.2 del RBI (FFDD 37 y 38; ahora, art. 8 de la *Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores*, cuya nueva terminología puede hacer dudar del alcance de esta jurisprudencia; proyectándola, DE MIGUEL ASENSIO, P., *op. cit.*, p. 927).

Javier MASEDA RODRÍGUEZ

Universidad de Santiago de Compostela
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.04>

2015-24-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento 44/2001.—Infracción al art. 101 TFUE.—Acción indemnizatoria.—Foro alternativo en materia delictual y quasi-delictual.

Preceptos aplicados: arts. 6.1, 5.3 y 23.1 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4.^a), de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV y otros*. Ponente: M. Safjan.

F: curia.europa.eu.

1) *El artículo 6, punto 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 [...] debe interpretarse en el sentido de que la regla de concentración de competencias en caso de pluralidad de demandados que esa disposición establece puede aplicarse en el supuesto de una acción para la condena solidaria al pago de una indemnización y para la presentación de informaciones, [...] y ello incluso si el demandante ha desistido de su acción frente al único codemandado domiciliado en el Estado miembro del tribunal que conoce del asunto, a menos que se acredite la existencia de una colusión entre el demandante y el referido codemandado para crear o mantener de forma artificial las condiciones de aplicación de esa disposición en el momento de ejercitarse la acción.*

2) *El artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, cuando se reclama judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en diferentes Estados miembros [...] cada una de [las] víctimas puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel, o del lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo específico e identificable por sí solo como el hecho causal del perjuicio alegado, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social.*

3) *El artículo 23, apartado 1, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, [...] permite tener en cuenta las cláusulas atributivas de competencia contenidas en contratos de suministro, incluso cuando su efecto sea excluir las reglas de competencia internacional previstas en los artículos 5, punto 3, y/o 6, punto 1, de ese Reglamento, siempre que esas cláusulas se refieran a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia.*

Nota. 1. La sentencia que aquí se comenta es la primera en pronunciarse sobre la articulación de las disposiciones de Derecho internacional privado europeo con el Derecho de la competencia. Siendo varias las cuestiones resueltas, este comentario incidirá en la concreción del foro del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 (en adelante, RBI, que ha sido sustituido por el Reglamento 1215/2012) elaborada por el Tribunal de Justicia (en adelante, TJ) en materia de prácticas concertadas (*infra* 5). Analizaremos también las complejidades que conlleva la aplicación de esta norma en el asunto principal. Previamente expondremos los hechos del caso, la solución del TJ (*infra* 2 y 3) y haremos una valoración general de la decisión (*infra* 4).

2. Evonik Degussa —el demandado principal— junto con varias empresas, formaron el cártel de peróxido de hidrógeno en 1994. Hasta los años 2000, cometieron una violación única y continuada de los arts. 81 CE [101 TFUE] y 53 EEE, finalmente sancionada por la Comisión Europea. En marzo de 2009, Cartel Damage Claims (en adelante, CDC), una sociedad belga cesionaria de las acciones de treinta y dos demandantes procedentes de distintos Estados miembros, demandó a Evonik Degussa y al resto de infractores ante un tribunal de Dortmund (Alemania) con el fin de obtener la reparación del daño resultante del incremento en el precio de las mercancías comercializadas por los miembros del cártel. Posteriormente, CDC llegó a un acuerdo con Evonik Degussa, y desistió de su demanda. Por su parte, los demás demandados impugnaron la competencia de los tribunales alemanes, invocando la existencia de acuerdos de elección de foro o cláusulas arbitrales. A raíz de estas consideraciones, el tribunal remitente pregunta, por una parte, si puede fundamentar su competencia en los arts. 6.1 o 5.3 del RBI y por otra, si las cláusulas atributivas de competencia (art. 23 del RBI) y de arbitraje concluidas entre las partes distorsionan las reglas de competencia judicial aplicables al caso concreto.

3. La primera tarea que aborda el TJ consiste en determinar si el art. 6.1 del RBI permite atraer a los miembros de un cártel al foro del domicilio de uno de los

demandados. El TJ responde afirmativamente porque, por los vínculos que atan a los cartelistas, interponer demandas separadas podría generar resoluciones inconciliables. El TJ confirma que la competencia judicial adquirida según el art. 6.1 del RBI no desaparece si se produce desistimiento de la demanda frente al demandado principal, salvo que los demandantes hayan creado las condiciones para que se aplique tal norma y así, evitar la competencia de otros tribunales. En este caso, el TJ concluye que no existen elementos probatorios suficientes que permitan afirmar el comportamiento conspirativo de las partes. Seguidamente, el TJ analiza la aplicación del art. 5.3 del RBI, destacando que, conforme a esta norma, cada uno de los demandantes puede interponer su demanda alternativamente: 1) ante los tribunales del lugar en el que se constituyó el cártel; 2) ante los tribunales del lugar donde se concluyó un acuerdo generador de daños; 3) o ante los del lugar en el que se manifestaron los daños que corresponderá, en principio, al domicilio social de la víctima. Por último, el TJ considera que las cláusulas atributivas de competencia y arbitrales se aplican a las relaciones entre las partes del asunto principal.

4. La correcta interpretación del TJ respeta el tenor de las reglas vigentes de Derecho internacional privado. Concretamente, la atracción de los participantes de un cártel al foro del domicilio del demandado principal es coherente con la línea jurisprudencial establecida hasta ahora (STJCE C-103/05, *Reisch Montage AG c. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*; STJCE C-98/06, *Freeport plc c. Olle Arnoldsson*). También es acertado el razonamiento del Tribunal acerca del art. 23 del RBI, pues respeta el principio de la autonomía de la voluntad. Según éste, los acuerdos atributivos de competencia o arbitrales se tendrán en consideración si su tenor engloba controversias resultantes de un ilícito concurrencial. Más dudosa, por el contrario, es su interpretación del art. 5.3 del RBI: el TJ precisa cuáles son los foros incluidos en el ámbito del art. 5.3 del RBI pero silencia las dificultades prácticas que plantea la aplicación de esta norma a un caso de Derecho de la competencia, y esto a pesar de las preocupaciones expresadas por el Abogado General en sus conclusiones (apdos. 7-10). En esta tesitura, tal vez hubiera sido oportuno que el TJ explicase su decisión de concretar el foro del art. 5.3 del RBI como lo hizo y aclarara su elección de apartarse de la opinión del Abogado General en cuanto a la aplicación de esta misma norma.

5. La delimitación del foro del art. 5.3 del RBI en materia de prácticas concertadas ciertamente pone fin a las numerosas dudas que han surgido alrededor de esta cuestión. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, la aplicación de esta norma sigue siendo problemática. Para empezar, el lugar de conclusión de un cártel o de un acuerdo ilícito específico (*Handlungsort*) parece ser un foro adecuado, ya que concuerda con la jurisprudencia *Shevill* (C-68/93, *Fiona Shevill y otros c. Presse Alliance SA*) y está respaldado por la doctrina [DANOV, M., *Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 92-94; BASEDOW, J., «International cartel and the place of acting under 5(3) of the Brussels I Regulation», en BASEDOW, J. et al. (coords.), *International antitrust litigation*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 33-34]. A pesar de ello, cabe señalar que este foro es de difícil concreción debido a la naturaleza secreta de los acuerdos de los miembros de un cártel. Además, en este lugar sólo se pueden reclamar los daños que estén causalmente vinculados con el hecho generador. Por consiguiente, el foro pierde su utilidad si se identifica una multitud de actos ilícitos cometidos en lugares distintos. Subrayamos que la dispersión geográfica de las violaciones al Derecho de la Unión entorpece sobremanera la acumulación de los procedimientos judiciales en un foro único, como pretende CDC. Resulta conveniente señalar también que el TJ no ha retenido el lugar de implementación del acuerdo ilícito como foro válido del art. 5.3 del RBI y esto, a

pesar de las razonables sugerencias doctrinales que apoyan esta interpretación con base en el caso *Ashlström* (asuntos acumulados C-89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö y otros c. Comisión*, donde el TJ distingue entre la conclusión del acuerdo colusorio y su ejecución). Esta omisión puede justificarse porque resulta arduo identificar el lugar concreto de implementación del acuerdo: ¿deberíamos considerar que se trata del lugar del domicilio del infractor porque allí se concretan las decisiones de restricción al Derecho de la competencia con respecto a un mercado determinado? o ¿debería este lugar corresponder al lugar de conclusión de los contratos de compraventa porque allí se produce el daño resultante del incremento en los precios?

En cuanto al lugar de materialización del daño (*Erfolgsort*), el TJ aclara que este lugar corresponderá en principio con el domicilio social de la víctima, lo que facilita la identificación del tribunal competente. Este razonamiento parece lógico porque es el lugar donde se resiente la pérdida económica resultante del control de los precios por parte de los cartelistas. Sin embargo, el lugar de la conclusión o ejecución del contrato de compraventa y el lugar de implementación del acuerdo ilícito son lugares igualmente válidos y vinculados con la infracción que el Tribunal hubiera podido considerar. En todo caso, el lugar de materialización del daño pierde su atractivo en caso de que los demandantes quieran unificar sus demandas debido a las limitaciones jurisdiccionales del tribunal de este foro. De todo esto se desprende que tanto las complejidades fácticas de la infracción como la del asunto principal como las restricciones territoriales del art. 5.3 del RBI obstaculizan la correcta aplicación de esta norma.

6. En conclusión, aunque valoramos positivamente la concreción del foro del art. 5.3 del RBI, el TJ deja importantes cuestiones abiertas como el desajuste del art. 5.3 del RBI y el Derecho de la competencia, lo que dificulta la apertura de un verdadero foro alternativo en materia delictual y, por tanto, debilita el derecho a la tutela judicial efectiva en particular para los demandantes que desean acumular acciones indemnizatorias resultante de una infracción al Derecho de la competencia. Afortunadamente, la posibilidad de recurrir al art. 6.1 del RBI matiza esta conclusión.

Alexia PATO
Universidad Autónoma de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.05>

1.3. Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental

2015-25-Pr

RESPONSABILIDAD PARENTAL.—Prórroga de la competencia.—Aceptación de la competencia.—Alcance de la prórroga.—Inexistencia de proceso conexo.

Precepto aplicado: art. 12.3 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 (Bruselas II bis).

Caso 1. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 2.^a) de 1 de octubre de 2014, asunto C-436/13, E. y B. Ponente: A. Arabadjiev.

F: curia.europa.eu.

La competencia en materia de responsabilidad parental, prorrogada, en virtud del artículo 12, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 [...] en favor de un órga-

no jurisdiccional de un Estado miembro ante quien los titulares de la responsabilidad parental han incoado de común acuerdo un procedimiento, se extingue al recaer una resolución firme en el marco de dicho procedimiento.

Caso 2. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.^a) de 11 de noviembre de 2014, asunto C-656/13, L. y M. Ponente: E. Jarašiūnas.

F: *curia.europa.eu.*

1) *El art. 12, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 [...] debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de un procedimiento en materia de responsabilidad parental, dicha disposición permite fundamentar la competencia de un tribunal de un Estado miembro que no es el de la residencia habitual del menor, aun cuando no exista ningún otro procedimiento pendiente ante el tribunal elegido.*

2) *El art. 12, apartado 3, letra b), del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que no puede considerarse que la competencia del tribunal ente el que una parte insta la sustanciación de un procedimiento en materia de responsabilidad parental ha sido «aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento», a efectos de dicha disposición, cuando la parte demandada en este primer procedimiento inicie posteriormente un segundo procedimiento ante el mismo tribunal y alegue, con ocasión de la primera actuación que le incumbía en el primer procedimiento, la incompetencia del tribunal.*

Nota. 1. El art. 12.3 del Reglamento Bruselas II bis constituye una norma singular en el ámbito de la competencia judicial internacional sobre responsabilidad parental, sin parangón en sus antecedentes convencionales (los Convenios de La Haya de 1961 y de 1996). Permite un espacio para la autonomía de la voluntad en la determinación de la competencia aunque no es su finalidad esencial garantizar la libertad de elección de los tribunales por las partes, criterio que no está presente, como tal, ni en estos litigios ni en otros vinculados a menores, como los procesos sobre alimentos [art. 4.3 del Reglamento (CE) núm. 4/2009]. No se trata, en efecto, de establecer un criterio de competencia basado en la sumisión de las partes al modo conocido en Bruselas I bis, sino de justificar la competencia de unos tribunales por razones de economía procesal (art. 12.1) o de proximidad (art. 12.3), al margen del criterio general de la residencia habitual del menor (ANDRAE, M., «Erste Entscheidungen des EuGH zu Art. 12 Abs. 3 EuEheVO», *IPRax.*, 2015, pp. 212 y ss., esp. p. 214). Los supuestos de vinculación establecidos en el art. 12.3.a) (residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental o nacionalidad del menor) constituyen un *numerus apertus*, que no impedirá la valoración de otros supuestos (por ejemplo, una residencia habitual anterior del menor en el Estado). En todo caso, la expresa mención del criterio de la nacionalidad del menor permitirá rescatar, de alguna manera, la competencia de las autoridades de la nacionalidad en la estela del art. 4 del Convenio de La Haya de 1961 [RAUSCHER, T. (coord.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPPR/EuIPR*, Múnich, Sellier, 2010, p. 180].

Las dos Sentencias del Tribunal de Justicia objeto de este comentario inciden en algunos aspectos de funcionamiento de este criterio de la prórroga de competencia. En el asunto *E. y B.* se trata de determinar el alcance de la competencia del tribunal cuya competencia fue acordada. Básicamente, debía dilucidarse la posibilidad de que el Juzgado de 1.^a Instancia de Torrox (Málaga), que había dictado una resolución ratificando un acuerdo entre las partes sobre responsabilidad parental, fuera también

competente para un proceso posterior, en el que la madre pretendía una revisión de dicho acuerdo, en un momento en que ya el menor tenía nueva residencia habitual en el Reino Unido. En el asunto *L. y M.*, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre los requisitos exigibles para entender prorrogada la competencia y el alcance de esta prórroga cuando el litigio versa exclusivamente sobre medidas de responsabilidad parental, sin vinculación a otro proceso conexo. Del contenido de estas sentencias pueden derivarse varios condicionantes que deberán ser considerados al interpretar y aplicar el art. 12.3 del Reglamento Bruselas II bis.

2. El primer condicionante versa sobre los requisitos de la aceptación de la competencia. De la literalidad del art. 12.3 se deriva que dicha aceptación tiene que producirse en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y tiene que ser «aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento».

La fijación del momento de la aceptación, en el inicio del procedimiento en los términos establecidos en el art. 16 del Reglamento, sirve para delimitar el carácter de la sumisión. Por una parte, queda claramente excluida la sumisión expresa pactada previamente a un proceso (ANDRAE, M., *op. cit.*, p. 214), dado que dicho acuerdo sólo será posible, en su caso, una vez abierto el proceso. Por otra parte, se exige una inmediación en la aceptación de dicha competencia.

En cuanto a las conductas procesales que evidencien la aceptación de la competencia, el supuesto será claro cuando las partes expresamente la reconozcan. Más dudas se suscitan en relación con una aceptación basada en «cualquier otra forma inequívoca», que permite un margen de apreciación sobre la voluntad real de las partes en el proceso. En todo caso, se entiende exigible el principio de especialidad en la aceptación, esto es, que deba realizarse en relación con «el proceso concreto» abierto ante ese tribunal.

Estos contornos, definidos por el TJUE en el asunto *L. y M.*, son utilizados para considerar que en el asunto de referencia no se había producido dicha prórroga de competencia. En esencia, el problema se planteaba en torno a la valoración y las consecuencias del comportamiento procesal de la madre: existía una primera demanda, de 26 de octubre de 2012, presentada por el padre ante un tribunal checo; la madre, tan sólo tres días más tarde (el 29 de octubre de 2012), presenta una nueva demanda ante el mismo tribunal y con el mismo objeto; posteriormente, impugna la competencia de los tribunales checos por considerar competentes a los tribunales austriacos, correspondientes a la nueva residencia habitual de los menores.

Analizado aisladamente el comportamiento procesal de la madre cuando demanda ante los tribunales checos, podría derivarse una voluntad real de aceptación de la competencia de esos tribunales. No cabe cuestionar la falta de inmediación, cuando tan sólo habían transcurrido tres días desde la presentación de la demanda interpuesta por el padre. La ulterior impugnación de la competencia por la madre, en contra de sus propios actos, y los motivos aducidos para justificar su conducta (supuestamente obtener información sobre los hijos) sólo evidencia una estrategia procesal equivocada que pretende corregir con posterioridad. Por ello, de una valoración conjunta de esta conducta cabría deducir que no ha habido una voluntad real de reconocer la competencia de los tribunales checos.

3. El segundo condicionante tiene que ver que con la duración temporal del criterio de competencia basado en el art. 12.3: la prórroga de la competencia se agota una vez que el tribunal aceptado por las partes haya dictado una resolución que haya

devenido firme. En el asunto *E. y B.*, esta limitación impedía, a juicio del TJUE, que el Juzgado de 1.^a Instancia malagueño, que había adoptado una resolución ratificando el acuerdo de los padres, en relación con la custodia y los derechos de visita, extendiese su competencia a la modificación de dicha resolución. Evidentemente, esta firmeza ha de entenderse como cosa juzgada formal, siendo, por tanto, válida la prórroga en relación con las diferentes instancias dentro de un mismo procedimiento. Lo que supone es que cualquier proceso posterior que se plantee para modificar resoluciones anteriores, basándose en un cambio de circunstancias, requerirá una nueva valoración sobre la competencia de los tribunales, sin que el acuerdo de voluntades anterior extienda sus efectos a este nuevo proceso. Como indica el TJUE ni cabe presumir una aceptación de la competencia de estos tribunales con efectos vinculantes ilimitados, ni cabe presumir de manera indefinida que dicha competencia corresponde al interés superior del menor en el sentido exigido por el art. 12.3 (asunto *E. y B.*, apdo. 46).

En realidad, la evaluación de la competencia para cada proceso en concreto es una característica de los foros en materia de responsabilidad parental del Reglamento. La regla general es que no se prolonga la competencia de los tribunales que han dictado una resolución sobre una eventual modificación posterior de dicha resolución, dejando al margen el supuesto de modificación del derecho de visita cumplidas las condiciones establecidas en el art. 9. La fecha crítica viene establecida por la presentación de la demanda (art. 16 en relación con los arts. 8.1 y 12) momento en que habrá de verificarse, en cada caso, el cumplimiento de las circunstancias exigidas para justificar el foro de competencia (el acuerdo de voluntades, la residencia habitual del menor, etc.).

4. El tercer condicionante (cabría más bien decir, no condicionante) implica que no es necesario, para que opere la prórroga de la competencia, que exista un procedimiento conexo pendiente ante ese tribunal. El TJUE despeja de este modo las dudas derivadas de un tenor literal del art. 12.3 de interpretación incierta (los tribunales «tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental *en procedimientos distintos de los contemplados en el apartado 1*»). Entre las diversas opciones interpretativas, el TJUE opta por la más amplia: entiende aplicable el art. 12.3 respecto de procesos que versen exclusivamente sobre la responsabilidad parental, sin ser accesorios o dependientes de otros litigios ante esos tribunales. Tal conclusión puede compartirse en la medida en que favorece el margen de actuación de la autonomía de la voluntad para los litigios de responsabilidad parental; no convence, sin embargo, la fundamentación utilizada por el Tribunal de Justicia, basada en la igualdad de los hijos, matrimoniales y no matrimoniales. Ciertamente, la interpretación alternativa del art. 12.3 que ofrece el TJUE podría impedir totalmente el funcionamiento de la prórroga de competencia sobre litigios en relación con hijos no matrimoniales. A tal resultado se llegaría, en efecto, si se considerara que el art. 12.3 sólo operaría a favor de tribunales que estuvieran conociendo de un proceso matrimonial basado en criterios de competencia del Derecho autónomo (art. 7 en relación con la literalidad del arts. 12.1 y 12.3). Pero otra interpretación sería igualmente posible sin llegar a ese efecto no deseado: cabría considerar, por ejemplo, que la prórroga de competencia sólo podría producirse a favor de tribunales que estuvieran conociendo de otro proceso conectado con la responsabilidad parental, por ejemplo, alimentos (véase PATAUT, E., en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *Brussels II bis Regulation*, Múnich, Sellier, 2012, p. 156). Más interesante, para justificar la interpretación amplia del art. 12.3, es la finalidad de potenciar la autonomía de la voluntad a favor de tribunales sólo por el hecho de estar estrechamente vinculados con el menor, con base en conexiones (como

la nacionalidad o una residencia habitual anterior) desechadas por el Reglamento como foros principales de competencia.

Se ha advertido, que esta interpretación amplia del art. 12.3 puede tener la consecuencia de vaciar de contenido el art. 15 (ANCEL, B., «L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des jurisdictions: le Règlement Bruxelles II bis», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2005, p. 588), cuestión también evidenciada por el TJUE. Siendo esencialmente coincidentes los presupuestos sustentadores de la competencia en ambos supuestos (vinculación estrecha y competencia en interés del menor), la balanza entre estos dos preceptos debería inclinarse a favor del foro del art. 12.3. Para que se planteara la hipótesis del eventual juego del art. 15 tendría que ocurrir que el tribunal remitente fuera competente con base en el art. 12.3. La competencia basada en el art. 12.3 significa, en los términos indicados, una aceptación por todas las partes de esa competencia y, además, la existencia de un proceso pendiente sobre el que no haya recaído una resolución firme. Teniendo esto en cuenta, resultaría difícilmente sostenible que ese tribunal transfiriera la competencia a otros tribunales basándose en un *forum non conveniens*. Difícilmente tendría cabida una remisión a instancia de parte [en el sentido del art. 15.2.a)] si consideramos que ambas partes aceptaron la competencia del tribunal potencialmente remitente. Pero tampoco resultaría fácilmente justificable una remisión de oficio por el tribunal, desviando el proceso a otros tribunales en contra de la voluntad de las partes.

5. En definitiva, el Tribunal de Justicia ha sentado algunas pautas interpretativas de un criterio de competencia novedoso en el ámbito de la responsabilidad parental, que abre la puerta, siquiera tímidamente, a la autonomía de la voluntad en este tipo de litigios. La tendencia marcada apunta al rigor en la determinación de la aceptación de la competencia pero también a la flexibilidad en su funcionamiento en relación con litigios que versen en exclusiva sobre dicha responsabilidad parental.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.06>

2015-26-Pr

TRASLADO ILÍCITO DE MENORES.—Cooperación judicial en materia civil.—Reglamento (CE) núm. 2201/2003.—Art. 11, apartados 7 y 8.—Tribunal especializado para examinar las cuestiones relativas a la restitución.—Tribunal competente sobre el fondo de la responsabilidad parental.

Preceptos aplicados: arts. 3, 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; arts. 1, 2, 8, 11 y 15 del Reglamento 2201/2003; art. 1322 del Código judicial belga.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4.^a) de 9 de enero de 2015, asunto C-498/14, *David Bradbrooke c. Anna Aleksandrowicz*. Ponente: L. Bay Larsen.

F.: curia.europa.eu.

El artículo 11, apartados 7 y 8, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 [...], debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a que un Estado miembro atribuya a un tribunal especializado la competencia para examinar las cuestiones de restitución o de custodia del menor en el marco del procedimiento previsto por esas disposiciones incluso cuando un órgano jurisdiccional ya conozca por otra parte de un procedimiento sobre el fondo acerca de la responsabilidad parental en relación con el menor.

Nota. 1. La Sentencia del TJUE de 9 de enero de 2015 dictada en el asunto C-498/14 tiene por objeto una cuestión prejudicial planteada por la *Cour d'appel* de Bruselas sobre la interpretación del art. 11, apdos. 7 y 8, del Reglamento 2201/2003 sobre materia matrimonial y responsabilidad parental, en el marco de la restitución de un menor entre Estados miembros de la UE. Concretamente, el tribunal conoció en esta ocasión de la sustracción de un menor de madre polaca y padre británico residente en Bélgica, que fue privado de relacionarse con su hijo cuando la madre viajó a Polonia con el menor y se negó a volver a Bruselas e incluso a comunicar los datos sobre la nueva residencia en Polonia.

2. El art. 11 del Reglamento 2201/2003 regula la sustracción de menores entre Estados miembros de la UE completando en ciertos aspectos la regulación proporcionada por el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, fundamentalmente mediante la incorporación de algunas garantías procedimentales que consolidan el sistema de La Haya [REIG FABADO, I., «Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980», en VVAA, *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA), Madrid, Iustel, 2008, pp. 220 y 228].

Uno de esos aspectos hace referencia a la posibilidad de que se dicte una resolución de no restitución del menor con base en el art. 13 de dicho instrumento, como sucede precisamente en este asunto. En tal caso, señala el art. 11.7 del Reglamento 2201/2003 que, salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, se deberá transmitir toda la información relativa a esta decisión al Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado, para notificar a las partes esta información e invitarles a presentar alegaciones con el fin de que el órgano judicial competente de conformidad con lo previsto por la legislación nacional (el considerado por la sentencia como «tribunal especializado» —*juridiction spécialisée* en la lengua de procedimiento—) examine la custodia del menor.

La aplicación de esta disposición dio lugar a plantear qué tribunal belga resultaba competente para conocer del asunto, dado que la custodia se había planteado ante el tribunal belga competente para conocer de la misma antes de que se atribuyera competencia al «tribunal especializado» conforme al Reglamento. Para entender mejor el planteamiento de la cuestión, interesa detenerse brevemente en los hechos que motivaron esta cuestión prejudicial.

3. Antoni nació en Polonia en diciembre de 2011, de la relación entre la Sra. Aleksandrowicz y el Sr. Bradbrooke. La madre y el menor se domiciliaron en Bruselas y el menor se reunía regularmente con su padre. Intentada una mediación con el fin de convenir el alojamiento del menor, no alcanzaron ningún acuerdo, y en octubre de 2013 la madre anunció al padre que se marchaba de vacaciones a Polonia con el hijo de ambos. Ese mismo mes el padre solicitó al *Tribunal de la jeunesse* de Bruselas que se pronunciara sobre el ejercicio de la patria potestad y el alojamiento del menor, a lo que añadió unos días más tarde solicitud de medidas provisionales para fijar el alojamiento secundario del menor en su domicilio. Modificó su pretensión cuando concluyó que la madre no tenía intención de volver a Bélgica con su hijo, solicitando entonces el ejercicio exclusivo de la patria potestad, el alojamiento principal del menor y que se prohibiera a la madre abandonar con éste el territorio belga.

Si bien la madre impugnó la competencia internacional de los tribunales belgas solicitando la remisión del asunto a los tribunales polacos con base en el art. 15 del Reglamento 2201/2003 (por considerarlos mejor situados para conocer del asunto al residir el menor en Polonia y estar matriculado en una guardería), el juez belga se declaró competente, resolviendo el ejercicio conjunto de la patria potestad, además de atribuir a la madre el alojamiento principal del menor y conceder al padre provisionalmente el alojamiento secundario en fines de semana alternos, para lo que tendría que desplazarse a Polonia. El padre consideró que de este modo se validaba el traslado ilícito del menor, por lo que recurrió la decisión ante la *Cour d'appel* de Bruselas solicitando con carácter principal el ejercicio exclusivo de la patria potestad y el alojamiento principal del menor.

4. De forma paralela a la sustanciación de este proceso sobre el fondo del asunto, el padre presentó en noviembre de 2013 ante la Autoridad Central belga una solicitud para la restitución inmediata del menor a Bélgica según el procedimiento de restitución regulado por el Convenio de La Haya. Pero en febrero de 2014, el tribunal de distrito de Płońsk (Polonia), a pesar de haber declarado que el traslado del menor por parte de la madre había sido ilícito y que la residencia habitual del menor antes de ese traslado se encontraba en Bélgica, dictó una resolución de no restitución del menor basada en el art. 13, letra b), del Convenio [véase PAZ LAMELA, R. S., «Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)», *AFDUC*, 2013, núm. 17, pp. 675-685].

La Autoridad Central belga recibió copia de la resolución de no restitución por parte de la Autoridad Central polaca, y presentó ese expediente en el *Tribunal de première instance francophone* de Bruselas (el «tribunal especializado»), órgano competente para examinar la cuestión de la custodia del menor en virtud del Derecho belga vigente en ese momento conforme al art. 11, apdos. 6 y 7, del Reglamento 2201/2003 (posteriormente, una reforma legislativa trasladaría la competencia al *Tribunal de la famille* de Bruselas).

Ante tal situación, el Derecho belga preveía la suspensión de los procedimientos iniciados en materia de responsabilidad parental, o conexos, por lo que la *Cour d'appel* de Bruselas, ante la que el padre había recurrido la decisión del *Tribunal de la jeunesse*, aplazó el pronunciamiento sobre el fondo. Ahora bien, el padre ya había presentado esta demanda pendiente de recurso en el sentido del art. 11.7 del Reglamento, por lo que la *Cour d'appel* se pregunta si, dadas las exigencias de celeridad y de eficacia a las que debe responder el procedimiento previsto en el art. 11, apdos. 6 a 8, del Reglamento, el apdo. 7 de ese artículo se opone a que el Derecho de un Estado miembro atribuya a un tribunal especializado la competencia exclusiva para conocer de ese procedimiento (en este caso el *Tribunal de première instance francophone* y posteriormente el *Tribunal de la famille* de Bruselas) y establezca al mismo tiempo que todos los procedimientos relativos a la patria potestad ya iniciados deben suspenderse (en este caso el conocido por la *Cour d'appel* de Bruselas) desde el momento en que conozca del asunto dicho tribunal especializado.

5. Por lo anterior resultaba oportuno plantear ante el Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial con el fin de determinar el órgano judicial belga competente en virtud del Derecho de la Unión y, en especial, de decidir si correspondía a esa misma *Cour d'appel*, que conocía del procedimiento sobre el fondo, pronunciarse conforme al procedimiento previsto en el art. 11, apdos. 6 a 8, del Reglamento. La *Cour d'appel* de Bruselas suspendió el procedimiento y planteó ante el Tribunal de Justicia dos cuestiones: primera, si el art. 11, apdos. 7 y 8, puede interpretarse en el sentido de que se

opone a que un Estado miembro prime la especialización de los órganos judiciales en casos de sustracción de menores en relación con el procedimiento previsto por estas disposiciones, incluso cuando otro tribunal ya conozca de la responsabilidad parental respecto al menor, y segunda, si puede igualmente considerarse que se opone a que un Estado miembro prive de la competencia para resolver sobre la custodia del menor al tribunal que esté conociendo sobre la responsabilidad parental, a pesar de ser competente tanto a nivel internacional como nacional.

6. Al respecto considera el Tribunal de Justicia que ninguno de los apartados del art. 11 del Reglamento relevantes en este proceso (apdos. 6 a 8) designan el órgano judicial nacional competente para examinar las cuestiones de la restitución o de la custodia del menor en el marco del procedimiento previsto, sino que corresponde a los propios Estados miembros dada la remisión a su Derecho nacional, y ello incluso en el supuesto de que en la fecha de la notificación de la resolución de no restitución un órgano judicial ya conozca de un procedimiento sobre la responsabilidad parental. El Derecho nacional del Estado miembro de la residencia habitual anterior al traslado deberá determinar si cuando se ha presentado tal demanda con anterioridad a la resolución de no restitución, el órgano judicial que conoce de la misma pierde la competencia en favor de otros órganos judiciales de ese mismo Estado miembro.

Lo anterior deberá tener en cuenta, no obstante, que las normas de Derecho material y de procedimiento de los diferentes Estados miembros no deben menoscabar la eficacia del Reglamento, el cual, además, reconoce los derechos fundamentales y los principios consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular los derechos del menor enunciados en el art. 24, entre los cuales se encuentra el derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus dos progenitores.

Carmen AZCÁRRAGA MONZONÍS
Universidad de Valencia
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.07>

1.4. Reglamento 1346/2000

2015-27-Pr

REGLAMENTO (CE) NÚM. 1346/2000.—Aplicación.—Acción contra el administrador de la sociedad concursada.—Irrelevancia del domicilio del demandado.—Inaplicación del Convenio de Lugano.

Preceptos aplicados: art. 3 del Reglamento (CE) 1346/2000; art. 1.2.b) del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de diciembre de 2014, asunto C-295/13, H. c. H.K. Ponente: M. Berger.

F: curia.europa.eu.

24. Una interpretación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 1346/2000 en el sentido de que la acción basada en el artículo 64 de la GmbHG, ejercitada en el marco de un procedimiento de insolvencia, no se halla entre las acciones que se derivan directamente de un procedimiento de insolvencia y guardan inmediata relación con él, crearía pues una distinción artificial entre esta última acción y acciones comparables,



como las acciones revocatorias controvertidas en los asuntos que dieron lugar a las sentencias *Seagon* (EU:C:2009:83) y *F-Tex* (EU:C:2012:215), por el mero hecho de que, teóricamente, la acción basada en el referido artículo 64 también podría ejercitarse aunque no existiese un procedimiento de insolvencia. Pues bien, esta interpretación, que no halla fundamento alguno en las disposiciones pertinentes del Reglamento n.º 1346/2000, no puede aceptarse.

25. No obstante, ha de precisarse que una acción basada en el artículo 64 de la GmbHG y ejercitada fuera de un procedimiento de insolvencia puede entrar dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Lugano II o, en su caso, del Reglamento n.º 44/2001. Sin embargo, éste no es el caso en el litigio principal.

26. En estas circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se haya incoado un procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio de una sociedad son competentes, en virtud de dicha disposición, para conocer de una acción, como la controvertida en el litigio principal, ejercitada por el administrador concursal de la referida sociedad contra su administrador con el fin de obtener la devolución de los pagos realizados después de que se hubiera producido la insolvencia de la referida sociedad o se hubiese declarado la situación de endeudamiento de ésta. [...]

Sobre la segunda cuestión prejudicial [...]

31. En segundo término, procede recordar que en un asunto relativo, en particular, a la exclusión de «la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos» del ámbito de aplicación del Reglamento n.º 44/2001, establecida en el artículo 1, apartado 2, letra b), de dicho Reglamento en términos prácticamente idénticos a los del artículo 1, apartado 2, letra b), del Convenio de Lugano II, el Tribunal de Justicia declaró que, esta exclusión, por un lado, y el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1346/2000, por otro lado, deben interpretarse de tal manera que se evite todo solapamiento entre las normas jurídicas que ambos textos establecen. Por consiguiente, en la medida en que una acción entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 1346/2000, no está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 44/2001 (véase, en este sentido, la sentencia *Nickel & Goeldner Spedition*, EU:C:2014:2145, apartado 21 y la jurisprudencia citada).

32. Pues bien, habida cuenta, en particular, del tenor prácticamente idéntico de las disposiciones de que se trata, las consideraciones que se recuerdan en el anterior apartado pueden extrapolarse a la interpretación artículo 1, apartado 2, letra b), del Convenio de Lugano II. En consecuencia, dado que la acción del litigio principal entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 1346/2000, queda excluida del ámbito de aplicación del referido Convenio. En tales circunstancias, el hecho de que la Confederación Suiza sea parte del Convenio de Lugano II carece de pertinencia para la solución del litigio principal, puesto que dicho Convenio no resulta aplicable a este litigio.

Nota. 1. Tras abrirse un procedimiento de insolvencia en Alemania, el síndico entabla aquí una acción contra el administrador de la sociedad concursada, que tiene domicilio en Suiza, por haber ordenado la transferencia de fondos de la concursada a una de sus filiales, cuando aquella ya estaba en situación de insolvencia o endeudamiento. Se trata de una acción regulada en el art. 64 de la Ley alemana de sociedades de responsabilidad limitada (GmbHG) que, a mi juicio, no puede considerarse concursal, ya que no presenta una vinculación especial ni sustantiva ni procesal con el concurso, de acuerdo con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal

(STJUE de 12 de febrero de 2009, C-339/07, *Seagon*, apdo. 21; STJUE de 4 de septiembre de 2014, *Nickel c. Goeldner Spedition*, C-157/13, apdo. 26). Esta acción no se fundamenta en la legislación de insolvencia y, de hecho, puede ser ejercitada sin la apertura de un procedimiento previo de insolvencia (apdo. 15 de la sentencia). En consecuencia, el Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia [texto refundido Reglamento (UE) 2015/848 para procedimientos abiertos a partir del 26 de junio de 2017] no debería reclamar su aplicación, al contrario que las normas generales de Derecho procesal internacional y, en particular, el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007, por tener el demandado su domicilio en Suiza [art. 64.2.a]).

Lejos de este planteamiento, y no muy en sintonía con su jurisprudencia anterior, el Tribunal realiza una criticable interpretación según la cual esta acción de responsabilidad tiene carácter concursal. Por tanto, los tribunales del Estado donde se abre el concurso, Alemania, tienen competencia para conocer por razón de la materia *ex art. 3* del Reglamento europeo de insolvencia (apdo. 33 de la sentencia). Ello tiene, además, una consecuencia añadida: desde el momento en el que el Tribunal califica la acción como concursal, ésta queda excluida *ratione materiae* del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 [art. 1.2.b)], aunque, *ratione loci*, el demandado esté domiciliado en Suiza. No en vano, la materia incluida en el Reglamento europeo de insolvencia queda automáticamente excluida de los instrumentos generales (STJUE de 4 de septiembre de 2014, C-157/13 *Nickel c. Goeldner Spedition*, apdo. 21; y apdo. 32 de la presente sentencia). Para llegar a esta discutible calificación concursal, el Tribunal recurre a dos parámetros: el análisis individualizado de la acción y su comparación con otras acciones equivalentes. Ninguno de ellos resulta convincente.

2. En relación con el análisis individualizado de la acción de la Ley alemana de sociedades de responsabilidad limitada, el Tribunal asume los argumentos de la Comisión sobre que la finalidad de la acción «forma parte del Derecho concursal» y del interés de todos los acreedores de la sociedad, además de razones de agilidad y eficacia procesal (apdo. 16). Se obvia que hay acciones no concursales que interesan a la masa y que la propia Comisión reconoce que, incluso recurriendo a la finalidad de la acción, no se cumplen todos los requisitos jurisprudenciales para la calificación de la acción como concursal (apdo. 16). Asimismo, el Tribunal argumenta que la acción se ejerce «con ocasión de un procedimiento de insolvencia» (apdo. 19), elevando a categoría general una circunstancia coyuntural: la coincidencia, que puede darse o no, entre la interposición de la acción y la apertura de un concurso. Por último, el Tribunal «cuadra el círculo» señalando que se trata de una norma especial para la «insolvencia material» (apdo. 22). Olvida, siguiendo con su terminología, que el Reglamento europeo de insolvencia no se ocupa de esta «insolvencia material», sino de la apertura «formal» de un concurso. Olvida, también, que no basta con que se trate de una norma «especial» respecto del Derecho civil general, sino que sea una norma especial «propia de los procedimientos de insolvencia» (cfr. apdo. 21 de la presente Sentencia que no es tenido en cuenta en la *ratio decidendi*; y STJUE de 4 de septiembre de 2014, *Nickel c. Goeldner Spedition*, cit., apdo. 27). El hecho de que la acción se ubique en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, y no en la Ley de insolvencia, parece bastante revelador.

3. Si el análisis individualizado de esta acción no convence, tampoco lo hace el segundo parámetro de interpretación de la sentencia: la comparación con otras acciones «concursales» y la intención del Tribunal de huir de lo que denomina una «distinción artificial» (apdo. 24). De entrada, no es fácil ver por qué es artificial distinguir entre acciones que tienen un presupuesto procesal distinto, en unas, la apertura de

concurso, en otras no. Máxime cuando la distinción está en las propias legislaciones nacionales a las que remite la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para una adecuada calificación. Además, el nuevo texto refundido, el Reglamento (UE) 2015/848 —cuya tramitación ya estaba muy avanzada en el momento de dictar la sentencia—, incluye un nuevo art. 6 que asume esta distinción considerada artificial por el Tribunal. Así ocurre cuando regula la conexidad entre las acciones en materia «concursal» y las acciones «en materia civil y mercantil» ejercitadas durante el concurso que no por ello pasan a calificarse como concursales. Igualmente, la comparación de la acción valorada en la sentencia con las acciones revocatorias tratadas en los asuntos *Seagon* (STJUE de 12 de febrero de 2009, *cit.*) y *F-Tex* (STJUE de 19 de abril de 2012, C-213/10) resulta poco apropiada. No existe una equivalencia funcional entre ellas: la acción revocatoria busca, a través de normas especiales de Derecho concursal, invalidar el acto hecho en fraude de acreedores siendo el demandado normalmente el beneficiario de tal acto; en cambio, la acción aquí enjuiciada se dirige contra el administrador de la propia sociedad concursada, en clave de responsabilidad patrimonial, sin atacar directamente el acto hecho en fraude ni contar con una regulación especial de Derecho concursal. Es más, si se quieren buscar acciones comparables, el Tribunal debería haberse referido a la acción de responsabilidad del administrador por no solicitar la liquidación de la sociedad, que fue calificada como no concursal, aún cuando se solapara con un procedimiento de insolvencia, en el Asunto *ÖFAB* (STJUE de 18 de julio de 2013, As. C-147/12, esp. apdo. 25). Las contradicciones entre esta Sentencia de la Sala 5.^a, ni siquiera citada, y la presente resolución de la Sala 6.^a son llamativas.

4. En resumen, discrepo de la argumentación e interpretación de la sentencia en lo que atañe a la calificación de esta acción como «concursal», dadas su fundamentación en la legislación societaria y su desvinculación del procedimiento concursal. En cualquier caso, de asumir esta calificación concursal, sí parece claro que la aplicación del Reglamento europeo de insolvencia no depende del domicilio del demandado y, por tanto, es irrelevante que éste no se encuentre en un Estado miembro de la UE. Su ámbito espacial se define en función del concursado, que sí ha de tener su centro de intereses principales en la UE, y no del demandado, en lo que es jurisprudencia consolidada (STJUE de 16 de enero de 2014, C-328/12, *Schmid*) y menos vacilante que la relativa al ámbito material.

Ángel ESPINIERRA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.08>

2015-28-Pr

ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL.—Ley aplicable.—Impugnación pauliana concursal de pago realizado tras apertura de concurso en otro Estado miembro como consecuencia de embargo practicado con anterioridad.—Efectos del concurso y ley aplicable a las garantías reales.

Preceptos aplicados: arts. 4, 5, 13 y 20 del Reglamento 1346/2000, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia; art. 12.1 del Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de abril de 2015, asunto C-557/13, *Hermann Lutz y Elke Bäuerle, en calidad de síndico de ECZ Autohandel GmbH*. PONENTE: M. Berger.

F: curia.europa.eu.

1) *El artículo 13 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 es aplicable a una situación en la que el abono, impugnado por un síndico, de un importe de dinero que había sido embargado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia se realizó con posterioridad a la apertura de dicho procedimiento.*

2) *El artículo 13 del Reglamento n.º 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que la excepción que establece incluye también los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad previstos en la ley a la que esté sujeto el acto impugnado por el síndico.*

3) *Los requisitos de forma para el ejercicio de una acción revocatoria se rigen, a efectos de la aplicación del artículo 13 del Reglamento n.º 1346/2000, por la ley a la que esté sujeto el acto impugnado por el síndico.*

Nota. 1. Las tres cuestiones prejudiciales que el Tribunal de Justicia (en adelante, TJUE) decide en esta sentencia de 16 de abril de 2015 versan sobre la interpretación del art. 13 del Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante RI), precepto que excepciona la aplicación de la *lex fori concursus* impuesta por el art. 4 del RI, «con el fin de proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en Estados miembros distintos a aquel en el que se inicia el procedimiento» (Cdo. 24 del RI). A estos efectos, si las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de actos perjudiciales al conjunto de acreedores de la *lex fori concursus* permitieran la revocación de un acto realizado por el deudor beneficiando a un tercero, este último puede alegar que dicho acto se rige por la ley de un Estado miembro distinto del de la apertura del concurso y esta ley «no permite en ningún caso que se impugne dicho acto».

El meollo del asunto aquí discutido concierne a qué tipo de normas se refiere el art. 13: ECZ era una sociedad alemana que operaba en Austria a través de una filial que vendió un vehículo al Sr. Lutz, a quien nunca le fue entregado. Solicitada la devolución de lo pagado en Austria, el órgano jurisdiccional emite un requerimiento de pago el 17 de marzo de 2008, al que poco después sigue el embargo de tres cuentas bancarias abiertas en una entidad de crédito austriaca. Un mes más tarde al requerimiento la citada filial solicita la apertura de procedimiento de insolvencia en Alemania y cuando transcurrido un año la entidad de crédito paga al Sr. Lutz, la administración concursal decide interponer una acción revocatoria concursal, también conocida como acción de reintegración de la masa o acción pauliana concursal, frente a dicho pago. Clave en las preguntas al TJUE es, de una parte, el que el pago se realice después de la apertura del procedimiento de insolvencia, de otra parte, que la ley rectora del acto impugnado establezca un plazo para su impugnación distinto del prescrito por la ley concursal aplicable. El apdo. 3 de esta nota se refiere a estas cuestiones en tanto que el 2 lo hace al acto impugnado en sí mismo considerado, la ejecución forzosa de la condena al deudor, puesto que el TJUE se detiene en su caracterización como garantía real. El apdo. 4 cierra la nota con algunas observaciones sobre las consecuencias de esta normativa que, por otra parte, no ha sido modificada en el Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo de 2015, por el que se modifica el RI (en adelante, RIBIS). En consecuencia, la doctrina aquí sentada es plenamente transferible a la interpretación de los arts. 7, 8 y 16 del RIBIS.

2. Antes de entrar a examinar las cuestiones prejudiciales, el TJUE recuerda que las acciones revocatorias concursales también se pueden utilizar frente a garantías reales (art. 5.4 del RI). La precisión es importante porque el art. 5 del RI establece la no afectación de las mismas por los efectos del concurso abierto en un Estado miembro distinto de dónde se localizan los bienes objeto de garantía; *ergo* el acreedor

garantizado puede actuar como si no existiera el concurso. El privilegio no impide, sin embargo, que se impugne la constitución, ampliación, etcétera, de la garantía real por ser perjudicial al conjunto de los acreedores, si bien esta impugnación puede ser paralizada por el juego del art. 13: aunque el art. 5.4 no se refiera a él expresamente hay que entender que si es aplicable la regla, también lo es la excepción. La digresión del TJUE en esta decisión sobre la naturaleza del embargo como garantía real estaría así justificada, ya que se trata de afirmar que el acreedor garantizado también puede vetar la reintegración de la masa ordenada por la ley concursal (apdos. 30, 31 y 42 de la sentencia). Y para ello necesita entrar en la calificación del embargo de cuentas bancarias como garantía real. Qué se entienda por derechos reales de terceros es una cuestión que queda a la correspondiente ley nacional (Cdo. 25 del RI), esto es, a la *lex rei sitae*; aunque el propio art. 5.2 del RI da algunas pistas sobre qué ha de entenderse por tal como la de que presente «carácter exclusivo frente a los demás acreedores de la sociedad deudora» (apdo. 28). Corresponde, en consecuencia, a la ley austriaca en tanto que rectora del procedimiento de ejecución en el marco del cual se ordena el embargo decidir si estamos ante una garantía real o no, así como el momento en que se entiende efectivamente constituido el derecho real, puesto que el art. 5.1 del RI se refiere a garantías reales que ya hubieran nacido al tiempo de la apertura del concurso (apdo. 37). En cambio, la decisión sobre la localización del bien, que es clave en la aplicación de la consecuencia jurídica del art. 5 del RI (y también en la determinación de la ley aplicable), depende de lo dispuesto en el art. 2 del RI.

3. El pago al Sr. Lutz se realiza después de la apertura del concurso por lo que cabe la duda de si este tipo de actos está cubierto por las normas a las que se refiere el art. 4.2.m) y, en particular, el art. 13 del RI que, como excepción que es a la ley concursal, ha de interpretarse de forma estricta (apdos. 34 a 36): la protección de las expectativas de terceros y la seguridad de las transacciones se sostiene, tras la apertura del concurso, en el régimen de publicidad que imponga la correspondiente ley concursal, de ahí que no haya espacio para una regla como la prescrita en el art. 13 del RI. Ahora bien, en este caso concreto lo relevante es que el derecho de embargo se habría constituido antes de la apertura del concurso según el derecho austriaco, de manera que si el acreedor garantizado lo puede hacer valer con independencia del concurso, la administración concursal puede impugnarlo en tanto que perjudicial al conjunto de los acreedores (apdo. 41).

La segunda cuestión prejudicial pregunta si el ámbito del art. 13 del RI también comprende los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad previstos en la ley rectora del acto impugnado. El TJUE precisa que el ámbito de aplicación de la *lex causae* depende de lo indicado por el art. 12 del Reglamento (CE) 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, pero dicha disposición no es aplicable a las acciones revocatorias concursales (apdo. 46). La afirmación es sorprendente puesto que estas acciones no sólo impugnan obligaciones contractuales de modo que el TJUE hubiera debido descartar otros preceptos como el art. 15 del Reglamento (CE) 864/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. La explicación de esta referencia, siquiera incompleta, se encuentra en que el Sr. Lutz invoca el transcurso del plazo de caducidad contenido en la ley concursal austriaca para interponer la acción revocatoria concursal, que comienza a correr a partir de la apertura del concurso; la ley concursal alemana, aquí la *lex fori concursus*, prescribe que la impugnación se puede plantear en los tres años siguientes. A fin de salvar el éxito de la acción, se arguye que el art. 13 del RI no se refiere a normas procesales, sino sustantivas. Más, *ubi lex non distinguit...* lo que el TJUE aplica a rajatabla (apdos. 47 y 48).

Todavía persiguiendo evitar la aplicación del art. 13 del RI se cuestiona si los requisitos de forma de la acción pauliana concursal se rigen por la *lex causae* (y, por tanto, el derecho austriaco y su plazo de caducidad) o por la *lex fori concursus*. Y esta cuestión prejudicial recibe prácticamente la misma respuesta que la anterior (apdo. 53), esto es, que la distinción no procede sino se impone la consecuencia jurídica del art. 13, el que, en ningún caso, la ley rectora del acto permita su impugnación, sea porque sus reglas sustantivas no contemplan causa alguna, sea porque sus reglas procesales impiden que prospere la acción correspondiente.

4. La ortodoxia del RI se ha impuesto en esta sentencia del TJUE que no trae consigo novedad alguna y sí subraya las consecuencias a las que aboca la exagerada protección de las expectativas de terceros y la seguridad de las transacciones. El art. 13 del RI implica que se acumulan dos leyes a efectos de decidir si prosperan las acciones paulianas concursales de modo que se dificulta enormemente su éxito, cuando no se imposibilita como ocurre en este caso, lo que claramente desincentiva la interposición de este tipo de acciones que cuestan dinero y son tan difíciles de fundamentar. A pesar de ello, el RIbis no cambia las normas examinadas asumiendo, como concluye el informe que acompaña su propuesta, que la ausencia de jurisprudencia es indicativa de que no existe controversia y la regla prescrita por el art. 13 del RI es valiosa ya que, efectivamente, protege las expectativas de terceros a través de la aplicación de la *lex causae*. Si bien esto último es cierto, es claro también que con esta regla se renuncia en gran medida a la consecución de los objetivos concursales, entre ellos el acrecimiento de la masa concursal y el respeto del orden de distribución de activos entre acreedores, también antes de la apertura del concurso. Al respecto, cabe traer a colación la sentencia del TJUE de 12 de febrero de 2009 (C-339/07, *Seagron v. Deko Marty Belgium, REDI*, 2009-3-Pr, con nota de ESPINELLA MENÉNDEZ, A.), donde se afirma la calificación concursal de las acciones aquí discutidas. Partiendo de esta calificación, cabe destacar que las expectativas de los terceros beneficiados por el acto impugnado también se ven protegidas por la aplicación de la *lex fori concursus*, claramente cuando ésta es la ley del país donde se halla el centro de los intereses principales del deudor, con matices cuando es la ley del país en el que el deudor tiene un establecimiento (CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acciones de reintegración de la masa y derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 196-200); en ninguno de estos supuestos el tercero beneficiado por el acto impugnado puede alegar que dichas leyes no le eran conocidas y que no pudo examinar su contenido antes de entrar en tratos con el deudor. Por el contrario, la supresión del art. 13 del RIbis ayudaría a proteger el conjunto de los acreedores y los objetivos del concurso.

Esta supresión se hace más evidente a la luz de las recientes evoluciones del Derecho concursal que se ponen de manifiesto en la estrategia de la Unión Europea dirigida a implantar una nueva cultura que promueva el *fresh start*. En esta dirección el RIbis da entrada a procedimientos pre-concursales dirigidos a celebrar acuerdos que permitan refinanciar o reestructurar la empresa y, por tanto, salvarla. La clave de su éxito está en que, en ciertas circunstancias, también vinculan a acreedores garantizados. Pues bien, los arts. 5 y 13 del RI, y 7 y 16 del RIbis, aseguran una posición de fuerza a los titulares de garantías reales sobre bienes localizados en Estados miembros distintos del de la apertura del concurso, no sólo porque no les afecta el concurso, sino también por las dificultades en impugnar dichas garantías cuando perjudican a acreedores, dejando en sus manos la viabilidad de la empresa en ciertos casos (CARBALLO PIÑEIRO, L., «Towards the Reform of the European Insolvency Regulation: Codification rather than Modification», *NIPR*, 2014, pp. 207-215, pp. 211-212). En definitiva, esta

sentencia del TJUE aplica una lógica que cabe cuestionar sea la propia del concurso y que tiene el potencial de erosionar aquello que persigue proteger, el acceso al crédito del deudor en dificultades.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

Universidad de Santiago de Compostela

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.09>

1.5. Proceso monitorio europeo

2015-29-Pr

REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO.—Falta de notificación válida.—Revisión.—Respeto del derecho de defensa.—Remisión a los ordenamientos nacionales.

Preceptos aplicados: arts. 13 a 20 y art. 26 del Reglamento (CE) núm. 1896/2006.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de septiembre de 2014, asuntos acumulados C-119/2013 y C-120/2013. *Eco cosmetics GmbH & Co. KG y Virginie Laetitia Barbara Dupuy (C-119/13); Raiffeisenbank St. Georgen reg. Gen. mbH y Tetyana Bonchyk (C-120/13)*. Ponente: C. Toader.

F: curia.europa.eu.

El Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, debe interpretarse en el sentido de que los procedimientos previstos en los artículos 16 a 20 de dicho Reglamento no son aplicables cuando resulta que un requerimiento europeo de pago no ha sido notificado de una forma que cumpla los requisitos mínimos establecidos en los artículos 13 a 15 de ese Reglamento.

Cuando sólo después de la declaración de fuerza ejecutiva de un requerimiento europeo de pago se ponga de manifiesto tal irregularidad, el demandado debe tener la posibilidad de denunciar esa irregularidad, la cual, si se demuestra debidamente, debe entrañar la invalidez de dicha declaración de fuerza ejecutiva.

Nota. 1. El art. 20 del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo ha sido siempre objeto de crítica en la doctrina. La práctica da la razón a los autores: el reglamento no ha suscitado una decena de cuestiones prejudiciales, y ya la mitad se refieren a la interpretación de dicha norma —el Asunto C-324/12; el que ahora comentamos, que agrupa dos; y el pendiente Asunto C-245/14—.

2. En la sentencia de 4 de septiembre de 2014, el TJ responde a los asuntos acumulados C-119/13 y C-120/13. Originalmente las cuestiones eran tres: una quedó sin objeto. El juez nacional alemán (*Amtsgericht Wedding*) expresa al TJ sus dudas sobre el derecho del deudor de pedir la revisión judicial del requerimiento europeo de pago, cuando éste no le ha sido notificado válidamente o en absoluto, de forma que cuando el deudor lo conoce ya ha sido declarado ejecutivo.

En el Asunto C-119/13, *Eco cosmetics*, la sociedad alemana Eco cosmetics presentó una petición de requerimiento europeo de pago ante el *Amtsgericht Wedding* contra la Sra. Dupuy, residente en Francia. Como domicilio la demandada indicó una

dirección en Francia. El 22 de marzo de 2010, el *Amtsgericht* expidió el requerimiento europeo de pago, que se notificó mediante correo certificado enviado a la dirección indicada con acuse de recibo; la fecha de la notificación fue el 31 de marzo de 2010. Al no haber oposición por parte de la Sra. Dupuy, en mayo de 2010 el *Amtsgericht* dictó la declaración de ejecutividad conforme al art. 18.1 del Reglamento núm. 1896/2006. Mediante escrito de 28 de julio de 2010 la demandada formuló oposición al requerimiento europeo de pago; dos días más tarde el *Amtsgericht Wedding* indicó a la Sra. Dupuy que la oposición se había presentado fuera de plazo y que, en todo caso, podía presentar una solicitud de revisión del requerimiento con arreglo al art. 20 del Reglamento núm. 1896/2006. La Sra. Dupuy solicitó la revisión por escrito de 7 de octubre de 2010: el requerimiento europeo de pago no le fue notificado en ningún momento, dado que no residía en la vivienda situada en la dirección indicada por Eco cosmetics desde octubre de 2009; no tuvo noticia del requerimiento hasta que recibió una carta de su banco de 23 de julio de 2010.

En el Asunto C-120/2013, *Raiffeisenbank St. Georgen*, un Banco austriaco solicitó un requerimiento europeo de pago contra la Sra. Bonchyk, con domicilio en Alemania. El requerimiento se expidió el 2 de septiembre de 2010. Tras dos intentos fallidos de notificación la orden fue notificada a otra dirección proporcionada por el demandante el 1 de febrero de 2011. Ante la falta de reacción del deudor, el 10 de marzo de 2011 el tribunal declaró la orden ejecutiva. El 1 de junio de 2011, la Sra. Bonchyk formuló oposición al mencionado requerimiento, alegando también que sólo había tenido conocimiento del requerimiento de pago de forma casual, y que no vivía en la dirección en la que se efectuó la notificación desde el año 2009. El *Amtsgericht Wedding* declaró mediante escrito de 17 de junio de 2011 que la oposición formulada por la Sra. Bonchyk se había presentado fuera de plazo y que, en todo caso, podía presentarse una solicitud de revisión conforme al art. 20 del Reglamento núm. 1896/2006. La Sra. Bonchyk solicitó la revisión del requerimiento europeo de pago mediante escrito de 24 de junio de 2011.

3. Del recurso de revisión del art. 20 se ha dicho que quien lo ha concebido «*ne le prend pas vraiment au sérieux*» (LÓPEZ DE TEJADA, M. y d'AVOUT, L., «Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer. Règlement (CE) núm. 1896/2006, du 12 décembre 2006», *Rev.cr.dr.int.pr.*, 2007, pp. 717 y ss., apdo. II B.2). El motivo, la ausencia de previsión legal de aspectos tan relevantes como el plazo para recurrir; un formulario al efecto (en un instrumento donde los formularios son clave); o el procedimiento para canalizar el recurso. Los asuntos C-119/13 y C-120/13 nacen también de un aspecto que el precepto no contempla: un punto que en realidad carece de cualquier regulación en el reglamento, y que el AG califica de «laguna» (Conclusiones, de 9 de abril de 1024, núm. 27). La pregunta del juez nacional de referencia se plantea en términos de aplicación analógica del art. 20: el supuesto que recoge el precepto es el de una notificación regular; en el que subyace a la cuestión prejudicial lo que se plantea es la ausencia de toda notificación, o una notificación irregular.

La respuesta del TJ, como la del AG, es negativa. No hay una coincidencia total en los argumentos, sin embargo; no la hay tampoco en el alcance de sus pronunciamientos respectivos. En cuanto al primer aspecto, el TJ rechaza la analogía apoyándose sin más en la letra del propio art. 20, que restringe la revisión a casos excepcionales, sumada a la letra del art. 26, que remite a los ordenamientos de los Estados miembros para todas las cuestiones no expresamente reguladas en el instrumento europeo. El razonamiento es pobre: se echa en falta un análisis de la similitud entre las situaciones en causa, y de la idoneidad de la revisión, sus condiciones y sus efectos para el caso de

falta de notificación o notificación irregular. A este respecto son algo más elaboradas las conclusiones del AG (núm. 45), aunque tampoco lo bastante explícitas, ni claras.

A propósito del segundo aspecto, esto es, sobre el diferente alcance de las respuestas del AG y el TJ, ambos coinciden en que en ausencia de regulación en el Reglamento corresponde intervenir al legislador nacional proporcionando un recurso al demandado. Ahora bien, mientras que para el AG dicho recurso tendrá por objeto la declaración de nulidad del requerimiento de pago (punto 2 de su propuesta), en el fallo del TJ su objeto es invalidar la declaración de fuerza ejecutiva (párr. 2 del fallo). Tal solución, tomada aisladamente, es sorprendente: literalmente no se va a ver afectada la fuerza ejecutiva que el requerimiento adquiere *ipso iure* pasado el plazo de oposición (art. 16), sino sólo la declaración que ha lugar terminado dicho plazo (art. 18). Una lectura integrada del fallo indica que en realidad en opinión del TJ un supuesto como el controvertido está al margen del sistema: la notificación del requerimiento en una forma que no cumpla los requisitos de los arts. 13 a 15 del Reglamento impide que entren en juego los mecanismos consecutivos —posibilidad de oposición y consecuencias de ésta, o de su falta. Debe entenderse, en consecuencia, que el recurso dirigido a invalidar la declaración de fuerza ejecutiva pretende en realidad la nulidad de todas las actuaciones que suceden a la expedición del requerimiento —no, en cambio, de la expedición misma, como sí ocurriría de haberse optado por la solución del AG.

4. La doctrina se ha manifestado crítica con el TJ (HESS, B. y RAFFELSIEPER, K., «Schuldnernschutz bei fehlender Zustellung eines EU-Mahnbescheids: Regelungslücken der EuMahnVO», *IPRax*, 2015, fasc. 5, pp. 1-4, apdo. III). La «devolución» que opera a los ordenamientos nacionales se considera fuente de inseguridad jurídica; se añade que rompe con la armonización del procedimiento europeo mismo, y convierte en letra muerta lo previsto en el art. 24 del Reglamento, conforme al cual no se exigirá representación al demandante para solicitar el requerimiento, ni al demandado para oponerse.

Si el fondo de la crítica se comparte —de lo que se trata, al fin y al cabo, es de ofrecer un procedimiento simple y fácil de manejar para las partes—, no sucede lo mismo con sus argumentos. El art. 20 provoca él mismo falta de uniformidad: cada Estado miembro decide cuál (o cuáles, si se opta por varios en función del apartado del precepto, como es el caso de España: D.F. 23.^a de la LEC, punto 9) es el recurso que canaliza la revisión. Así las cosas, la diferencia real respecto de la propuesta del TJ radica en la publicidad añadida que recibe el procedimiento «nacional» de revisión, por virtud de lo previsto en el art. 29.2.

Tampoco es exacta la crítica relativa al art. 24, puesto que el mismo no comprende la revisión entre los procedimientos para los cuales la representación no se exige.

5. Lo anterior no elimina ni resta trascendencia a un hecho: la dificultad del *Amstgericht Wedding* para dar satisfacción al fallo del TJ, a la luz de los medios disponibles en el ordenamiento alemán (HESS, B. y RAFFELSIEPER, K., *op. cit.*, apdo. IV); ahora bien, es discutible que esto sea imputable al órgano de la UE. Sobre la situación en España, ya los comentarios al Reglamento (CE) núm. 805/2004, sobre el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, art. 19 (idéntico al art. 20 en sus dos primeros motivos, aunque su función es otra: véase, crítica, GARCÍA CANO, S., *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson - Aranzadi, 2008, núm. 174), presumían o directamente afirmaban la remisión al ordenamiento nacional para el caso de la notificación irregular, cuya sanción habría de ser la nulidad de actuaciones (GASCÓN INCHAUSTI, F., *El título ejecutivo europeo para créditos*

no impugnados, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, núm. 160-161; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El título ejecutivo europeo*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2006, núm. 110, nota 45). Actualmente la D.F. 23.^a de la LEC establece que la revisión de un requerimiento europeo de pago por las causas previstas en el art. 20.1 del Reglamento se tramitará y resolverá conforme a lo previsto para la rescisión de sentencias firmes a instancia del litigante rebelde en los arts. 501 y concordantes de la Ley; mientras que la revisión prevista en el art. 20.2 se tramitará por medio del incidente de nulidad de actos judiciales conforme al art. 241 de la LOPJ. Sobre este último punto cabe pensar que excluida por el TJ la aplicación analógica del art. 20 al caso de la notificación irregular o inexistente, se impone identificar otro recurso: no vale, por tanto, la propuesta doctrinal antes descrita.

Marta REQUEJO ISIDRO
Max Planck Institute Luxembourg
for International, European and Regulatory Procedural Law
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.10>

2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

2.1. Aplicación judicial del Derecho extranjero

2015-30-Pr

DERECHO EXTRANJERO.—Aplicación en España.—Cesión de créditos.—Demanda del cesionario contra los deudores.—Ley aplicable: ley holandesa.—Prueba del Derecho extranjero.—Inexistencia de obligación del tribunal de investigarlo de oficio.—Consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero: aplicación del Derecho español.

Preceptos aplicados: arts. 3, 4 y 8 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; arts. 9, 10.5, 12.6 del CC; art. 281 de la LEC.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 198/2015 de 17 abril de 2015. Ponente: Rafael Saraza Jimena.

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2015/1350.

[...] La Audiencia Provincial entendió que los demandados no habían alegado la falta de competencia internacional, por lo que los tribunales españoles eran competentes por existir una sumisión tácita de los demandados.

Consideró que el Derecho aplicable era el holandés, por determinarlo así el art. 10.5 del Código Civil y el art. 4 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, aplicable a las obligaciones contractuales. En el caso de la cesión del crédito, porque las partes se habían sometido expresamente al Derecho holandés. En el caso de los préstamos, porque se habían celebrado en Holanda [...].

En cuanto al carácter solidario de la deuda, al no haberse probado el Derecho holandés sobre este particular, debía aplicarse el Derecho español como «lex fori» [ley del lugar del juicio]. La Audiencia Provincial consideró aplicable la figura de la solidaridad tácita, por existir entre los obligados una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre todos ellos, apareciendo de modo evidente la intención de los contratantes de obligarse «in solidum» [...].

REDI, vol. 67 (2015), 2

La Audiencia consideró que los demandados no se oponían al cálculo de los intereses reclamados, sino a que los mismos fueran debidos porque consideraban que no era aplicable la legislación holandesa, al considerar aplicable la española, con arreglo a la cual, los demandados alegaban que los intereses eran usurarios. Pero rechazó esta alegación porque consideró aplicable la normativa holandesa y los demandados no habían probado que en Holanda existiera una norma equivalente a la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 existente en España [...].

Plantea también la recurrente que se han infringido las reglas de carga de la prueba en relación al Derecho holandés.

Para abordar esta cuestión, que vuelve a ser planteada en sucesivos motivos, debe precisarse.

Cuál es el régimen de prueba y de carga de la prueba del Derecho extranjero [...]. Esta doctrina puede resumirse en los siguientes puntos:

i) El tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español (art. 12.6 del Código Civil), que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española art. 12.1 del Código Civil).

ii) Como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación. Por ello, el segundo párrafo del artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige la prueba de «su contenido y vigencia», si bien, de acuerdo con el principio de adquisición, la Ley de Enjuiciamiento Civil no pone la prueba a cargo de «la persona que invoque el derecho extranjero».

iii) Si de acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho extranjero, la exigencia de prueba del mismo no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho. Esto trae consigo varias consecuencias [...]. La segunda, que es la que aquí nos interesa, que el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Así lo permite el último inciso final del art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...].

iv) El empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal. No puede alegarse como infringido el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque el tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero.

v) La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español. Así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, en las sentencias citadas, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la Constitución.

Nota. 1. Anotamos un supuesto que podría haber servido para reflexionar sobre la aplicación del art. 12 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (y de rebote sobre el art. 14 del Reglamento Roma I, que no es aquí aplicable por cuestiones temporales). No obstante el devenir procesal derivó por otros

derroteros. Los hechos, sumariamente descritos son los siguientes: en 2002 y 2003 los cónyuges codemandados (junto con una sociedad de la que era única socia y administradora la esposa), ambos de nacionalidad holandesa, suscribieron en los Países Bajos dos préstamos con el prestamista, también holandés y amigo de la familia, para la financiación de un proyecto inmobiliario en Girona. Los fondos fueron utilizados para la adquisición de diversos inmuebles en nuestro país. En 2005, el prestamista celebró un contrato de cesión con el demandante en el proceso principal, por el que le cedía los referidos créditos, sometiendo dicho contrato de cesión a la ley de los Países Bajos y a los tribunales de 's-Hertogenbosch. El pleito versa sobre la reclamación del cesionario a los deudores cedidos del principal y los intereses devengados (que eran de un 33 y un 24 por cien de interés anual, tal cual se había pactado). Parte de la defensa de uno de los codemandados es que la ley aplicable es la española y no la holandesa y que ni cabe la reclamación de intereses sobre los intereses ni el interés fijado puede ser admisible por ir contra la Ley de usura.

Mientras que en primera instancia se desestimó la demanda por falta de legitimación pasiva de los demandados y —se dice— como argumento de refuerzo la competencia de los tribunales holandeses pactados, en apelación, se estima, considerando aplicable la ley holandesa tanto a los contratos de préstamo cuanto al contrato de cesión, en virtud del art. 10.5 del CC y 4 del Convenio de Roma. No obstante también se aplica la ley sustantiva española a determinados aspectos del litigio.

La sentencia resulta de interés, además de por omitir un correcto análisis de las relaciones que convergen en una cesión de créditos (2), por dar por buena la interpretación peculiar que hace la Audiencia Provincial sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero (3) y por sentar lo que considera la doctrina sobre el tema (4).

2. En el razonamiento del fallo se omite cualquier tipo de referencia específica a las normas de conflicto aplicables al caso, salvo para desestimar la infracción de las alegadas por los recurrentes (arts. 1, 10.5 y 9 y 12.6 del Código Civil, y arts. 3, 4 y 8 del Convenio de Roma). Se trata de una práctica no habitual la del amontonamiento de normas de conflicto de origen autónomo y de origen convencional o institucional sin distinguir para nada sus respectivos ámbitos de aplicación. Aquí, además, tiene la agravante de que no aparece la concreta regla que regularía la pretensión deducida en la demanda: el art. 12.2 del Convenio de Roma («La ley que rija el crédito cedido determinará el carácter transferible del mismo, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor»). El aspecto más controvertido, el de la necesidad de comunicación de la cesión a los deudores, se aborda más como una cuestión de hecho que como una condición jurídica, dando ésta por supuesta. La Audiencia Provincial mezcla ambos temas, señalando que «tanto si se aplicara el Derecho holandés... como si se aplicara el Derecho español... la cesión fue válida y obligaba a los demandados frente al cesionario del crédito». En la práctica, los datos parecen apuntar que efectivamente sólo la ley holandesa estaba en juego por virtud bien del art. 3 del Convenio de Roma, para el contrato de cesión, bien del art. 4 para los contratos de crédito, y no por el hecho de haberse celebrado estos últimos en Holanda como afirma la Audiencia: no se sabe, realmente de dónde extrae tal conclusión que ni deriva del Convenio de Roma ni del art. 10.5 CC que cita (del que antes de la ley del lugar de celebración se tomaría la de la nacionalidad común de los contratantes). En todo caso, la delimitación de las respectivas relaciones implicadas no se hace en ningún momento.

3. En la misma línea de indefinición está la afirmación que la Audiencia hace, y el TS no corrige, según la cual se desestima la defensa de los demandados que pre-

tendían la aplicación de la Ley de Usura, dado que no habían probado que en Países Bajos existiese una ley similar. Aunque el supuesto no es claro en relación con cuál fue la concreta prueba del Derecho holandés que se hizo en el proceso, el argumento es claramente falaz. Que no se pruebe que en Países Bajos hay una ley similar a la española que ampararía (presuntamente) la posición jurídica de los demandados no significa que pueda desestimarse su defensa. Ello sólo es posible si efectivamente la prueba positiva de la ley holandesa es contraria a esa pretensión. La falta de prueba de dicha ley (en sentido positivo o, como señala la Audiencia, negativo) conduciría siguiendo la doctrina que el TS recuerda con posterioridad, a la aplicación del Derecho español. Llama la atención, en todo caso, que no se haya valorado la contrariedad con el orden público español de una normativa (bien es cierto que no sabemos si convenientemente probada) que avala intereses del 24 y el 33 por ciento, en un contrato con condiciones muy probablemente negociadas (el prestamista era persona física con el que los prestatarios tenían una relación de amistad).

4. Por último, el TS hace una síntesis de lo que él mismo denomina la «doctrina» sobre el régimen de prueba y de carga de la prueba del Derecho extranjero. Hemos hecho una reproducción de dicha doctrina en el texto seleccionado de la sentencia, por lo que tan sólo haremos dos precisiones y una llamada de atención. La primera precisión es que dicha doctrina es ciertamente la predominante, pero ni es la única comprensión del problema ni se corresponde con las diferentes opciones que hay en la práctica y que defienden los autores (véase, por todos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa», *Revista Jurídica Española La Ley*, año XXIV, Número 6287, de 4 de julio de 2005). La segunda es que el argumento constitucional que utiliza el TS tampoco es definitivo [véase GARAU SOBRINO, F., «La no-doctrina constitucional sobre la aplicación y prueba del Derecho extranjero», en FORNER DELAYGUA, J. J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Liber amicorum Alegria Borrás*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 429-443]. En cuanto a la llamada de atención, hay que señalar que resulta sorprendente que las soluciones de ley aplicable que derivan del desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia (aquí el Convenio de Roma, pero la misma solución se daría si se tratase del Reglamento Roma I o de cualquier otro reglamento) estén supeditadas a múltiples regímenes estatales de alegación y prueba del Derecho extranjero. No es sólo denuncia de las carencias en la aplicación de las normas de conflicto que se detectan en decisiones como la que estamos anotando, sino la inexistencia de una solución uniforme que de verdad convierta en uniformes a las soluciones de cada instrumento europeo sobre ley aplicable.

Paula PARADELA AREÁN
Santiago de Compostela
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.11>

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

3.1. Filiación: gestación por sustitución

2015-31-Pr

FILIACIÓN.—Maternidad subrogada.—Inscripción en el Registro Civil español.—Menores nacidos en California.—Promotores cónyuges varones.—Reconocimiento de la filiación: no.—Contrariedad con orden público español: sí.—Ju-

risprudencia del TEDH.—Vulneración del derecho a la no injerencia en la vida personal y familiar: no.—Existencia de vías alternativas al reconocimiento.

Preceptos aplicados: Art. 8 del CEDH; arts. 10.2, 14, 18 y 24 de la CE; art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida; 176, 177 del CC.

Auto TS (Sala de lo Civil, Pleno) de 2 de febrero de 2015. Ponente. Rafael Saraza Jimena.

F.: Aranzadi Westlaw, RJ, 2015/141.

[...] el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar «de facto» (lo que es muy posible pero no ha sido el objeto del recurso, pues los demandados han fundado su oposición a la demanda del Ministerio Fiscal en la procedencia de transcribir las actas de nacimiento de California tal como allí fueron extendidas), nuestra sentencia acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción [...].

En España, la sentencia de esta Sala acordó que sólo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar «de facto» (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quedé determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos [...].

La cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor, según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes porque el legislador ha entendido que es lo más adecuado para proteger el interés del menor, es la filiación biológica [...] y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo los derivados de la adopción [...].

No deben descontextualizarse expresiones aisladas de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Los párrafos 75 y 78 de la sentencia del caso L. y 96 y 99 de la del caso M. no afirman que cualquier afectación a la filiación del menor suponga una vulneración de su derecho a la vida privada, sino que tal afectación existe «en estas condiciones del Derecho positivo [francés]», que consisten, como se ha visto, en la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño [...].

Nuestra sentencia permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar «de facto» entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no sólo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores.

Nota. 1. La gestación por sustitución es uno de los temas que más novedades está produciendo en los últimos tiempos en DIPr. Prueba de ello es el espacio que viene ocupando en los más recientes números de esta Jurisprudencia y el hecho de que siga haciéndolo en el presente a través del Auto del TS español de 2 de febrero enero de

2015. Se trata de la última respuesta judicial —por el momento— al caso de mayor trascendencia en España, del que también aquí se ha dado cuenta en sus distintas entregas (*REDI*, 2009, pp. 215-219, con nota de QUIÑONES ESCÁMEZ, A.; *REDI*, 2012-1, pp. 213-216, con mi nota; y *REDI*, 2014-2, pp. 273-277, también con mi nota).

Se trata de un auto que resuelve el incidente de nulidad contra la STS de 6 de febrero de 2014. Recordemos que, simplificando a efectos descriptivos, el TS había rechazado el recurso de casación contra la negativa a inscribir nacimiento y filiación de dos menores nacidos mediante gestación por sustitución en California, poniendo énfasis en la contrariedad con el orden público de tal tipo de filiación. Tras la STS, el TEDH dictó sus, también trascendentales sentencias en los casos *Mennesson y Labasse* (TEDH de 26 de junio de 2014, asunto 65192/11, *Mennesson c. Francia*, y TEDH de 26 de junio de 2014, asunto 65941/11, *Labassee c. Francia*, *REDI*, 2015-3-Pr, con nota de JIMÉNEZ BLANCO, P.; véase también, sobre ellas, PRESNO LINERA, M. A. y JIMÉNEZ BLANCO, P., «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2014, núm. 51, pp. 9-44).

Las sentencias del TEDH justificarían, según los interesados, la revocación de dicha sentencia (también JIMÉNEZ BLANCO, P., *op. cit.*, pp. 238-241, p. 240) y, consecuentemente, la estimación del recurso de casación y el mantenimiento de las inscripciones de nacimiento y filiación aceptadas por la DGRN en 2009. Sin embargo, el TS les dice a los recurrentes que las nuevas sentencias del TEDH no son extrapolables a su caso. Esto significa implícitamente que la postura del TS en la que declaraba contraria al orden público español la gestación por sustitución sigue, al menos para los casos similares al enjuiciado, vigente.

2. El silogismo básico del TS es que la esencia de la vulneración del art. 8 del CEDH en el caso de las Sentencias del TEDH que condenaron a Francia no se encontraba en el rechazo al reconocimiento de los efectos de la filiación existente en el extranjero entre nacidos y comitentes, sino en la absoluta imposibilidad de que la filiación natural de los niños pudiese establecerse a través de otros medios. En Francia, el mero hecho de haber recurrido a la maternidad subrogada inhabilitaba cualquier otro título de legitimación de la filiación. Por el contrario, aduce el TS, en España la situación es diferente, puesto que no se excluye la posibilidad de determinación de la paternidad biológica. El TS se agarra a este hecho para negar la analogía entre los casos resueltos por el TEDH y el que resuelve y para reafirmar que la Sentencia española respeta el derecho a la vida privada de los menores y a la determinación de su identidad. La clave, repito, estaría en la posibilidad de establecer la filiación biológica paterna, con una consiguiente (aunque no necesaria) adopción por parte del cónyuge. Además, añade el TS, la situación de incertidumbre que esta determinación conlleva en España no sería equiparable al caso francés, que mereció la condena del TEDH.

Se trata de consideraciones que en modo alguno pueden ser tachadas de arbitrarias. Ciertamente, se fundamentan en un determinado concepto de interés superior del niño y, sobre todo, en un concreto tipo de maternidad subrogada: aquél en que existe un vínculo biológico entre padre de intención y nacidos. Uno de los supuestos más frecuentes, hay que decir, pero no el único.

Son consideraciones que tienen cierto peso y que, además, no son aisladas. La STF alemán de 10 de diciembre de 2014 (<http://www.bundesgerichtshof.de>, con un resumen comentado en inglés de REIS, D., «German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy», en www.conflictolaws.net, entrada de 4 de marzo de 2015,

post de Jan von HEIN) aun llegando a una solución contraria a la del TS, se mueve en una línea en la que huye de generalizaciones (a favor o en contra de la gestación por sustitución) y se centra en el caso concreto. La sentencia alemana (al contrario que la STS de 2014, pero al igual que el ATS que ahora comentamos) realiza un escrutinio *in concreto* del orden público apoyándose en las circunstancias específicas de la situación: madre gestante soltera y uno de los comitentes padre biológico, formando pareja registrada con otro varón. Este es un caso en el que de conformidad con la ley alemana el reconocimiento voluntario de paternidad sería posible respecto del padre biológico, mientras que, mediando, como así fue, consentimiento posterior al parto de la madre gestante, el resultado de reconocer la relación paternofilial respecto del conviviente, no podría vulnerar el orden público cuando en Alemania la adopción del hijo del conviviente registrado es perfectamente posible (se habla de adopciones sucesivas por uno y otro conviviente como regla consagrada por el Tribunal Constitucional Alemán).

Resulta claro que no se puede obviar el resultado final: en España el TS considera que no se atenta a la vida personal y familiar de los nacidos porque tienen otras posibilidades (distintas al reconocimiento de la filiación tal cual deriva de las decisiones extranjeras) para acreditar su real filiación y acomodarse a su real situación familiar. En Alemania, precisamente porque existen esas posibilidades de acreditar la real filiación y acomodar la situación familiar de hecho a una situación familiar de Derecho, se reconoce aquella filiación. Los dos tribunales superiores tuvieron en cuenta las sentencias del TEDH. Con soluciones diversas, pero tomando partido —y razonando de forma no arbitraria— sobre lo que realmente el TEDH dejó sin cerrar.

3. Efectivamente, las respuestas del TEDH fueron también matizadas y dejaron temas abiertos. En un reciente documento de la Conferencia de La Haya (www.hcch.net, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «The parentage / surrogacy project: an updating note», documento preliminar 3 A, a la atención del Consejo de Asuntos Generales de marzo de 2015, febrero de 2015) se plantean dos ejemplos que generan otras tantas dudas: en primer lugar, qué ocurre con los supuestos en los que no existe una relación biológica entre padre y nacidos así como aquéllos en los que hay una relación genética entre la madre de intención y los nacidos; en segundo término, los casos, como el resuelto por el Auto TS que anotamos, en los que existen vías alternativas al mero reconocimiento para establecer la filiación (véanse los puntos 8.a y 8.b del referido documento). El TS da una respuesta posible a esta indeterminación (en sentido contrario a otras en otras latitudes: véase la nota a pie 31 del Documento de la Conferencia de La Haya). Aventuro que no será su dictamen el último en el caso que nos ocupa.

4. Diré, para concluir, que la respuesta del Auto TS no creo que pudiera verse comprometida por la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto 25358/12, *Paradiso et Campanelli c. Italia*, que, aun teniendo como telón de fondo un supuesto de maternidad subrogada en el que ni la madre ni el padre de intención tenían relación biológica con el nacido, no entró en el fondo de los asuntos aquí tratados.

Por otro lado, el Auto anotado también tiene su voto particular. A pesar de los esfuerzos de la mayoría por reconducir el fallo a un análisis técnico, los magistrados disidentes son los mismos que en la Sentencia contra la que se interpuso el recurso de nulidad. Y curiosamente, contrariamente a lo ocurrido con el voto particular a la Sentencia, los magistrados disidentes han optado por una de las posibles consecuencias de las sentencias del TEDH: la generalización y la maximización de la posibilidad (necesidad) de reconocimiento. Según el voto particular, de lo que se trata es de resolver

los problemas de los niños nacidos mediante gestación por sustitución y en función de su supremo interés y el derecho a su identidad debería haberse estimado el recurso.

Probablemente se trate este auto del TS de un último acto de reivindicación antes de asumir el peso imparable de las exigencias del CEDH: todo lo que el TS dice es cierto; en el fondo, se achaca a los promotores que no han sabido pedir lo que sí se les podía dar. Y éstos, a buen seguro seguirán defendiendo en las «instancias» que les quedan (TC, TEDH) que no es lo mismo el reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución, que las alternativas de legitimación de la filiación para el padre biológico y la adopción subsiguiente por parte del cónyuge. La saga probablemente continuará.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.12>

3.2. Procesos matrimoniales

2015-32-Pr

MATRIMONIO: Disolución del vínculo matrimonial.—Responsabilidad parental.—Alimentos.—Competencia judicial internacional.—Ley aplicable.—Remisión a un Estado plurilegislativo.

Preceptos aplicados: arts. 3, 8 y 12.1 y 12.4 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003; art. 8 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010; arts. 3 y 15 del Reglamento (UE) núm. 4/2009; art. 15 del Convenio de La Haya de 1996; arts. 3 y 4.3 del Protocolo de La Haya de 2007; art. 22.1 de la LOPJ.

Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12.^a), de 15 de enero. Ponente: Elena Farré Trepat.

F: Aranzadi Westlaw, JUR 2015/76317.

Por el hecho de tener ambas partes su residencia habitual en Barcelona la competencia para la declaración de divorcio corresponde a los tribunales españoles, y concretamente a los tribunales de Barcelona, en virtud de lo dispuesto en el art. 3.1 a) del R.2201/2003 y 769 LEC. La ley aplicable al divorcio es la española, conforme a lo dispuesto en el art. 8 del Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010.

Los tribunales españoles también son competentes para dirimir las medidas personales, derivadas de la responsabilidad parental, referidas a los hijos menores de edad. En primer lugar, en relación con los tres menores que residen en Barcelona [...]. La competencia de los tribunales españoles en relación con el menor que actualmente se encuentra residiendo en China con sus abuelos maternos se desprende de lo dispuesto en el art. 12.1, del mismo texto legal, por el hecho de que a pesar de que el menor no reside en Barcelona, sino en China al cuidado de los abuelos maternos, puede considerarse que en este caso ambos progenitores continúan ejerciendo la responsabilidad parental respecto del mismo, adoptando las decisiones inherentes a la misma y con la previsión de que en un futuro pueda trasladarse a Barcelona. No se ha cuestionado por parte de los progenitores la competencia de los tribunales españoles para la adopción de todas las medidas referidas a todos los hijos, y la adopción de estas medidas responde al interés

del menor, como se concluye de la aplicación de la presunción establecida en el mismo art. 12.4 del Reglamento 2201/2009.

La competencia respecto de la obligación de abonar alimentos para los hijos, se regula en el art. 3 del Reglamento 4/2009 [...].

Tanto en relación con las medidas personales como respecto de la obligación de alimentos es aplicable la ley española, conclusión que se alcanza, por la aplicación de lo dispuesto en el art. 15 del CH de 1996 y por la aplicación de lo dispuesto en el art. 15 del Reglamento 4/2009, que remite al protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias».

Nota. 1. La AP de Barcelona aborda otro caso en el que una vez más se demuestran los conocimientos en DIPr de su Sección 12.^a El supuesto es simple: se trata de un divorcio de carácter contencioso entre dos nacionales chinos con residencia habitual en Barcelona. El matrimonio tiene cuatro hijos de los cuales tres residen en España y uno sigue residiendo en China con sus abuelos maternos. Las partes están conformes con todos los aspectos resueltos excepto en la cantidad asignada en concepto de manutención a los menores. Es el progenitor quien apela la decisión con el propósito de reducir la cantidad.

2. Como ya sucedería en otras decisiones, aunque las cuestiones relativas al DIPr no son objeto de controversia, la AP Provincial de Barcelona (Sección 12.^a) se centra en analizar tales aspectos partiendo de una explicación en torno a los instrumentos que de distinta fuente fijan tanto su competencia judicial internacional para pasar después a centrarse en aquellos que determinan el derecho aplicable.

3. Pues bien, a nuestro juicio hace una reflexión y aplicación acertada en relación con la normativa tanto para la determinación de la competencia judicial internacional como en referencia a la ley aplicable en lo que hace a la disolución del vínculo. Aplica para la competencia judicial el art. 3.1.a) del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 y para la determinación de la ley aplicable el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 estableciendo que el vínculo se disolverá por la ley de la residencia habitual de las partes, una vez descartada, como sostiene el Tribunal, el uso de la autonomía de la voluntad por las partes.

4. El aspecto de mayor interés es la determinación de la competencia judicial internacional para decidir sobre la responsabilidad parental del menor cuya residencia habitual no se encuentra en España ni en otro EM sino en China. El Tribunal en este supuesto aplica la previsión del art. 12 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 que introduce un foro por conexidad, permitiendo que la autoridad competente en materia de divorcio pueda conocer también en relación con la responsabilidad parental de los hijos cuya residencia habitual se sitúa en el territorio de un Estado distinto. Hay que resaltar que el art. 12.1 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 no delimita su *ámbito de aplicación personal* a los menores con residencia habitual en otro EM [a diferencia de su antecesor Reglamento (CE) núm. 1347/2000 que requería para aplicar el foro por conexidad que la residencia del menor estuviera situada en otro Estado miembro]; en consecuencia la aplicación de la normativa de fuente europea se extiende a menores con residencia en terceros Estados (muy crítico con la eficacia que en la práctica tendrán las decisiones adoptadas en aplicación el art. 12.1, DE BOER, Th. M. «What we should *not* expect from a recast of Brussels IIbis Regulation», *NIPR on Brussels II revision*, 2015, pp. 10-19). En el caso que nos ocupa China no ha ratificado el Convenio de La Haya de 1996, y por tanto la AP ni se cuestiona la posible colisión entre normas y en su caso en cuál de ellas habría de fundamentar la competencia.

5. El lugar de residencia habitual del menor es el foro de competencia principal y responde al criterio de proximidad razonable; en el caso del foro por conexidad se trata de un tribunal que aunque no sea el más próximo sí puede ser el conveniente para resolver tanto el divorcio como la responsabilidad parental. Para ello el art. 12 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 requiere que el tribunal revise el cumplimiento de unas condiciones sobre las cuales es interesante detenernos, como hace la AP. Hay un número ya destacable de decisiones españolas que como en este supuesto han aplicado este foro por conexidad. Las condiciones que conforme al mencionado precepto han de cumplirse son: 1.^a) que al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor. Este dato se da por hecho en este caso por parte de la AP de Barcelona, cuando afirma que los cónyuges ejercen la responsabilidad parental adoptando las decisiones inherentes a la misma. En la práctica este requisito se ha entendido cumplimentado cuando es uno de los progenitores quien reside con el menor y de forma efectiva ejerce los derechos y deberes contenidos en el concepto de responsabilidad parental [AP de Salamanca (Sección 1.^a) Sentencia de 29 de noviembre de 2006 JUR/2007/144148]. Pero en el caso objeto de este comentario se trata de un menor de cuyo cuidado en China se encargan sus abuelos ¿se puede decir que el *ejercicio efectivo* de la responsabilidad parental lo llevan a cabo los progenitores? (contrarios a que los tribunales adquieran la competencia en estos casos concretos en el que podría enmarcarse el supuesto comentado se muestran CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCO SA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2014-2015, pp. 408-409). 2.^a) La segunda condición más compleja de producirse en el marco del art. 12.1 es la aceptación de la competencia de *forma expresa o de cualquier forma inequívoca por los cónyuges*. En algunos de los pronunciamientos los órganos judiciales ni reparan en el cumplimiento *in casu* de las condiciones [Auto de la AP de Barcelona (Sección 12.^a) de 20 de diciembre de 2010, AC 2011/225]; en otros se detienen para interpretar que efectivamente se ha cumplido el acuerdo [citada AP de Salamanca; AP de Teruel (Sección 1.^a) Auto de 25 de noviembre de 2010, JUR 2011/63840] o por el contrario para declarar la falta de competencia por su incumplimiento [Auto de la AP de Valencia (Sección 10.^a) de 14 de octubre de 2010, JUR 2010/72125]. En el caso de la AP de Barcelona la no oposición a la competencia por parte del ahora apelante hace entender que el acuerdo existe; en consecuencia dicha actitud entraría dentro del concepto aceptación de la competencia por *cualquier forma inequívoca* recogido también en el art. 12.1. 3.^a). La tercera de las condiciones conlleva el análisis de que la adopción de las medidas responden al interés del menor; circunstancia que en el caso resuelto por la AP de Barcelona se considera cumplido a través del apdo. 4 del art. 12 en aplicación de la presunción que en el mismo se establece; ahora bien y como ha dicho el TJUE la operatividad de la mencionada norma de competencia es excepcional y su aplicación conlleva un análisis *in casu* (STJUE de 12 de noviembre de 2014, Asunto C-656/13, apdo. 58, *REDI*, 2015-25-Pr, con nota de JIMÉNEZ BLANCO, P.). De forma que son discutibles aquellas decisiones en las que se asume el conocimiento de los aspectos relativos a la responsabilidad parental en base al citado precepto pasando por alto o sin argumentar su correspondencia con el interés del menor que sólo se preserva analizando en cada caso si la prórroga de la competencia responde a dicho interés (como ejemplo de una aplicación muy cuidadosa haciendo un verdadero esfuerzo de interpretación [citada AP de Salamanca (Sección 1.^a) Sentencia de 29 de noviembre de 2006].

6. En lo que hace a la competencia en materia de alimentos, la AP se refiere al art. 3 del Reglamento (UE) núm. 4/2009, en particular al foro de la residencia habitual del demandado. En esta decisión, a diferencia de otras, distingue y concreta el foro en el que basa su competencia.

7. En relación con la ley aplicable, la AP se refiere de forma correcta tanto al Convenio de La Haya de 1996 en responsabilidad parental, como en materia de alimentos al Protocolo de La Haya de 2007; pero otra vez se olvida de hacer el recorrido jurídico que lleva a la ley catalana como ley española aplicable en ambas materias. Esta falta de argumentación ha sido denunciada en distintas notas publicadas [ejemplo GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *REDI*, vol. 67, 2015, núm. 1, pp. 272-275; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *REDI*, vol. LXV, 2013, núm. 2, pp. 323-326; QUINZÁ REDONDO, P., *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 270-273]; al menos en este caso omite la referencia a la aplicación del Derecho catalán como resultado de los arts. 14 del Estatuto y 111.3.1 del CC de Cataluña.

8. En cualquier caso, esta última referencia no empaña el buen conocimiento que de los instrumentos jurídicos aplicables a las relaciones privadas internacionales tiene la Sección 12.^a de la AP de Barcelona.

Mónica HERRANZ BALLESTEROS*
UNED

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.13>

2015-33-Pr

PROCESO DE DIVORCIO EN ESPAÑA.—Aplicación de la ley búlgara.—Concepto de alimentos.—Diferencia entre pensión de alimentos y pensión compensatoria.—Denegación del retorno de los menores.—Competencia en materia de responsabilidad parental: utilización del art. 15 del Reglamento 2201/2003.

Preceptos aplicados: Reglamento 2201/2003; Convenio de La Haya de 1980 sobre sus-tracción internacional de menores; Reglamento 4/2009 y art. 107 del Código civil.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de marzo de 2015. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

F: Aranzadi Westlaw, RJ 2015/1156.

«La sentencia recurrida da adecuada respuesta a la petición de declaración de culpabilidad, a la que se asocia la pensión alimenticia, y lo hace para desestimarla. En primer lugar, porque no fue introducida en la demanda. Para pedir la declaración de culpabilidad del esposo o negarla de sí misma, dice la sentencia, y no ha sido contradicho, debió hacerse mediante reconvención, según la norma procesal española, esto es el artículo 770.2.^a LEC, puesto que el tribunal no se ha de pronunciar de oficio, según se desprende del artículo 49.3 del Código de Familia búlgaro. En segundo, porque, en cualquier caso, lo único que se desprende de la prueba es que tras la crisis matrimonial ambas partes han reanudado su vida sentimental, no pudiéndose culpabilizar de la ruptura a ninguna de ellas».

«La sentencia concede alimentos. La pensión que reclama la demandante, señala la sentencia, está regulada en el artículo 145 del Código de Familia búlgaro. Se trata de una pensión alimenticia, con un plazo máximo de tres años, salvo mayor duración por motivos excepcionales. Tampoco hay incongruencia».

* Esta nota es parte del Proyecto: «Reglamentación de las crisis matrimoniales internacionales en el Derecho español y de la Unión Europea», Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica e Innovación 2013-2016 DER2014-54470-P.

«La pensión que reclama la demandante está en el artículo 145 del CFB. Se trata de una pensión alimenticia que se concede conforme a las exigencias de este derecho y se cuantifica a partir de una justa ponderación de los recursos de ambos esposos, que no han sido cuestionados. Según los hechos probados de la sentencia, no combatidos en debida forma, la esposa carece de ingresos y la capacidad económica del esposo es muy importante, «empresario internacional en el sector turístico e inmobiliario. No resulta posible, por el entramado de sociedades instrumentales, algunas en paraísos fiscales, cifrar sus ingresos reales, pero el montante de la propia hipoteca antes señalado, los gastos del inmueble (unos 3.000 euros mensuales), los viajes de la familia, etc. llevan a la conclusión de que el esposo puede atender sobradamente las necesidades de la esposa a tenor de los gastos acreditados».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.^a) de 18 de diciembre de 2013. Ponente: Joaquín Bayo Delgado.

F: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/20409.

«Dado que la residencia habitual de los menores estaba en España antes de su retención ilegal en Bulgaria ...y que el no retorno se debe a la excepción dicha del artículo 13 del Convenio de 1980 y no a la inexistencia de sustracción ilegal ..., la competencia para los aspectos de responsabilidad parental correspondía en el momento de la demanda a los tribunales españoles según el artículo 8 del Reglamento (CE) 2201/2003, y continúa correspondiendo por perpetuatio iurisdictionis hasta que se alcance una sentencia firme».

«Hasta el momento en que la autoridad judicial búlgara se manifieste sobre su competencia, las medidas sobre guardia, alimentos y domicilio de los menores adoptadas en la sentencia de primera instancia se mantendrán vigentes, y quedarán sin efecto si los tribunales búlgaros admiten su competencia. En caso contrario, procederá resolver sobre la apelación de esos aspectos».

Nota. 1. La Sentencia del Tribunal Supremo responde a dos recursos, un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación, interpuestos por el marido en un conflictivo caso de divorcio. Ambos recursos son desestimados por el Tribunal Supremo. El origen del caso se encuentra en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Barcelona, de 25 de octubre de 2012, que dictó sentencia de divorcio de una pareja de búlgaros que se habían casado en Bulgaria y residían en Barcelona. Tienen tres hijos, de los cuales la mayor, de 17 años, estudia en Londres y los otros dos residen con sus padres. En lo que se refiere al matrimonio, la sentencia declara el divorcio, la disolución del régimen de bienes y una pensión a favor de la mujer. En lo que se refiere a los hijos, establece una custodia compartida, por períodos de dos semanas que se deberá ejercer en Sofía, debiendo el padre abandonar el domicilio que ocupa en esa ciudad cuando le corresponda a la madre, además de asumir el padre todos los gastos de los menores. La madre sigue residiendo en la casa de Barcelona.

Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación tanto el marido como la mujer, que fue decidido por la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante la interesante Sentencia de 18 de diciembre de 2013, que utiliza prolíferamente los instrumentos de la Unión Europea y los Convenios internacionales, con la soltura que caracteriza a esta Sección. En efecto, una parte de ella es la que es objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo, pero tiene otra parte importante, todavía no

resuelta definitivamente por lo que se indicará. En realidad, pues, hay dos cuestiones diferentes, una referida a los hijos y otra al divorcio de los padres.

2. Tras unas vacaciones en Bulgaria, la madre no puede traer los niños a Barcelona porque el padre retiene los pasaportes y la autorización notarial. El Tribunal de Sofía entiende que ha habido retención ilegal, pero que se da la excepción al retorno prevista en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, en el sentido que hay integración familiar, escolar y social, los niños expresan su deseo de quedarse e, incluso, el mismo hecho de que la madre debiera de desplazarse a Sofía en la quincena que le corresponde estar con los niños, como dice la Sentencia de la Audiencia. Pero, como también dice esta sentencia, el tribunal búlgaro omitió el trámite previsto en el art. 11.6 del Reglamento 2201/2003, en el sentido de comunicar dicha resolución, ya que son los tribunales españoles los que tienen la última palabra sobre el retorno. Vistas las circunstancias, la Audiencia confirma la decisión de no retorno de los dos menores.

Ello no es óbice, no obstante, para que la Sentencia de la Audiencia mantenga la competencia de los tribunales españoles conforme al art. 8 del Reglamento 2201/2003 y continúe correspondiéndoles hasta que haya una sentencia firme, ya que, por el momento, sólo se trata de medidas provisionales, apoyándose para ello en la Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010 en el asunto C-211/10 PPU, *Povse* (en la *REDI*, 2010-20-Pr, con nota de MAGALLÓN, N., y en la *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011, núm. 1, pp. 286 y ss). Pero la Audiencia realiza dos manifestaciones de interés. La primera, el rechazo de que la competencia de los tribunales españoles derive del art. 12 del Reglamento, ya que no hay prórroga de competencia por acumulación al divorcio al no haber aceptado el padre la competencia. La segunda, la apreciación de la existencia de las condiciones que establece el art. 15 del propio Reglamento que justifican la inhibición de los tribunales españoles a favor de los tribunales búlgaros (en cuanto lugar de la residencia habitual de los menores, nacionalidad de los menores y residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental), una disposición que sólo muy excepcionalmente se utiliza. De ahí que decida remitirla, a través de la Autoridad Central, al Tribunal de Sofía «para que se manifieste si asume la jurisdicción para los aspectos de responsabilidad parental y alimentos de los menores», ya que los tribunales de Sofía deberían conocer en tal caso de la acción de alimentos vinculada a la de responsabilidad parental, en virtud del art. 3.d) del Reglamento 4/2009. Como indica la sentencia de la Audiencia, mientras tanto se mantendrán las medidas sobre guarda, alimentos y domicilio de los menores adoptadas por la sentencia de primera instancia, pero quedarán sin efecto si los tribunales búlgaros admiten su competencia. Si, por el contrario, no la admiten, es cuando la Audiencia resolverá en apelación sobre dichas cuestiones. Según las últimas noticias, hasta la fecha aún no han respondido los tribunales búlgaros.

3. La otra parte del asunto se refiere a las cuestiones relativas al divorcio y sus consecuencias. La sentencia de la Audiencia empieza por recordar la competencia de los tribunales españoles y el hecho de que la determinación de la ley aplicable se hará por el art. 107.2 del Código civil, ya que en la fecha de la demanda aún no estaba en vigor el Reglamento 1259/2010.

Una parte de la sentencia de la Audiencia de Barcelona es objeto de recurso del marido ante el Tribunal Supremo y consiste en un recurso extraordinario por infracción procesal. El recurso se refiere tanto al cauce procesal utilizado respecto a la petición de declaración de culpabilidad como en relación con la pensión alimenticia.

En lo que se refiere a la declaración de culpabilidad, dice la Sentencia que, tanto la petición de culpabilidad del esposo como la negativa de ella debió hacerse mediante reconvención, de acuerdo con el art. 770.2.^a de la LEC y no de acuerdo con la forma del art. 49.3 del Código de familia búlgaro. En definitiva, se trata de una aplicación simple de la regla *lex fori regit processum*. En cuanto al fondo, quizás de forma innecesaria, se refiere la sentencia a que no hay culpa de ninguno de ellos, pues ambos han reanudado su vida sentimental.

En lo que se refiere a la pensión de alimentos a favor de la mujer, la sentencia de la Audiencia concedió a la mujer una pensión de alimentos de 15.000 Euros al mes, considerando que el Juzgado le había concedido una pensión manifiestamente inferior al nivel que tenían antes de la ruptura y que sigue teniendo el marido. El Tribunal Supremo considera que la concesión se hizo de acuerdo con el art. 145 del Código de Familia búlgaro.

4. En el recurso de casación se alega que existe interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo sobre alegación y prueba del Derecho extranjero, al no haber aplicado correctamente el Derecho búlgaro. Entiende el marido que hay oposición a la doctrina del Tribunal Supremo por no haber aplicado correctamente el Derecho Búlgaro en los términos que resultan del Código de Familia Búlgaro vigente y citando al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 y 24 de junio de 2010. En lo que se refiere al contenido de la prestación de alimentos, entiende se produce una confusión entre lo que son alimentos y lo que sería en España una pensión compensatoria, discutiendo también la cuantía de la pensión. El Tribunal Supremo desestima también este recurso, entendiendo que la pensión que se concede está de acuerdo con las disposiciones del Código de familia búlgaro y se cuantifica de acuerdo con dicha normativa.

Alegria BORRÁS*
Universidad de Barcelona
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.14>

3.3. Ley aplicable a los efectos del matrimonio

2015-34-Pr

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.—Legislación aplicable.—Matrimonios celebrados con anterioridad a la Ley 11/1990, de 15 de octubre y con posterioridad a la Constitución Española.—Laguna legal.—Autonomía de la voluntad.

Preceptos aplicados: art. 9.2 del CC en su versión anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre.

Resolución DGRN, de 9 de julio de 2014. Derecho: Ilmo. Sr. Director General de la Dirección de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

F: BOE, núm. 185, de 31 de julio de 2014.

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado «La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas», financiado por el Ministerio de Economía y competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012-36920.

6. *El hecho de que el artículo 9. 2 del Código Civil elija el momento inicial para establecer la determinación de la ley no quiere decir que esa determinación pueda y en ocasiones deba fijarse en un momento posterior —con referencia al momento temporal inicial relevante— a fin de dotar de seguridad las relaciones de los cónyuges entre sí y con terceros.*

La determinación de la ley aplicable conforme a datos fácticos no planteará problemas —inter partes— si ambos cónyuges de mutuo acuerdo consienten en la valoración. En otro caso será necesario el correspondiente pronunciamiento judicial.

7. *Junto a la determinación de la ley aplicable, el Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, del que España forma parte, establece, en su artículo 5, la elección por ambos esposos de la ley aplicable a la separación y divorcio, a fin asimismo de evitar conflictividad inter partes.*

La determinación de ley, pues, no ha de confundirse, con la elección de ley prevista en la norma comunitaria.

8. *No obstante, en este caso concreto concurren circunstancias especiales que debe ser valoradas. De una parte, la decisión de ambos esposos de determinar, que no elegir, pues, como se ha indicado, no sería posible una elección, entre las circunstancias más relevantes concurrentes al inicio de su matrimonio.*

Entre ellas cobra fuerza la inscripción inicial en el Registro Civil consular español de su matrimonio y sobre todo el hecho de que conste, actualmente, indicado al margen de su inscripción, como está acreditado, que el matrimonio ha capitulado conforme la ley española y mutado su régimen económico matrimonial por el de participación establecido en los artículos 1431 y siguientes del Código Civil.

9. *Si bien es cierto que en la lógica del sistema se encuentra la congelación inicial de efectos de matrimonio —sin perjuicio de la posibilidad de cambio de su régimen matrimonial— estableciendo su fijación en el momento de celebración del matrimonio, no lo es menos, que en el caso de los matrimonios contraídos bajo el imperio de la Ley de 1974 ha de tenerse presente que la declaración de inconstitucionalidad, como se ha indicado, no ha sido solucionada por el legislador. Por ello aunque la inconstitucionalidad no puede ser objeto de modulación en cuanto efecto automático, nada impide que la laguna legal quede voluntariamente integrada por la decisión de ambos esposos reconociendo, con carácter retroactivo al inicio de su matrimonio, la aplicación de ley española.*

Siendo prueba de los hechos inscritos la inscripción —e indicación— en el Registro Civil y existiendo una laguna legal no colmada por el legislador, creada por la indicada declaración de inconstitucionalidad del último inciso de la anterior redacción del artículo 9.2 del Código Civil, ha de considerarse suficientemente acreditada la existencia de sociedad de ganancias entre los esposos.

Nota. 1. La DGRN aborda en la resolución que comentamos un tema más que conocido: el de la ley aplicable en la actualidad al régimen económico de un matrimonio celebrado con posterioridad a la vigencia de la Constitución Española, antes de que la Ley 11/1990, de 15 de octubre, eliminase el oprobio de la discriminación consagrada por el art. 9.2 surgido de la reforma del Título Preliminar de 1974 y una vez que el Tribunal Constitucional, a través de su STC 39/2002, de 14 de febrero, declaró el art. 9.2 CC contrario a la Constitución (en su Fundamento jurídico 5.º) y remitió a la legalidad ordinaria el cómo resolver «no es a este Tribunal, sino a los órganos judiciales, a quienes les corresponde integrar, por los medios que el Ordenamiento jurídico pone a su

disposición, la eventual laguna que la anulación del inciso del precepto cuestionado pudiera producir en orden a la fijación de un punto de conexión subsidiario» [véanse los comentarios de RODRÍGUEZ PINEAU, E., «La inconstitucionalidad del art. 9.2 CC de 1974 (Comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero)», *REDI*, 2002, pp. 243-254; y de HEREDIA CERVANTES, I., «El artículo 9.2 CC (1974) era inconstitucional (evidentemente); comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002», *Derecho privado y Constitución*, 2002, núm. 16, pp. 203-221].

El supuesto de hecho es típico, no tiene por qué ser infrecuente (tanto en el nivel internacional como en el interregional) y, por tanto, la respuesta que ofrece la DGRN es importante, si es que llega a consolidarse como línea de solución. Cumple también recordar, que la STS de 11 de febrero de 2005 había sancionado implícitamente la regla *tempus regit actum* y había retenido la ley de la vecindad civil del marido al tiempo de contraer matrimonio, como determinante del régimen económico matrimonial de un matrimonio celebrado en 1973 (véase sobre la misma, DIAGO DIAGO, M. P., *AEDIPr*, 2005, pp. 769-773; MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., *REDI*, 2005-35-Pr) y que ésta pareció ser también la posición de la DGRN ante un supuesto —que recuerda en cierto modo al presente— en el que el Órgano Directivo, eludió conceder relevancia alguna a las afirmaciones de los cónyuges sobre la ratificación de su régimen económico matrimonial (también matrimonio celebrado antes de la vigencia de la Constitución Española: DGRN de 22 de noviembre de 2005, *AEDIPr*, 2006, con mi nota, pp. 1171-1173).

2. El supuesto que resuelve la DGRN versa sobre la suspensión de la inscripción sobre determinadas fincas en virtud de escritura de capitulaciones matrimoniales y de liquidación de la sociedad de gananciales. El registrador no considera que estuviera acreditado que el régimen económico del matrimonio era —antes de la escritura— el de gananciales. Los cónyuges, de nacionalidad española y portuguesa, respectivamente, habían contraído matrimonio en Münster (Alemania) en 1983. El registrador considera que en virtud de lo dispuesto en el art. 9.2 del CC (en su versión actual) la ley aplicable a los efectos de este matrimonio sería la alemana (primera residencia habitual común tras la celebración) y, por tanto, el régimen económico sería el de la *Zugewinnungsgemeinschaft*, o participación y comunidad diferida. La DGRN sitúa el tema en sus justos términos temporales (tras la Constitución y antes de la Ley 11/1990) y comienza valorando la posibilidad de una cierta aplicación retroactiva de esta misma ley (postura que —quizá no del todo consciente— coincidiría con la del registrador). El razonamiento a partir de este momento es confuso y errático (fin del punto 5 hasta punto 9 de la Resolución).

Errático porque tras plantear la posibilidad de un «efecto bifronte en el tiempo de la Ley 15/1990», se pasa a otras posibilidades, sin descartar aquélla ni dar ninguna razón para que ese efecto bifronte deba rechazarse. Confuso porque inmediatamente se enfrasca en una artificial línea argumental (puntos 6 y 7 de la Resolución) que pretende separar la «determinación» de la ley aplicable de la «elección» de la ley aplicable, para lo cual trae a colación la posibilidad abierta por el art. 5 del Reglamento Roma III en materia de ley aplicable a la separación y al divorcio. Línea que también se queda en el limbo, sin ser avalada o refutada y, lo que produce más —o la misma— perplejidad, sin saber a dónde conducía. Porque, «no obstante» —dice la DGRN, y esto suponemos que se refiere a los dos amagos de solución— en el caso concurren circunstancias especiales que conducen a la DGRN a considerar «suficientemente acreditada la existencia de la sociedad de gananciales entre los esposos».

3. Las circunstancias especiales a las que se refiere la DGRN no son otras que la creencia de los cónyuges de que su régimen económico era el de gananciales, el de ha-

berlo manifestado así ante un Notario y el haber inscrito en el Registro civil (en 2014) la escritura de capitulaciones en la que se contenían tales afirmaciones; escritura que da origen a la negativa del registrador. La situación es en cierto modo cómica: la mera existencia de la escritura cuyo contenido el registrador defiende que no se ajusta a la ley, es el elemento fundamental para avalar la legalidad de su contenido (si se me permite el trabalenguas).

No quiere la DGRN entrar en el tema de la ley aplicable. Prefiere quedarse en el de la determinación concreta del régimen económico matrimonial. Pero no puede evitarlo porque antes de las capitulaciones matrimoniales discutidas no había habido ninguna otra. El régimen económico del matrimonio era el (un) régimen legal. Y es en el punto 9 de la Resolución donde encontramos la suculenta respuesta: «nada impide que la laguna legal quede voluntariamente integrada por la decisión de ambos esposos reconociendo, con carácter retroactivo al inicio de su matrimonio, la aplicación de la ley española».

Es una respuesta a la altura de los tiempos: moderna, posible y poco meditada si queremos exportarla con carácter general a los supuestos de matrimonios celebrados entre la Constitución y la referida Ley 21/1990. ¿La ley aplicable será la que elijan los cónyuges y esta elección tendrá carácter retroactivo? ¿Cualquier ley? ¿En las relaciones internas y en las relaciones con terceros? ¿Cuántas veces podrán cambiar la elección según les convenga, también con carácter retroactivo? Esta elección, si nos fijamos en el caso, puede ser tácita y, de cualquier manera, no sabemos cuál es la ley aplicable cuando no haya habido tal «elección».

4. Probablemente la DGRN falló en justicia. Probablemente el mensaje para el registrador era que no había que ser tan tiquismiquis; que no había contienda o problema conocido, salvo el que él mismo planteaba negándose a inscribir el reparto efectuado. Mas, habiendo contienda, entre cónyuges o entre éstos y terceros, con el patrimonio de por medio, discurso y solución habrían de ser más cuidadosos y mejor argumentados. Y esto hace que la solución, que aún se espera para este grupo de casos, no pueda ser generalizada.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Santiago de Compostela
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.15>

3.4. Responsabilidad del fabricante por los productos defectuosos

2015-35-Pr

RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE POR LOS PRODUCTOS DEFECTUOSOS.—Ley aplicable.—Accidente aéreo.—Convenio sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973.

Preceptos aplicados: Convenio sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) núm. 649/2014, de 13 enero de 2015.
Ponente: Rafael Sarazá Jimena.

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2015/612.

REDI, vol. 67 (2015), 2

FALLAMOS: 1. *Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y estimar en parte los recursos de casación interpuestos por las entidades «Honeywell Internacional, INC» y «Aviation Communications and Surveillance Systems», contra la Sentencia núm. 230/2012, de 7 de mayo, dictada por la sección decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación núm. 609/2010.*

2. *Casamos en parte la expresada sentencia, y acordamos modificarla en los siguientes extremos:*

2.1.—*Eliminar del fallo la declaración de que hubo defecto de diseño del producto, así como que las demandadas «no hicieron lo necesario para subsanar los problemas».*

2.2.—*Declarar que los defectos del producto están directamente vinculados y son la causa del accidente aéreo en el que fallecieron los familiares de los ahora demandantes conjuntamente con la actuación del centro de control aéreo de Zúrich.*

2.3.—*Reducir a la mitad las indemnizaciones a cuyo pago se condena a Aviation Communications and Surveillance Systems.*

2.4.—*Las indemnizaciones fijadas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia devengarán desde la fecha de esa sentencia el interés legal incrementado en dos puntos. Ese mismo interés, calculado sobre el incremento que suponen las indemnizaciones finalmente fijadas, se devengará desde la fecha en que se dictó la sentencia de la Audiencia Provincial.*

3. *Se mantiene el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida, a salvo de lo que sigue en materia de costas.*

4. *Se condena a las recurrentes al pago de las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal. No procede imposición de costas en ninguna de las instancias, ni de las correspondientes a los recursos de casación. Se acuerda la pérdida de los depósitos constituidos para interponer los recursos extraordinarios por infracción procesal y la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos de casación.*

Nota. 1. La sentencia del TS que anotamos desarrolla aspectos de Derecho internacional privado (en adelante DIPr) con mucha extensión y detalle. Lo mismo que la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 15.^a), de 7 de mayo de 2012, que confirma en lo esencial. El instrumento normativo protagonista es el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos (en adelante CH73). Se aprecia que partes y tribunales que conocieron del caso estaban ilustrados con informes de especialistas en Dipr y en Derecho comparado. Por tanto, sigue una mera reseña de dicha sentencia de más de 50 páginas (más de 80 la de la AP).

No es extraña la densidad jurídica del caso. Este trae causa del accidente que protagonizaron al chocar en pleno vuelo un Boeing de la DHL y un Tupolev de BAL el 1 de julio de 2002 a la altura de Überlingen (Alemania) a la orilla del lago de Constanza. Familiares de los ocupantes y otras entidades reclamaron en diversas instancias. La que interesa es la reclamación civil de indemnización por productos defectuosos instada por familiares y cónyuges. El producto defectuoso era el sistema anti colisión TCAS II, versión 7.0, que había de prevenir choques en vuelo, contemplando, entre otras cosas, las nuevas instrucciones a dar si, por alguna razón, alguno de los aviones en peligro no atendían las primeras instrucciones para evitar la colisión. Dicho aparato había sido fabricado por las demandadas Honeywell (Nueva Jersey) y ACCS (Arizona) y estaba instalado en ambas naves. Además de este procedimiento, las autoridades suizas habían declarado la responsabilidad de los servicios de control aéreo del aeropuerto de Zúrich (los hechos al respecto se relatan en el FD 1.2 de la STS;

véase también HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Accidentes aéreos y *forum non conveniens*. Algunas cuestiones en torno al asunto Honeywell en España», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2012, octubre, pp. 308 y ss.).

La acción en primera instancia fue entablada en un Juzgado de PI de Barcelona en abril de 2007. El caso llegó a los tribunales españoles porque las demandadas se sometieron a los mismos (HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 313) tras la declaración de *forum non conveniens* efectuada por un tribunal de distrito federal de Nueva Jersey en 2005. Este tribunal consideró que estaban en mejor situación para conocer del asunto los tribunales de Barcelona, lugar de destino del vuelo de BAL (véase HERRANZ BALLESTEROS, M., «Conflicto de jurisdicciones y declinatoria de la competencia: los asuntos Honeywell y Spanair», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2013, octubre, pp. 592-609).

2. Son frecuentes los reproches que el TS hace a las recurrentes acerca de su planteamiento de las cuestiones y de las afirmaciones que hacen respecto de la sentencia de la AP (DF 4, último párrafo; FD 6.3; FD 8.7). Si bien la competencia judicial internacional de los tribunales españoles no es objeto de debate, la resolución de los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por las sociedades americanas demandadas contiene aspectos de gran interés, en la frontera de lo substantivo. El más destacable es el relativo a la «carga de la prueba» de la defectuosidad del producto. Aquí el TS, ante el reproche de la vulneración de las reglas de la carga de la prueba, establece que, a diferencia de otros ordenamientos, la regla del art. 217 de la LEC se encuentra entre las normas relativas a la sentencia (FD 14.2), y entiende que reglas sobre la «*preponderance of the evidence*» no son de carga de la prueba, sino de nivel exigible de prueba, a valorar según la ley aplicable al fondo de conformidad con el art. 8.8 del CH73. Es de destacar asimismo que dicho examen, que se remite a la resolución de los recursos de casación, se efectúa respecto de las acciones por «*wrongful death*» y ya no para apreciar las acciones por daños punitivos, que habían quedado definitivamente desestimadas en instancia (FD 14. 3, 4 y 5).

3. Las cuestiones substantivas resueltas en el recurso extraordinario de casación son las que siguen:

a) Calificación de la pretensión y ley aplicable: responsabilidad por productos (FD 16). Las acciones ejercidas son las relativas al defecto del producto anti colisión, no a su inutilidad por quien lo adquirió por título contractual (también FD 24). Por tanto, se trata de una acción de responsabilidad por productos cuya ley aplicable queda determinada por el CH73. Dicha ley aplicable es la que señala el art. 6 del CH73, dado que la agrupación de contactos con que se construyen los arts. 4 y 5 no se cumple. En particular, la adquisición de los títulos de transporte de las víctimas no se puede reducir a «adquisición del producto» defectuoso (art. 5 del CH73: «No obstante lo dispuesto en el artículo 4, la legislación aplicable será el Derecho interno del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada en el caso de que dicho Estado sea también: ... b) el Estado en cuyo territorio hubiese sido adquirido el producto por la persona directamente perjudicada»). Por tanto, en aplicación del art. 6 del CH73 y dado que no se ha optado por solicitar la aplicación de la ley interna alemana correspondiente al lugar del daño, se aplican para cada uno de los demandados la correspondiente al «Derecho interno del Estado en que se halle el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad»; es decir, con la concreción del art. 12 del CH73, la ley de Nueva Jersey respecto de la reclamación contra Honeywell y la de Arizona respecto de la efectuada contra ACCS. Indica correctamente el TS «que los defectos imputados al producto sean o no ciertos,

o que efectivamente constituyan defectos que conforme a la ley aplicable den lugar a la responsabilidad del fabricante, es la cuestión de fondo a discutir en el litigio, que no afecta a la determinación de la ley aplicable sino a la prosperabilidad de la acción».

b) Legitimación activa: calificación no sucesoria (FD 18). Habiéndose ejercido acciones por personas a las que la ley aplicable reconoce un derecho originario y también acciones de supervivencia que son un derecho originario de las víctimas eventualmente transmisible por herencia, ha de aclararse que estas últimas acciones quedaron definitivamente desestimadas en instancia. No se plantea por tanto la ley aplicable a la sucesión en dichas acciones (art. 8.5 del CH73); las que subsisten («*wrongful death*»), atribuidas directamente a los familiares según la ley aplicable al fondo de la responsabilidad por productos se rigen (art. 8.6 del CH73) por el Derecho interno de los estados de Arizona (ACCS) y de Nueva Jersey (Honeywell) (véase REESE, W. L. M., «Explanatory Report del Convenio de la Haya de 2 octubre 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos», *Actes et documents de la Douzième session de la Conférence de la Haye de droit international privé*, 1972, 1974, p. 266).

c) El producto defectuoso y la relación de causalidad. El indicado sistema TCAS II versión 7.0 se analiza en su triple vertiente de defecto de diseño, de fabricación y de información sobre el producto, distinguiendo en cada caso según el Derecho de uno y otro Estado de los Estados Unidos (FD 24). Se analiza asimismo y se niega (FD 22, 27) que haya conflicto entre la legislación estatal y la federal estadounidense administrativa relativa a la seguridad aérea y autorizaciones de productos de seguridad. En cuanto a la relación de causalidad entre producto defectuoso y daño (FD 25) se encuentra en el defecto de información en el manual del piloto elaborado por los fabricantes, por insuficiente advertencia sobre riesgos, lo que influyó en el manual de vuelo de la aerolínea. No existe en cambio defecto de diseño, al estar éste estrictamente condicionado por la normativa federal, que no se había adaptado todavía a las soluciones ensayadas para solventar el defecto del producto (FD 27). El TS confirma que este defecto de información y la relación de causalidad con el accidente existe de conformidad con las leyes de Arizona y de Nueva Jersey, con cita además del *Restatement of the Law, Third, Torts* [art. 2.c] Capítulo I]. (Véase una reciente contextualización de estas nociones en RAJNERI KARAGEORGEVITCH, E., «La notion de défectuosité du produit dans les jurisprudences des pays européens», *Revue internationale de droit comparé*, 20015-1, pp. 185-205).

d) Concurrencia de causas. Se confirma la irrelevancia a estos efectos de la conducta de la tripulación del vuelo de BAL, siguiendo las apreciaciones efectuadas en instancia a raíz de lo resuelto por la vía penal en Suiza y sin que tenga incidencia la existencia de una sentencia firme que condena a indemnizar a una de las compañías aéreas (STS de 18 de julio de 2011, *AEDIPr* 2011/78; véase HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 314), ya que esto sucede bajo un régimen de responsabilidad objetiva (FD 29.1 y 2). Distinto es el caso del control aéreo suizo, cuyas graves deficiencias se tienen por ciertas (FD 29.4). Ahora bien, en el caso de *Honeywell*, la disminución de la condena atendida la concurrencia de causas prevista bajo ciertas condiciones en el Derecho de Nueva Jersey no es aplicable si el causante concurrente no es parte en el procedimiento (FD 30). Respecto de ACSS, la falta de acreditación suficiente de las reglas especiales del Derecho de Arizona alegadas por los demandantes determina la aplicación de las reglas generales de ese Estado, conforme a las cuales la responsabilidad es mancomunada entre los codemandados (DF 31.2 y 3); además, el TS, dado el contexto internacional del proceso, da por cumplida la condición de llamada al proceso del tercero por parte del demandado con las propias alegaciones hechas en la contesta-

ción a la demanda por ACSSS relativas a la corresponsabilidad de la tripulación del Tupolev y del control aéreo suizo, al que se atribuye un 50 por cien; en consecuencia, estimando aquí en parte el recurso de casación de ACCS, la responsabilidad de ACCS se reduce al 50 por cien por concurrir con la de Honeywell y dicho 50 por cien se divide en dos partes atendiendo la corresponsabilidad del control aéreo suizo (FD 31.4, 5 y 6), sin que procedan otras reducciones por apreciaciones de equidad (FD 33).

e) Actos propios y buena fe: Por último, el TS declara *obitem dictum* que las exigencias de buena fe, no abuso de derecho o fraude procesal *ex arts. 7.1 del Cc, 11.3 de la LOPJ y 247.2 de la LEC* son de orden público en cualquier proceso seguido en España. No reputa contrario a estas normas el que los demandantes hayan seguido procesos en Estados Unidos (*interrumpido, supra 1*), en Suiza (penales no iniciados por los demandantes) y en España (civiles contra una de las compañías, *supra d*), sin haberse reducido o limitado la responsabilidad reclamada en España en atención a las responsabilidades ventiladas en dichos procesos (FD 20).

Joaquim J. FORNER I DELAYGUA*

Universitat de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.16>

3.5. Sucesiones internacionales

2015-36-Pr

LEY APPLICABLE A LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.—Reenvío de retorno.—Condiciones y límites.—Armonía internacional de soluciones.—Solución del Reglamento 650/2012.

Preceptos aplicados: arts. 9.8 y 12.2 del CC.

Sentencia TS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 12 de enero de 2015. Magistrado Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

F: Aranzadi Westlaw, JUR 2015/59527; RJ 2015/263.

2. *Con relación al contexto argumentativo de la parte recurrente debe señalarse, en primer término, que no puede desconocerse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, si por tal entendemos la desarrollada a partir de la Sentencia de 15 de noviembre de 1996, ha flexibilizado la aplicación meramente literal del reenvío, tal y como se contempla en el artículo 12.2 (donde el reenvío de retorno sólo se acepta en favor del ordenamiento jurídico español), afirmando la necesidad *ab initio* (desde el inicio) de ponderar su efectiva aplicación a la concurrencia de otros criterios. Entre estos, se ha señalado la conveniencia de que el reenvío lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español de forma que, en su caso, entrañe una mayor justicia en relación a los intereses en juego (STS de 21 de mayo de 1999). Pero sobre todo, caso que nos ocupa, se ha destacado el valor referencial que desarrolla la figura del reenvío como instrumento al servicio de la armonización de sistemas jurídicos de los Estados (la ya citada STS de 15 de noviembre de 1996).*

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado «La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas», financiado por el Ministerio de Economía y competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012-36920.

No obstante, y pese a este avance doctrinal, debe puntualizarse, en segundo término, que este valor referencial de armonización tampoco puede ser interpretado, a su vez, de un modo absoluto o excluyente, sino que viene también modulado por el propio alcance normativo de la figura, esto es, por el ámbito de aplicación que se le reconoce al reenvío (sólo se admite el reenvío de retorno), y por su sujeción a los objetivos del Derecho internacional privado que presente el Derecho interno español en la materia objeto de análisis.

Esto lleva a que en determinadas ocasiones, y en relación con el ámbito sucesorio, como ha señalado la doctrina jurisprudencial de esta Sala con relación al artículo 9.8 del Código Civil, que el reenvío de retorno no deba ser admitido cuando su aplicación comporte, bien un fraccionamiento de la unidad legal de la sucesión, o bien, un fraccionamiento del carácter universal que debe acompañar a la misma, de forma que resulte aplicable la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento.

En este contexto, debe señalarse que el principio de armonía no constituye, en rigor, un criterio interpretativo en la aplicación del expediente del reenvío.

En el presente caso, esto es lo que ocurre, pues la remisión realizada a la legislación inglesa comporta el reenvío de retorno al ordenamiento jurídico español sin que se produzca, al ser el único bien hereditario y además tener el domicilio en España, el fraccionamiento del fenómeno sucesorio señalado respecto de la sucesión del causante.

Todo ello, sin perjuicio de las modificaciones sobre la materia que se deriven de la plena aplicación del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012.

Nota. 1. Cuando esta nota vea la luz, el art. 12.2 del CC habrá comenzado a difuminarse en lo que atañe a las sucesiones internacionales, prácticamente el único ámbito en el que ha podido desarrollarse nítidamente en los términos jurisprudenciales por todos conocidos. El Reglamento 650/2012 ya se estará aplicando a las sucesiones abiertas a partir del día 17 de agosto de 2015, y el régimen del CC quedará relegado a las de causantes fallecidos con anterioridad a esa fecha. Cumple recordar que aún seguirán funcionando las normas de nuestro DIPr interno (art. 9.8 y 12 del CC por lo que atañe al tema que ahora nos ocupa) durante el tiempo en que las sucesiones abiertas antes de la referida fecha requieran del concurso del DIPr. Pero tales normas irán progresivamente dejando su puesto a las del Reglamento. El art. 9.8 del CC seguirá, eso sí, reglamentando los problemas de Derecho interregional.

La STS que anotamos tiene la importancia de volver sobre las condiciones para la admisión del reenvío de retorno a la ley española que habían fijado sus predecesoras y, especialmente, de rectificar una que llamaba la atención por extraña y, sobre todo, por hacer una lectura errónea de uno de los tópicos en los que siempre se ha basado el expediente del reenvío: la armonía internacional de soluciones. En esta breve nota, veremos cómo se produce esta rectificación (3) y aprovecharemos la ocasión para adelantar cuál sería la respuesta al caso de ser de aplicación el Reglamento de sucesiones, recogiendo la invitación del estrambote con que el TS cierra su Fundamento de Derecho segundo (4); antes pondré de manifiesto alguna peculiaridad del contenido del testamento (2).

2. El supuesto de hecho no puede ser más típico: sucesión de nacional del Reino Unido (inglés) con último domicilio en España y con testamento instituyendo a su esposa como única heredera de todos los bienes, derechos y acciones localizados en España; la hija del causante solicita que se la declare como legitimaria de un tercio del haber hereditario y del tercio de mejora, sin perjuicio del usufructo que sobre este

tercio corresponda a la viuda. En definitiva, pide que se declaren sus derechos sucesorios conforme a lo establecido en el CC español. La primera instancia desestima la demanda; la apelación la estima y el TS ratifica la solución de la segunda instancia declarando no haber lugar al recurso de casación, por considerar de aplicación el CC.

Antes de entrar en el razonamiento concreto de nuestro Alto Tribunal quisiera llamar la atención sobre la peculiaridad de las cláusulas testamentarias que se reproducen en la Sentencia. En efecto, llama la atención por una parte que el testamento verse exclusivamente sobre los bienes sitos en España, sin perjuicio de la validez de otros testamentos que el causante hubiere otorgado o llegase a otorgar en su país y que fuesen compatibles con el discutido. Nada que objetar a esta limitación y a esta posible compatibilidad. Se trata, parece ser, de una práctica en absoluto inhabitual; mas en el párrafo final, deja a salvo las legítimas teniendo en cuenta el valor de todos sus bienes, cualquiera que fuese su lugar de situación. Probablemente se trate de una mera cláusula de estilo introducida por el notario con el objetivo de evitar la preterición y, todo ello, bajo la eventual aplicación de una ley que —contrariamente a la nacional del testador— contemplase tales realidades jurídicas (la legítima y la preterición). En definitiva, se trata de un testamento que podría pasar fácilmente por un testamento de Derecho común.

En cualquier caso, los datos del supuesto identifican toda la herencia con único bien inmueble localizado en España.

3. Por lo que atañe al reenvío, la sentencia merece dos comentarios. El primero, que hace total abstracción del hecho de encontrarnos ante una sucesión testamentaria. Algunas voces se habían alzado entre nuestra doctrina para eliminar el reenvío en tales casos [VIRGÓS SORIANO, M., «Derecho sucesorio y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XLII, Madrid, 2004, pp. 181-210, p. 185 y 204-208; FONTANELLAS MORELL, J., en su nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 25.^a) núm. 391/2013, de 27 de septiembre, *REDI*, 2014-30-Pr]. Esta posibilidad, basada en el respeto de la voluntad del causante ajustada a su ley nacional, quizás sea menos defendible en función de cómo interpretamos las cláusulas testamentarias tal cual vimos en el punto anterior. En efecto, como he señalado, el contenido del testamento salvando las legítimas no parece indicar una clara y contundente afirmación de la libertad de testar que el causante ostentaría conforme a su ley nacional. Obviamente, el TS no ha sido consciente de este hecho, dado que esta autonomía de la voluntad material no está presente en el argumentario de su jurisprudencia sobre el reenvío.

Sin embargo, lo más destacable es la aseveración de que «debe señalarse que el principio de armonía no constituye, en rigor, un criterio interpretativo en la aplicación del expediente del reenvío». En efecto, ya denuncié en su momento que la exigencia de la jurisprudencia del TS en esta materia era una mala comprensión de la idea de armonía internacional de soluciones que rodea a la técnica del reenvío («Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado 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, pp. 152-153). Bienvenida sea la rectificación porque la interpreto como abandono de su errónea visión anterior, no porque pueda sostenerse sin ambages que el principio de armonía internacional de soluciones —correctamente entendido— no sea un elemento consustancial al reenvío.

4. Para concluir, veamos cómo se resolvería el tema a la luz del Reglamento, significando, simplemente, que la salvedad que hace el TS a «las modificaciones sobre

la materia que se deriven de la plena aplicación del Reglamento 650/2012...», en nada afecta al caso controvertido.

Pues bien, la aplicación del Reglamento en este caso conduciría a la misma solución que proporciona el magro arsenal normativo del CC. De los datos que el texto de la sentencia nos ofrece podemos derivar que el causante tuvo su última residencia habitual en Jávea («no resultando discutida su residencia habitual en esa localidad» señala la sentencia) por lo que en virtud del art. 21.1 del Reglamento la ley de su última residencia habitual regiría su sucesión. No parece existir ninguna ley más estrechamente vinculada (art. 21.2 del Reglamento), ni ha mediado *professio iuris* a favor de la ley nacional del causante (art. 22 del Reglamento). Aunque tal elección de ley puede ser tanto expresa como tácita («La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo»), ya señalé (*supra* núm. 2) que el contenido del testamento se corresponde con un testamento sometido a una sistema como el del CC. La alusión a la salvaguarda de las legítimas imposibilita concluir que hay elección tácita de la ley inglesa. El art. 21.1 más el art. 36 del Reglamento (remisión a sistema plurilegislativo) nos conduciría a la aplicación del CC.

Si alteramos las circunstancias del caso y situamos la última residencia habitual del causante en el Reino Unido —supuesto que no habrá de ser infrecuente en la práctica española— también se llegaría a la misma solución aunque por otra vía. Los tribunales españoles podrían ser competentes en virtud del art. 10.1.b o 10.2 del Reglamento (según se diesen o no las condiciones que en el primero ser expresan). Descartada la *professio iuris* como una de las situaciones en las que no se admite el reenvío, nos encontraríamos ante un reenvío de retorno de la ley de un tercer Estado (porque el Reino Unido es un Estado tercero a los efectos del Reglamento de sucesiones) a la ley española (art. 34.1.a del Reglamento), en virtud de la remisión que la ley de la última residencia habitual haría a la *lex rei sitae* para la sucesión inmobiliaria —única que en este caso se ventilaba.

5. La STS se encarga de corregir una errónea visión de la armonía internacional de soluciones en materia del reenvío previsto por el art. 12.2 del CC que, como he señalado, irá teniendo cada vez menos recorrido. La regulación del Reglamento en materia de reenvío parece fundamentarse en esa idea de armonía internacional de soluciones («coherencia internacional» dice el Cdo. 57), bien entendida, eso sí. En todo caso, no deja de resultar curioso que la revolución que supone el Reglamento no habría afectado al supuesto que resolvió el TS.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*
Universidad de Santiago de Compostela
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3b.17>

* La presente colaboración se realizó en el marco 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 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].

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. LA CRISIS DE UCRANIA COMO LABORATORIO DE REAJUSTES DE PODER EN EL SIGLO XXI.—2. EL VALOR ESTRATÉGICO DE LA BASE AÉREA DE MORÓN EN EL CONTEXTO DE LA SEGURIDAD INTERNACIONAL.—3. EL BANCO DE DESARROLLO DE LOS BRICS.—4. PUBLICACIÓN DE LOS APPRI CELEBRADOS POR ESPAÑA CON SENEGRAL Y BAHREÍN: SU APLICACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA EUROPEA DE INVERSIONES.—5. EL BROTE DEL VIRUS DEL ÉBOLA EN ÁFRICA OCCIDENTAL COMO AMENAZA PARA LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONALES.

1. LA CRISIS DE UCRANIA COMO LABORATORIO DE REAJUSTES DE PODER EN EL SIGLO XXI

1. La crisis en Ucrania se prolonga ya desde principios del año 2014 y se corre el riesgo de presenciar un nuevo conflicto congelado en territorio europeo.

Tras la incorporación de Crimea y el puerto de Sebastopol a Rusia como dos nuevos sujetos de la Federación, de acuerdo con la Ley rusa sobre nuevos territorios federales, un decreto presidencial de 23 de marzo extendía la administración estatal al territorio de la península. La legalidad de la acción es defendida por Rusia sobre la base de la previa independencia del territorio y la conclusión posterior de un tratado bilateral de la Federación Rusa con el nuevo sujeto resultante, conforme a la constitución rusa. No se trata, por tanto, desde el punto de vista ruso, de una «anexión», puesto que el objeto no es el territorio de otro Estado tomado contra su consentimiento.

Sin embargo, esta realidad no cuenta con el reconocimiento por parte de Ucrania ni de la mayoría de países quienes consideran que su secesión y reincorporación a Rusia se hizo sin respetar la legislación ucraniana. Ésta la define como «territorio bajo ocupación temporal».

La Asamblea General de la ONU, en Resolución de 28 de marzo declaraba inválido el referéndum de independencia por ser contrario al Derecho ucraniano. Estamos ante un supuesto típico de opción entre el criterio de la efectividad o el de la legalidad para proceder al reconocimiento de un sujeto internacional. La efectividad queda patente por la rápida organización de la policía, las autoridades de protección civil, el servicio secreto interno FSB y otros órganos estatales de acuerdo con el Derecho ruso, el control militar total del territorio, la introducción de la moneda y el cambio de pabellón de los buques y de bandera en las instalaciones militares.

Más allá de las declaraciones, puede afirmarse que existe una aceptación *de facto* por la comunidad internacional pues, aunque se imponen unas leves sanciones a Rusia, se negocia con ella, no para una vuelta al *statu quo ante*, sino para evitar la extensión del fenómeno a otras regiones de Ucrania. Este objetivo no pudo conseguirse y, en abril de 2014, comenzaba la ocupación de sedes de autoridades públicas en Donetsk, Jarkov y Lugansk por parte de fuerzas separatistas ucranianas quienes pretendían de Rusia un trato análogo al dispensado a Crimea. En esta ocasión, las fuerzas especiales ucranianas responderán con una operación de gran dureza para recuperar el control sobre Slavyansk y Kramatorsk; de hecho, Moscú pidió la condena de dicha operación por la ONU.

En mayo de ese año, Donetsk y Lugansk declaran su independencia tras sendos referenda, no reconocidos ni por Kiev ni por Occidente. Aunque el Presidente Putin manifiesta su respeto por la voluntad popular, deja claro que se trata de territorios ucranianos y que su estatuto debe negociarse con Kiev.

El Presidente ucraniano surgido de las elecciones de 25 de mayo, Poroshenko, rechaza la incorporación de Crimea a Rusia. Una de sus primeras decisiones será la firma del acuerdo de asociación con la Unión Europea, desencadenante próximo de la crisis.

2. Lo que podría haber dado pie a una normalización institucional, fue el inicio de nuevas campañas que configuran el escenario como auténtica guerra civil. Un hecho que contribuyó a aumentar la tensión fue el derribo del avión de Malaysian Airlines MH17 sobre la región controlada por los rebeldes. Aunque todos los medios occidentales apuntaron a Moscú, por primera vez en su historia probablemente, la cúpula militar rusa compareció ante los medios con todo tipo de pruebas alejando implicaciones en el trágico suceso. Pese a todo, este hecho lleva a endurecer las sanciones contra Rusia, a lo que ésta replicará con la imposición de un embargo sobre las importaciones de frutas, verduras, carne, pescado y lácteos de la Unión Europea, de Estados Unidos, de Canadá, de Australia y de Noruega.

Las sanciones se intensificarán con motivo de la celebración de elecciones en el Este de Ucrania, consideradas ilegales por la Unión Europea.

El acuerdo de Minsk, suscrito en septiembre de 2014, estableciendo un alto el fuego y otras medidas tendentes al arreglo pacífico de la controversia, supuso más una congelación que una solución del conflicto. Su violación fue denunciada tanto por el Parlamento Europeo como por Rusia. La falta de resultados llevó a un nuevo intento negociador liderado por el denominado «cuarteto de Normandía» compuesto por los

más altos representantes de Francia, Alemania, Rusia y Ucrania. De esta negociación saldrán los acuerdos de Minsk II, de 12 de febrero de 2015, en los cuales, además de otras medidas, se recoge la retirada del armamento pesado por ambas partes, el control completo de su frontera con Rusia por parte de Ucrania o la negociación con los separatistas para una reforma constitucional que reconozca una amplia capacidad de autogobierno a Donetsk y Lugansk. Todo ello bajo control internacional, dando acceso a la OSCE sobre el terreno.

Precisamente, tras el acuerdo de Minsk II, la Unión Europea no aplaza las nuevas sanciones decididas pocos días antes contra diecinueve personas y nueve entidades, que entrarán en vigor el 16 de febrero. El periodo subsiguiente será de una relativa calma con acusaciones mutuas de incumplimientos de lo pactado en Minsk pero sin volver a los enfrentamientos anteriores. No obstante, lo ambiguo de estos compromisos es fuente de nuevas controversias por cuanto se establecían unos plazos temporales para el cumplimiento de cada uno de los trece puntos, que en casi ningún caso se han cumplido, y el carácter progresivo de los mismos. De esta forma, cualquier incumplimiento por una de las partes implica que la otra no lleve a la práctica el compromiso siguiente. El principal obstáculo al proceso de paz lo constituye, en estos momentos, la reforma constitucional —ya incluida en el acuerdo negociado por los ministros de Asuntos Exteriores de Francia, Polonia y Alemania con el Gobierno de Yanúkovich, el 21 de febrero de 2014— que conceda una autonomía especial a Donetsk y Lugansk, pues las autoridades de Kiev se han mostrado reacias desde el primer momento a dar este paso; y está claro que Ucrania no podrá asumir el control total de su frontera con Rusia mientras las fuerzas separatistas no vean reconocido el estatuto particular de estas regiones. Esta situación podría bloquear la completa aplicación del acuerdo y dejar el conflicto en situación latente, de no emprender una decidida reacción política que obligue a despejar las incógnitas; iniciativa que debería proceder del «cuarteto de Normandía» por ser los promotores y negociadores del acuerdo.

3. El análisis de los acontecimientos suscita numerosos interrogantes jurídicos y políticos. El primero es el relativo al reconocimiento de un cambio de sujeto que ejerce la soberanía sobre Crimea, de dudosa legalidad internacional por contradecir la integridad territorial de Ucrania, confirmada por el Memorándum de Budapest de 1994. ¿Se consideran éstos violados por la expansión de la OTAN hacia las fronteras rusas y esto justifica —*exceptio non adimulti contractus*— su incumplimiento por la parte rusa? ¿Al tratarse tan sólo de un compromiso político, no hay más que una vinculación de este tipo que, además se considera rota por parte occidental? Lo que sí parece evidente es que el incumplimiento por otros Estados del principio nuclear del Derecho internacional de integridad territorial y del de no intervención en asuntos internos no autoriza a otros a ignorarlos. Otra cuestión es la peculiaridad del caso de Crimea, históricamente parte de Rusia, cedida a Ucrania en dudosas circunstancias (BERMEJO GARCÍA, R., «De Kosovo a Crimea: la revancha rusa», *REDI*, 2014, núm. 2, pp. 307-309) y bajo condición tras los acuerdos de 1994. Igualmente difícil resulta la calificación jurídica del conflicto en el Donbass habida cuenta de la utilización de métodos de guerra híbrida que suponen un desafío al tradicional concepto de intervención en asuntos internos de un Estado. Pese a la guerra de propaganda vigente que confunde aún más las actuaciones de las partes, resulta evidente que la asistencia rusa en adiestramiento y medios a los separatistas pro-rusos y la prestada por los Estados Unidos a las fuerzas leales a Kiev entran de lleno en la prohibición de injerencia en asuntos domésticos de un Estado. Más difícil es demostrar el uso de la fuerza en un conflicto de nueva planta, *guerra proxy* o guerra subsidiaria, sin implicación directa por parte de Moscú.

4. Una segunda cuestión a constatar es la ausencia de la Unión Europea como sujeto relevante en la resolución del conflicto. Desde el primer momento, un limitado número de líderes europeos han asumido el protagonismo, para negociar el acuerdo de 21 de febrero de 2014 o para los acuerdos de Minsk II, en formato «cuarteto de Normandía». La Unión Europea sólo ha tenido protagonismo en la adopción de sanciones y el papel de la Alta Representante para asuntos exteriores y política de seguridad ha sido irrelevante. No es necesario recordar la gráfica expresión de la Secretaria de Estado adjunta norteamericana, V. Nuland, al embajador de su país en Kiev sobre la nula relevancia de la Unión Europea en la resolución de la crisis del Maidán.

Poco más puede decirse de la OSCE, llamada a verificar el cumplimiento de lo pactado pero cuya acción se ha visto obstaculizada sobre el terreno por ambas partes dificultando el acceso de sus observadores y, políticamente, minimizando su papel como foro de negociación o de entendimiento.

Una primera reflexión nos llevaría a concluir que las Organizaciones internacionales de la posguerra fría son inservibles para las necesidades de la paz y la seguridad contemporáneas.

5. Un tercer aspecto a considerar, de especial relevancia, es el relativo al despliegue armamentístico de Estados Unidos y Rusia, sin precedentes desde el final de la guerra fría. Desde que se desencadenó la crisis de Ucrania, la OTAN —organización cuyos objetivos quedaban desdibujados tras la retirada de Afganistán— ha incrementado su presencia en Europa del Este de forma exponencial «para contrarrestar a Rusia». La Cumbre de Gales de la Alianza, en septiembre de 2014, aumentó las patrullas aéreas y los ejercicios militares en el flanco Este, lo que, de acuerdo a Estados Unidos, no supone una violación del Acta Fundacional de las relaciones OTAN-Rusia de 1997. Rusia ha reaccionado anunciando, entre otros, añadir este año cuarenta misiles balísticos intercontinentales a su arsenal nuclear. La potencia americana baraja la posibilidad de desplegar misiles de crucero adicionales en Europa por considerar que Rusia viola sus compromisos en materia de limitación de armas nucleares.

En febrero de 2015, el Congreso norteamericano, en lugar de dar margen al cumplimiento de los acuerdos de Minsk, planteaba la posibilidad de armar a las fuerzas gubernamentales ucranianas para contrarrestar el carácter asimétrico del enfrentamiento, esta opción fue mayoritariamente rechazada por los socios europeos por considerar que podía elevar más la tensión y producir una escalada aún más peligrosa. En junio del mismo año, se hacían públicos los planes del Pentágono de desplegar armamento pesado y hasta un máximo de 5.000 soldados en los países del Este de Europa. Resulta evidente que tal escalada, de momento retórica, no se corresponde a la gravedad real de la situación en Ucrania y que, más bien, manifiesta una lucha por el poder en el espacio post-soviético.

6. La última cuestión que plantea este análisis es el relativo al objeto, eficacia y legitimidad de las sanciones impuestas contra Rusia, principalmente de las sanciones impuestas por la Unión Europea, siguiendo la estela de los Estados Unidos. Estas sanciones autónomas son usualmente empleadas como instrumento para manifestar preocupación por una conducta que se considera inaceptable y para reafirmar los valores de la Unión Europea en la escena internacional (BIERSTEKER, T. y PORTELA, C., «EU Sanctions in Context: Three Types», *European Union Institute for Security Studies*, julio 2015). La Unión Europea adopta las sanciones probablemente más débiles ante la actuación cuya calificación jurídica, a su juicio, merecería mayor recrimina-

ción: la incorporación de Crimea a Rusia. Confirma la entrada en vigor de nuevas medidas restrictivas tras alcanzar los acuerdos de Minsk II, cuando la lógica llevaría a dar un margen para verificar su cumplimiento y, en su caso, ponerlas en práctica si éste no se verifica adecuadamente. Estos elementos revelan la incoherencia de la actuación europea que hace de las citadas medidas un instrumento inefectivo para lograr la finalidad nominal de las mismas: la condena por la actuación de Crimea y por la implicación rusa en el conflicto del Donbass. Su pretendido uso como instrumento normativo pierde toda eficacia desde el momento que se aplican tan sólo a Rusia y no a Ucrania por incumplimiento de los mismos compromisos internacionales. Además, pueden provocar un efecto opuesto al perseguido de mostrar a la Unión Europea como actor internacional multilateral pues gran parte de Estados no occidentales las consideran medidas ilegítimas. Si solapadamente se quería provocar un debilitamiento del régimen de V. Putin, el resultado ha sido un incremento del apoyo a su figura como líder indiscutido frente a esta «ofensiva occidental contra Rusia», dejando a la tímida oposición prácticamente postergada.

Las medidas restrictivas han provocado la respuesta de Rusia en forma de prohibición de importaciones de productos alimenticios que provocan más daño a la economía de los países de la Unión Europea, particularmente a los del Sur, que la producida sobre el Estado sancionado. Pese al mantenimiento de la solidaridad transatlántica en este tema, es claro que, por sus repercusiones desiguales, se producen discrepancias a ambos lados del Atlántico en cuanto a la finalidad última y a la terminación del régimen sancionador.

Por otra parte, al tratarse en muchos casos de medidas restrictivas contra personas, éstas suscitan dudas más que razonables en cuanto a su legalidad. Así se ha puesto de relieve por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Resolución de 26 de septiembre de 2014 sobre las medidas coercitivas unilaterales). Su legalidad ha sido también cuestionada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, C-402/05 P y C-415/05 P, rec. p. I-6351, apdo. 166; de 13 de marzo de 2012, *TayZa/Consejo*, C-376/10 P, apdo. 63; de 25 de junio de 2015, *Iranian Offshore/Council*, T-95/14 y de 22 de abril de 2015, *Tomana*, T-190/12).

7. Por ello, bien puede concluirse que la crisis de Ucrania constituye la espita que abre la lucha por el control de una zona, que tradicionalmente ha sido de influencia rusa pero que, tras su derrumbe en los años noventa, ha querido ser utilizada para ampliar la influencia europea y, principalmente, americana. La recuperación económica y política rusa, gracias principalmente a su potencia energética ha modificado la anterior actitud paternalista hacia Moscú por la tradicional desconfianza a un antiguo enemigo. Las últimas tomas de posición por parte del secretario general de la OTAN colocan a Rusia no como socio estratégico sino nuevamente como amenaza a la seguridad europea. La lucha por el dominio energético mundial y, principalmente, en el continente europeo, es otro instrumento más en esta pugna por el poder.

Todos estos factores han concurrido en la crisis ucraniana convertida, de este modo, en laboratorio de los reajustes del poder mundial.

Natividad FERNÁNDEZ SOLA
Universidad de Zaragoza
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4a.01>

2. EL VALOR ESTRATÉGICO DE LA BASE AÉREA DE MORÓN EN EL CONTEXTO DE LA SEGURIDAD INTERNACIONAL

1. El 16 de julio de 2015 el pleno del Congreso de los Diputados aprobó por abrumadora mayoría el III Protocolo de Enmienda al Convenio de Cooperación para la Defensa entre España y los Estados Unidos, de 1 de diciembre de 1988 (texto del Protocolo en, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 417, de 24 de junio de 2015). Un mes antes, el 17 de junio, el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores, I. Ybáñez Rubio y el Subsecretario de Estado estadounidense, A. Bliken, lo habían firmado en Washington. Esta tercera enmienda al Convenio tiene como único objetivo convertir en permanente la presencia de una unidad de Infantería de Marina estadounidense en la Base Aérea de Morón de la Frontera, como lugar desde el que proyectarse en caso de crisis en el continente africano. Esta presencia, con carácter temporal, había sido ya autorizada, por tres ocasiones, desde 2013.

Un Protocolo de Enmienda I (*BOE* núm. 45, de 21 de febrero de 2003) conllevó una revisión en profundidad del Convenio originario, reduciéndose el uso de Instalaciones de Apoyo (IDAs) en España por parte de Estados Unidos; y un Protocolo de Enmienda II (*BOE*, núm. 138, de 10 de junio de 2013) tuvo por finalidad que la Base Naval de Rota se convirtiera en sede logística permanente de cuatro destructores norteamericanos dotados con el sistema de defensa «Aegis» que, a su vez, forman parte del sistema antimisiles balísticos de la OTAN (ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «La incorporación de la Base Naval de Rota en el Escudo Antimisiles de la OTAN», *REDI*, vol. LXVI, 2014, pp. 297-302). En total, se estima que unos 4.000 miembros del personal de Estados Unidos, incluido civiles, más sus respectivas familias, están destinados actualmente en España, la gran mayoría de ellos en la Base Aérea de Morón de la Frontera (Sevilla) y en la Naval de Rota (Cádiz).

2. Los precedentes del III Protocolo de Enmienda se remontan al acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2013 por el que se autorizaba, de acuerdo a lo previsto en el Convenio de Cooperación para la Defensa y previa solicitud del Gobierno norteamericano, el despliegue temporal y por un año de una fuerza de 500 infantes de marina y ocho aeronaves en Morón, con el objetivo de participar en operaciones de respuesta a situaciones de crisis en África. El origen de dicho despliegue obedecía a lo acontecido tras el asalto al Consulado de Estados Unidos en Bengasi (Libia), el cual originó la creación de la fuerza especial de respuesta dentro de la estructura del Mando para África de Estados Unidos (AFRICOM) y la decisión de ubicarla lo más próximo posible al teatro de operaciones.

Esta autorización temporal no superaba los límites establecidos en el Convenio vigente, por lo que no se previó la modificación del mismo. El 7 de marzo de 2014, el Consejo de Ministros concedió una segunda prórroga anual, aumentándose la presencia de infantes de marina hasta los 850, los cuales, durante el periodo de rotación, podían alcanzar un máximo de 1.100 efectivos. Las aeronaves también se ampliaban de ocho a 17 unidades. En diciembre de 2014, el Secretario de Defensa estadounidense, C. Hagel, solicitó por escrito que la autorización temporal se convirtiera en permanente y se ampliara la fuerza autorizada. Así, el 23 de enero de 2015, y dada las implicaciones de la petición y la necesidad, por tanto, de modificar el Convenio bilateral, se acordó en Consejo de Ministros autorizar a los titulares de Defensa y Exteriores el inicio de negociaciones para un nuevo Protocolo de Enmienda. Ante la evidencia de que el proceso negociador y de cumplimiento de los requisitos constitucionales para la entrada en vigor del nuevo Protocolo llevaría algunos meses, el 17 de abril de 2015

el Gobierno español autorizó una tercera prórroga anual de la presencia temporal de *marines* norteamericanos, pero esta vez sin que existiera variación alguna en el número de efectivos con respecto a la última prórroga. Finalmente, el 29 de mayo de 2015, el Consejo de Ministros ha autorizado la firma del Protocolo de Enmienda III, la cual se produjo el 17 de junio. Al mismo se ha sumado un Memorando de Entendimiento de carácter técnico y firmado el 10 de junio por el Secretario General de Política de Defensa, A. Álvarez González, con su homólogo estadounidense, J. Townsend.

3. En cuanto al contenido del Protocolo III, formado por cinco escuetos artículos, su objetivo fundamental es contribuir a la estabilidad regional y la seguridad común en África, Europa y Oriente Próximo, mediante el establecimiento de un nuevo nivel máximo de fuerza permanente y temporal autorizado en la base de Morón, además de incluir un nuevo número de aeronaves autorizadas, que se sumarán a las hasta ahora permitidas en el II Protocolo de Enmienda. Así, este Protocolo III, que sólo regula la base de Morón y «la fuerza de respuesta de crisis», sitúa el total del personal militar norteamericano autorizado de forma permanente en 2.200, es decir, 1.700 más que lo autorizado hasta el momento; y un máximo de 500 civiles, 425 más que hasta ahora. Respecto al personal temporal, se repite lo señalado en el I Protocolo de Enmienda para los tres ejércitos y para las dos bases en conjunto (Rota y Morón), a lo que suma, en exclusiva para Morón y para «la fuerza de respuesta de crisis», 800 soldados más. En cuanto a las nuevas aeronaves autorizadas de forma permanente (de transporte, reabastecimiento y apoyo operativo) suman 21, a las que se unen las 15 que ya estaban autorizadas para otras finalidades y que no sufren variación. De forma temporal se autorizan hasta 14 aeronaves más, sin especificar su cometido ni características. Para autorizar la fuerza temporal prevista, se exige «consultas previas al más alto nivel entre ambos ministerios de Defensa».

A fin de desarrollar el Protocolo III, se prevé la celebración de «acuerdos administrativos y acuerdos internacionales no normativos», en la nomenclatura dada por la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, propios de *soft law* y sin compromisos obligatorios en la esfera internacional. De esta forma, el Memorando de Entendimiento de carácter técnico firmado el 10 de junio, establece que un oficial de enlace español se integre en el Cuartel General de AFRICOM, dejando abierta la posibilidad de que oficiales españoles se incorporen en otros cuarteles generales norteamericanos. Estados Unidos, por su parte, podrá establecer un elemento de enlace de operaciones en el Estado Mayor Conjunto español. El Memorando contempla igualmente el reforzamiento del adiestramiento entre unidades de las Fuerzas Armadas de ambos países, además de prever que en dos años (2015-2016) la administración norteamericana invertirá unos 29 millones de dólares en la base de Morón para adecuar sus instalaciones a las nuevas necesidades, lo que debería suponer puestos de trabajo a nivel local y regional.

4. La unidad que tendrá base permanente en Morón es la denominada *Special Purpose Marine Air Ground Task Force - Crisis Response* (SPMAGTF-CR), integrada en el AFRICOM, y cuyo Cuartel General tiene su sede en Stuttgart (Alemania). La misión principal de esta unidad es inicialmente la ejecución de operaciones de respuesta a crisis y la protección de ciudadanos norteamericanos, instalaciones y otro personal en la zona norte y oeste de África, favoreciendo, de este modo, la estabilidad y seguridad regional. Para operaciones bilaterales o en el contexto de organismos multilaterales como la OTAN, se exigen consultas previas entre los ministros de Defensa; sin embargo, en el caso de misiones unilaterales será necesaria, en cualquier caso, la autorización del Gobierno español.

5. La importancia de la Base Aérea de Morón para la seguridad de Estados Unidos, ha quedado patente desde los años cincuenta del pasado siglo. Morón ha sido activada por el Pentágono en casi todas las crisis mundiales importantes, desde la de Cuba hasta la operación sobre Libia. Actualmente es la única de las tres bases aéreas que ha tenido la USAF en España que sigue con presencia militar estadounidense.

El Pentágono pretendió y buscó una ubicación en el continente africano para AFRICOM, siendo Marruecos la mejor opción aparente. Sin embargo, que la infraestructura necesaria y todas las instalaciones debieran partir de cero, en unos momentos de ajustes presupuestarios para las Fuerzas Armadas norteamericanas, no favoreció esta opción. A ello había que sumar la inseguridad que creaba en los responsables de tomar la decisión precedentes como la suspensión por decisión marroquí de unas maniobras conjuntas, en abril de 2013, en suelo del Reino alauita. El motivo fue una decisión de Washington de apoyar el incremento de competencias de la MINURSO que no complació a Rabat. Con todo, Morón representaba la mejor opción, tanto por cercanía a la zona de operaciones como por contar con unas instalaciones en funcionamiento y con mucha capacidad de ampliación. Y también por la experiencia acumulada durante sesenta años.

6. Es indudable que la presencia permanente de unidades norteamericanas en la Base de Morón, junto con la incorporación a la Base Naval de Rota de los destructores del Escudo Antimisiles de la OTAN, representan un fortalecimiento en las relaciones de España con un socio estratégico como es Estados Unidos, tal y como se establece en la *Estrategia de Seguridad Nacional*, de mayo de 2013. Además, nuestro país se convierte en un elemento clave de la estrategia del Pentágono en su lucha contra nuevas amenazas como es el terrorismo yihadista. Y es aquí donde debemos destacar el papel que pueda jugar nuestra nación en la esfera multilateral, gracias a su posición geoestratégica. Primordialmente frente a las amenazas surgidas en el entorno del Mediterráneo.

Igualmente, es de gran interés que se haya previsto que la *U. S. National Defence Industrial Association* y la Asociación Española de Tecnologías de Defensa, Aeronáutica y Espacio (TEDAE), firmen un Memorando de Entendimiento, a fin de promover una mejor cooperación en materia de armamento y seguridad.

7. Desde un punto de vista económico, según la Embajada norteamericana en Madrid, sólo el año pasado se mantuvieron y generaron 3.500 contratos fijos y temporales, y se inyectaron 120 millones de euros a la economía española a través de contratos y servicios en las bases de Morón y Rota. Únicamente la presencia de la Fuerza Aérea de Estados Unidos en Morón proporciona anualmente entre seis y siete millones y medio de euros a empresas locales en contratos de construcción, servicios y mercancías. En cuanto a Rota, se han proporcionado más de 43 millones de euros en contratos para proyectos de mejora de la base, y la llegada de personal estadounidense vinculado a los tres primeros destructores ya ha dado lugar a cientos de nuevos contratos de alojamiento en la región.

No obstante, la realidad también incluye que, en el caso concreto de Morón, la empresa *Vinnell-Brown & Root Spain* (VBR), contratada por el Pentágono para la prestación de servicios en la Base (sustituida por la empresa *Vectrus* desde marzo de 2015), ejecutó tres EREs desde 2010. Es por ello que la esencial reclamación a nivel local y regional es que el aumento de efectivos militares se traduzca necesariamente en más puestos de trabajo.

Durante las negociaciones de Protocolo III, no se ha logrado un compromiso con la administración norteamericana sobre este asunto, a pesar de las presiones de sindi-

catos y partidos políticos. Es más, en los procesos judiciales abiertos contra la posible improcedencia de los EREs, y en donde Estados Unidos fue notificado como parte en el asunto, su Embajada alegó el Convenio bilateral en materia de Defensa para no acudir a la citación al considerarse totalmente ajena al procedimiento. Y es que la problemática pudo tener consecuencias más allá de lo meramente laboral, por cuanto que incluso el PSOE declaró, a través de su número dos en el Congreso, que no apoyarían el III Protocolo si no había, como contrapartida, un aumento de puestos de trabajo. Finalmente, el PSOE votó a favor del Protocolo III. Sí se han recogido, en cambio, otros compromisos en el Memorando técnico, aceptando el Pentágono que las obras que acometerá en la Base en los próximos dos años, por 29 millones de dólares, las hagan empresas españolas. Pero «si la legislación estadounidense lo permite», esto es, si no lo impiden razones de seguridad.

La realidad es que las cuestiones laborales aparecen recogidas en el propio Convenio bilateral, fundamentalmente en su Anexo 8, por lo que cualquier compromiso por escrito y legalmente vinculante para alguna de las partes, pasaría, inevitablemente, por una reforma de dicho Convenio. Y esta cuestión no parece que esté actualmente en la agenda de la administración norteamericana.

8. Algunas cuestiones de interés podemos destacar del Protocolo III. En primer lugar, el momento político de la petición de Estados Unidos —diciembre de 2014— y que no parece haber tenido en cuenta el panorama electoral en España, ni siquiera el propio procedimiento de ratificación según nuestras normas constitucionales. El Protocolo de Enmienda III, en el caso de Estados Unidos, se ratifica a través de un procedimiento administrativo por parte del Gobierno. Sin embargo, en España, se requiere su discusión y aprobación por parte de las Cortes Generales, al tratarse de un texto internacional en materia militar y de defensa (art. 94.1 de nuestra Constitución). El Gobierno español lo ha tramitado según el procedimiento de urgencia —que reduce los plazos a la mitad— con única lectura y sin presentación pública en sesión conjunta de los ministros de Exteriores y Defensa en el Congreso a fin de explicar el contenido y alcance del Protocolo, algo que sí se produjo con ocasión de los dos Protocolos anteriores. Ello obedece, sin duda, al temor de no poder completar su tramitación antes de las Elecciones generales previstas para finales de 2015 y ante la incertidumbre de sus resultados.

Una segunda cuestión a destacar es que durante toda la negociación no ha habido ni una sola pregunta parlamentaria o debate sobre el Convenio, hasta una fecha tan tardía como el 8 de julio, aparentando falta de interés por parte de los partidos políticos.

En tercer y último lugar, debemos considerar que el Gobierno español ha podido perder una oportunidad única para introducir en las negociaciones los intereses sociales que han quedado recogidos en textos de segundo nivel y con una cierta abstracción en cuanto a su desarrollo. Y es que la seguridad y la defensa nos afectan a todos, y más en tiempos de crisis.

9. En definitiva, este Protocolo de Enmienda III, y por ende el aumento de la presencia permanente de tropas estadounidenses en territorio español, puede conllevar un fortalecimiento de la posición de España en la esfera internacional, como socio estratégico, para hacer frente a las amenazas emergentes. No obstante, el Gobierno español debería apostar por un importante esfuerzo negociador para conseguir beneficios de cara a la población más cercana. Desde la óptica iusinternacionalista, nos parece esencial plantearse la posibilidad de un nuevo Convenio en materia de

Defensa. Si bien los Protocolos II y III agregan novedades puramente técnicas, las profundas modificaciones del Protocolo I ya hubieran requerido un planteamiento de estas características. Y no hay que olvidar que el texto original del Convenio en vigor data de antes de que la Guerra Fría se diera por finalizada. Las cuestiones de seguridad y defensa, tanto nacional como internacional, son y deben seguir siendo parte de nuestro núcleo más íntimo de soberanía nacional y por ello merecen un debate en profundidad, con total transparencia y con objeto de consensuar una auténtica estrategia nacional. Lo contrario nos aboca a ser un Estado opaco a los intereses vitales de nuestra sociedad.

Luis A. ROMERO BARTUMEUS y Miguel Á. ACOSTA SÁNCHEZ
Universidad de Cádiz
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4a.02>

3. EL BANCO DE DESARROLLO DE LOS BRICS

1. Es evidente que la creación del denominado G-20 en 1999, en donde se encuentran los grandes países emergentes, ha supuesto un paso decisivo en el reconocimiento a nivel internacional del peso económico y político que cada vez más han ido adquiriendo estos países. Tanto es así que el foro más conocido y más importante a nivel internacional en donde se debaten los grandes retos comerciales, económicos y financieros es precisamente este Grupo de países compuesto por el ya muy conocido G-7, los siete países más industrializados del mundo, más otros trece países emergentes de los cinco continentes. Entre estos últimos destacan los ya muy conocidos como los *BRICS* (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica), cuyo peso económico e incluso político no ha dejado de crecer, debido sobre todo, aunque no únicamente, a China y la India. No hay que olvidar que estos países representan en torno a un 28 por 100 del PIB mundial, mientras que el peso de su población es aún mayor, un 42 por 100, sin olvidar su gran superficie terrestre, que representa un poco más de 38 millones de km², es decir, el 26 por 100 (<http://en.brics2015.ru/>). Si se vincula este último aspecto con el de la inmensa población, se comprenderá fácilmente el hecho de que son países que presentan ingentes necesidades en materia de infraestructuras, de ahí el interés que suscitan entre las grandes empresas transnacionales, y otros inversionistas internacionales.

Fue Jim O'Neill, el por entonces economista jefe de Goldman Sachs, quien creó en 2001 el acrónimo de *BRICS* para referirse a los países emergentes con mayores perspectivas de crecimiento, a quien añadiría en 2010 a Sudáfrica, país que tiene un peso relevante en el continente africano, hablando desde entonces de los *BRICS* [véase RAMÓN CHORNÉT, C., «Las relaciones UE-Brasil», en BLANC ALTEMIR, A. (dir.), *La Unión Europea y los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 26, nota 6]. Sin embargo, no hay que perder de vista que ya antes de 2001, por tanto antes de la propuesta de Jim O'Neill, el Presidente ruso Vladimir Putin venía ya impulsando esta coalición como un marco de cooperación regional con el fin de impulsar el desarrollo de estos países.

Los *BRICS* emergen como grupo en 2008, por tanto en plena crisis financiera internacional, siendo ellos, sobre todo China e India, pero también Brasil y Rusia, los que más contribuyeron al crecimiento mundial tras la crisis financiera internacional de 2007-2008 (GRIFFITH-JONES, S., *South-South financial cooperation. Background Paper No 2 to UNCTAD's Least Developed Countries Report*, 2011, en <http://www.stephanygj.net/papers/SOUTHSOUTHFINANCIALCOOPERATIONS2012.pdf>). Conviene apuntar

sin embargo, que los países *BRICS* no habían hecho alarde de una gran coordinación entre ellos anteriormente en los foros internacionales, defendiendo incluso posiciones contrarias en aspectos comerciales en la OMC e incluso en el mismo G-20, sin olvidar sus posiciones opuestas en las cumbres relacionadas con el medio ambiente (GONZÁLEZ, A., «Los *BRICS* y la gobernanza económica mundial», *Política Exterior*, marzo-abril 2015, núm. 164). Sin embargo, el peso económico que representa este Grupo a nivel mundial no tiene su contrapartida en las instituciones financieras internacionales en donde siguen estando subrepresentados a pesar de las nuevas adaptaciones llevadas a cabo en el seno del FMI (BERMEJO GARCÍA, R. y GARCIAUDÍA GARMENDIA, R., «El Fondo Monetario Internacional ante la crisis financiera actual», *REEI*, 2009, núm. 17, pp. 1-34). Es más, el veto del Congreso de los Estados Unidos a ratificar el acuerdo de revisión de las cuotas que se aprobó en 2010 es un claro ejemplo del interés que tienen (y han tenido siempre) los Estados Unidos en conservar, cueste lo que cueste, el derecho de veto en el FMI. Así las cosas, la desproporción es evidente, pues mientras que los Estados Unidos tienen en torno al 19 por 100 del PIB mundial, y un 16,75 por 100 de participación en los derechos de voto del Fondo, China, que tiene un 16 por 100 del PIB mundial, tan sólo tiene un 3,8 por 100 de los votos, mientras que la India con un 6 por 100 tiene un 2,3 por 100 de los derechos de voto (LÓPEZ ESCUDERO, M., «Estabilidad económico-financiera y Derecho internacional», *AFDUAM*, 16, 2012, pp. 367-406. Sobre este problema de las cuotas en el FMI, véase *FMI. Fondo Monetario Internacional. Informe Anual 2014. De la Estabilización a un crecimiento sostenido*, Washington, 2014, pp. 46 y ss.). Esta desigualdad de trato no fue suficiente para que los *BRICS* lograran consensuar su apoyo a un candidato para dirigir el FMI en 2011 ni para presidir el Banco Mundial un año más tarde.

2. En todo lo referente al Banco de Desarrollo de los *BRICS*, conviene tener presente que durante los primeros años de la crisis financiera internacional los grandes países emergentes, y por tanto los *BRICS*, también han acumulado grandes cantidades de divisas que han colocado en los Fondos y Bonos soberanos de los Estados industrializados, beneficiándose éstos de una transferencia muy importante de recursos financieros y a no muy alto interés. Evidentemente esta transferencia de recursos se hizo en contra de los intereses de los propios países que los transferían, ya que éstos acumulaban un déficit muy importante de inversión, sobre todo en infraestructuras (a este respecto, véase el interesante estudio de BATTCHARYA, A. y ROMANI, M., *Meeting the Infrastructure Challenge: The Case for a New Development Bank*, G-24, LSE, Madrid, 11th March, 2013, 19 pp.). Esta situación fue la que abrió los ojos a los *BRICS* para ir pensando en la creación de una entidad o mecanismo que canalizara estos recursos *ad intra*, contribuyendo así al desarrollo de estos países. Partiendo de esta premisa, el objetivo era crear una institución que sirviera de complemento a las instituciones financieras internacionales pero nunca con el fin de sustituirlas. Además, se pensaba que se contribuiría así a reforzar la voz de los grandes países emergentes en el desarrollo de la arquitectura financiera y a proveer ésta de medios financieros adicionales. Puestos los objetivos, tan sólo quedaba la puesta en marcha de la institución, una vez que la crisis financiera internacional había puesto de manifiesto las lagunas financieras de muchos países desarrollados y sus necesidades en esta materia. Tan sólo basta con recordar las grandes reservas de divisas de China, e incluso en esos momentos de Rusia, así como sus inyecciones financieras en la compra de deuda de muchos países industrializados, empezando por Estados Unidos, para comprender que había llegado el momento de mostrar al mundo sus capacidades así como su responsabilidad en el sistema financiero internacional. Sin embargo, hay que recalcar que los primeros pasos que se dan para la creación del Banco de Desarrollo de los *BRICS* se llevan a cabo

no entre 2009 y 2012, cuando estos países estaban en la cúspide del reconocimiento internacional a quienes muchos Estados, como España, acudían solicitando una especie de SOS financiero, sino después, lo que indica que la idea inicial de crear una institución financiera había madurado.

A pesar de que lo que más se ha difundido ha sido de que Rusia fue la pionera de crear un Banco de Desarrollo de los *BRICS*, la idea inicial no fue de Rusia ni de Vladimir Putin, sino de la India en los inicios del año 2012, con el fin de financiar sus ingentes necesidades energéticas y de infraestructuras (véase BARONE, B. y SPRATT, S., *Rising Powers in International Development. Development Banks from the BRICS. Evidence Report* núm. 111, February 2015, pp. 10-11; este estudio analiza con exhaustividad los distintos Bancos de desarrollo de los países *BRICS*). Así las cosas, no es extraño que el nuevo Banco de Desarrollo de los *BRICS* se creara con estos objetivos, y en unos momentos en los que las turbulencias económicas y financieras internacionales eran una evidente realidad. En este contexto, fue en 2013, en la ciudad sudafricana de Durban, conocida también por otras razones, cuando durante la quinta cumbre de los *BRICS*, éstos anunciaron poner en marcha a lo largo del año siguiente un banco de desarrollo encaminado a «movilizar recursos para proyectos de infraestructuras y de desarrollo sostenible en los *BRICS* y en otras economías emergentes y países en desarrollo» con el fin de «complementar los esfuerzos existentes de las instituciones financieras multilaterales y regionales para el crecimiento y el desarrollo mundiales». El objetivo es que el nuevo banco se convierta en una «nueva» fuente de financiación para las economías emergentes, cuyas necesidades no se están viendo completamente satisfechas a través de las instituciones financieras existentes. Se espera así que el banco de los *BRICS* contribuya a reducir ese déficit financiero no sólo con los préstamos del propio Banco, sino también con el objeto de movilizar recursos financieros de otros países financieramente fuertes como algunos de los países exportadores de petróleo. Se quería, además, que al margen de la creación del Banco de Desarrollo, se incluyera la creación de un mercado de divisas entre las monedas de los *BRICS* (real brasileño, rublo ruso, raja india, renminbi chino y el rand sudafricano) con el fin de diversificar las reservas de divisas y al mismo tiempo crear una «reserva de divisas *BRICS*», intentando poner así fin a su dependencia del dólar.

Estos planteamientos hechos en Durban (para más detalles, véase *Fifth Summit: eThekwini Declaration and Action Plan*, Durban, 27 de marzo de 2013, en <http://en.brics2015.ru>), al lado de otros muchos que figuran en esta Declaración eThekwini relacionados con el desarrollo en África, con el sistema multilateral de comercio de la OMC, etc., constituyeron los primeros pasos para lo que luego sería el Banco de los *BRICS*. Pero la mención más clara al futuro Banco de Desarrollo de los *BRICS* figura, sin embargo, en el párr. 12 de la precitada Declaración eThekwini.

Todos estos pasos dejaron ya preparadas las bases para que en la Sexta Cumbre celebrada en Fortaleza (Brasil) se decidiera crear, tal y como reza el párr. 11 de la Declaración de Fortaleza y el Plan de Acción, el Banco de Desarrollo de los *BRICS*. Pero en esta Declaración de Fortaleza no se plasma sólo la creación del Banco de Desarrollo de los *BRICS*, sino que recoge una serie de elementos que van mucho más allá de la simple creación de una institución financiera, con afirmaciones que suenan a reminiscencias de otros tiempos, y quizás sea verdad. Pero lo cierto es que los *BRICS* de hoy en día no son los países en desarrollo de la década de los setenta del siglo pasado cuando reivindicaban un nuevo orden económico internacional (sobre estas reivindicaciones, véase BERMEJO GARCÍA, R., *Vers un nouvel ordre économique in-*

ternational. Étude centrée sur les aspects juridiques, Fribourg, Éditions universitaires, 1982, 462 pp.).

Si nos centramos ahora en el Acuerdo por el que se crea el Banco de Desarrollo de los *BRICS*, éste consta de un breve Acuerdo de cuatro artículos y de un Anexo, que forma parte integrante de éste, en el que se encuentran todas las disposiciones referentes al Banco propiamente dicho (para el texto del Acuerdo y Anexo, véase <http://en.brics2015.ru>; y también <http://brics6.itamaraty.gov.br/media2/press-releases/219-agreement-on-the-new-development-bank-fortaleza-juli-15>). Lo primero que conviene resaltar del Acuerdo es el hecho de que ya en su preámbulo los países *BRICS* se muestran convencidos de que el nuevo Banco de Desarrollo refleja las estrechas relaciones entre ellos al dotarse de un fuerte instrumento (financiero) para reforzar su cooperación económica. Al mismo tiempo se recuerda el déficit de recursos financieros que tienen los países emergentes y los países en desarrollo a la hora de hacer frente al desarrollo de sus infraestructuras y al desarrollo sostenible. Como ya hemos apuntado, estos dos aspectos han estado siempre presentes desde que se empezó a pensar en la creación del Banco.

Al dispositivo del Acuerdo, muy breve por cierto, pues sólo se compone de cuatro artículos, hay que añadir el Anexo, en donde se encuentra todo lo relacionado con el funcionamiento del Banco. En el art. 1 del Acuerdo y el Capítulo I del Anexo se encuentran los propósitos y las funciones, entre los que conviene recalcar la movilización de recursos financieros para los proyectos de infraestructuras y de desarrollo sostenible, por supuesto en los *BRICS*, aunque no sólo, ya que se amplió el abanico de países también a los países emergentes y a los países en desarrollo, convirtiéndose así en un medio complementario a las instituciones financieras ya existentes. Esto es algo que siempre ha estado presente en el espíritu de los *BRICS*, comprometiéndose así a cumplir con la imagen y el discurso que ellos han mantenido en plena crisis financiera internacional de ir asumiendo su responsabilidad en los ámbitos económico y financiero internacional. Para cumplir con estos fines, el Banco podrá financiar tanto proyectos públicos como privados a través de créditos, garantías, participaciones de capital u otros instrumentos financieros, cooperando con otras organizaciones internacionales o entidades financieras. El Banco podrá también prestar asistencia técnica a los proyectos que de una forma u otra sean apoyados por el Banco, algo importante para determinados países con un bajo desarrollo.

La condición de miembro, los votos, el capital y las participaciones están reguladas en el art. 2 del Acuerdo y en el Capítulo II del Anexo. Los miembros fundadores son los cinco Estados *BRICS*, pero la membresía está abierta a todos los miembros de las Naciones Unidas, tanto a los prestatarios como a los prestamistas. Pero, quizás, lo que es más importante para un Banco de estas características sea el capital, que según el art. 2 del Acuerdo y el 7 del Anexo es de cien mil millones de dólares USA como capital autorizado, el cual la mitad tiene que ser inicialmente suscrito. Este capital suscrito inicialmente se distribuye por igual entre los miembros fundadores según lo previsto en el *Attachment 1* (Adjunto) del Anexo. Respecto al voto, se ha recogido el vínculo entre capital de cada Estado y el poder de voto. Como el capital suscrito inicialmente es igual para todos, aquí todos tendrán los mismos derechos de voto. Sin embargo, como los países fundadores han suscrito inicialmente la misma cantidad de participaciones, y las participaciones futuras se tendrán que emitir a la par salvo que la Junta de Gobernadores lo decida de otra manera diferente [arts. 7.a) y 8.b)], esto equivale en la práctica el mismo poder de voto entre los Estados fundadores (para más detalles, véase SCHABLITZKI, J., *The BRICS Development Bank: A New Tool*

for South-South Cooperation?, BRICS Policy Centre, BPC Policy Brief-V.5, December, 2014, núm. 1, p. 6). Respecto a la adopción de decisiones, la regla general es que se adoptan por mayoría simple. Sin embargo, hay casos en los que se requiere especialmente una mayoría cualificada, que se obtendrá siempre y cuando se reúnan dos tercios del total de los votos, mientras que para una mayoría especial se requerirá una doble mayoría, es decir el voto afirmativo de cuatro de los cinco miembros fundadores y dos tercios del total de los votos [art. 6.b) del Anexo].

Conviene apuntar en torno al capital del Banco que China propuso que las participaciones en el capital fuera proporcional al PNB de cada Estado, encontrando una fuerte oposición entre los otros Estados miembros. La solución que se encontró fue dividir el capital inicial por igual entre los cinco Estados, y los mismos derechos de voto, dejando el resto del capital autorizado supeditado a las participaciones. La tesis de China tenía su sentido, pues tiene un PNB que es veintiocho veces mayor que el de Sudáfrica (véanse más detalles en BARONE, B. y SPRATT, S., *Rising Powers in International Development...*, *op. cit.*, p. 11).

En cuanto a los órganos rectores, el art. 3 del Acuerdo y el Capítulo III del Anexo recogen una estructura clásica, es decir, una Junta de Gobernadores (uno por Estado miembro) que será el Órgano con plenas competencias para adoptar las decisiones del Banco (art. 11 del Anexo), un Directorio Ejecutivo (*Board of Directors*) responsable de las operaciones del Banco (art. 12 del Anexo), un presidente, elegido por la Junta de Gobernadores, de entre sus miembros fundadores de forma rotatoria. El presidente no votará, salvo para decidir en caso de igualdad de votos invocando el voto de calidad. El presidente dirigirá el Comité de crédito e inversión (art. 13 del Anexo). El presidente recomendará el nombramiento de los vicepresidentes, uno por Estado miembro, salvo el país que esté representado por el presidente, y serán nombrados por la Junta de Gobernadores. La cuestión de saber quién ejercería la primera Presidencia, que rotará cada cinco años [art. 13.d)], suscitó una lucha importante entre Brasil y la India, siendo al final la India la que ejercerá de primer presidente del Banco.

Las operaciones que puede llevar a cabo el Banco, tal y como están reguladas en el Capítulo IV del Anexo son bastante complejas, distinguiendo claramente (art. 18) entre las operaciones ordinarias que son aquellas financiadas por los recursos del capital del Banco, y las especiales, que son aquellas que serán financiadas por los recursos especiales, estando unos y otros recursos completamente separados en todos los aspectos [art. 18.c)]. Será la Junta de Gobernadores quien decida, según las reglas de mayoría antes anunciadas, la financiación de las operaciones, aplicando los principios operativos expresamente recogidos en el art. 21. Cómo se llevan a cabo la financiación de estas operaciones, y con qué principios será la prueba de fuego que demostrará la faceta positiva o negativa del Banco, y experiencia no falta en los países miembros, pues todos ellos tienen ya a nivel interno un Banco de Desarrollo (véase un estudio exhaustivo de estos Bancos en BARONE, B. y SPRATT, S., *Rising Powers in International Development...*, *op. cit.*, pp. 20-115).

El Anexo del Acuerdo, en su Capítulo VIII, prevé también unas reglas referentes a las eventuales enmiendas, interpretación y solución de controversias. Respecto a las primeras, el Acuerdo puede efectivamente ser enmendado, bien sea a iniciativa de un miembro o de un gobernador de la Junta de Gobernadores, por esta última, por una mayoría de dos tercios, entrando en vigor tres meses después, al menos que la Junta de Gobernadores diga otra cosa. También las cuestiones de interpretación serán sometidas a la Junta de Gobernadores. En cuanto a la solución de controversias, se pre-

vé el sistema de arbitraje, al que están tradicionalmente muy vinculados países como China o Rusia. El Tribunal arbitral estará compuesto por tres miembros: uno será propuesto por el propio Banco, otro por el país en cuestión que pretende que haya una controversia, y el tercero, salvo si las partes deciden otra cosa, por otra persona, pero que debe ser aprobada por la Junta de Gobernadores. Pero si la controversia vierte sobre un contrato entre el Banco y un Estado prestatario, se resolverá según lo previsto en el respectivo contrato.

Por último, el Acuerdo sobre el Banco, entrará en vigor una vez que haya sido aceptado, ratificado o aprobado por todos los países *BRICS*. El Acuerdo ya está en vigor desde el 8 de julio de 2015, día en que China ha presentado los instrumentos de ratificación con ocasión de la VII cumbre de los *BRICS* en Ufá (Federación Rusa), y según las previsiones comenzará sus operaciones a partir de enero de 2016, financiando cinco proyectos de infraestructuras, uno por Estado miembro (sobre estos aspectos, véase *Russia Beyond the Headlines*, 1 de julio de 2015). El banco tiene su sede en Shanghai, a pesar de la oposición inicial de la India que pretendía que se estableciera en Nueva Delhi.

Cabe ahora preguntarse si las esperanzas puestas en este nuevo Banco podrán convertirse en realidad o no (para un estudio interesante a este respecto, véase GRIFFITH-JONES, S., *A BRICS Development Bank: A Dream Coming True?* UNCTAD, Discussion Papers, March 2014, núm. 215, 21 pp.) sobre todo en relación con los países en desarrollo y como institución que ha sido configurada y vista por muchos países como que nacía para colmar ciertas lagunas del sistema financiero internacional. Algunos autores no han dudado en enarbolar ya una cierta desconfianza, señalando que no es un Banco del Sur ni para los países del Sur. Y es que para estos autores críticos con el Banco, indican que tanto las condiciones para suscribir el capital como el poder de voto reflejan los intereses nacionales de los *BRICS*, perdiendo así la oportunidad para introducir en este ámbito a nivel internacional una estructura institucional más democrática (véase MAIHOLD, G., «Die BRICS-Bank-der Einstieg in eine neue Weltfinanzordnung», *SWP-Aktuell*, 53, 2014, pp. 1-8, especialmente 7-8; igualmente SCHABLITZKI, J., *The BRICS Development Bank...*, *op. cit.*, pp. 9 y ss., en donde se habla de «esperanzas y desilusiones»). Otros hacen, sin embargo, una crítica más técnica, como Rolf Langhammer, para quien «a fecha de hoy, no es un banco en sentido propio, sino que es en realidad un fondo que se alimenta de las contribuciones de los miembros» (LANGHAMMER, R., «Die BRICS-Entwicklungsban kein Fonds, aber noch keine Bank», *Wirtschaftsdienst*, vol. 94, 2014, núm. 8, pp. 530-531).

El futuro nos dirá quién tiene razón, si la esperanza o la desilusión. Nosotros nos quedamos sin embargo con la primera, pues es lo último que se pierde... Y quizás tengamos razón a la luz de la declaración que ha hecho el presidente ruso el 10 de julio de 2015 al término de las dos cumbres que han tenido lugar en la ya citada ciudad de Ufá, una sobre los *BRICS* y la otra sobre la Organización de cooperación de Shanghai según la cual «los *BRICS* son los futuros líderes del mundo» (*El País digital* de 11 de julio de 2015).

Romualdo BERMEJO GARCÍA
Universidad de León

Eugenio LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ
Universidad de Navarra
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4a.03>

4. PUBLICACIÓN DE LOS APPRI CELEBRADOS POR ESPAÑA CON SENEGAL Y BAHRÉIN: SU APLICACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA EUROPEA DE INVERSIONES

1. El 19 de marzo y el 3 de abril de 2015 se publicaron en el *BOE* los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) celebrados por España con Senegal y Bahréin, respectivamente. En línea con varios trabajos publicados en esta *Revista*, la presente nota examina su contenido [véanse vol. LIX, núm. 1, pp. 389-393 (Macedonia y Moldavia); vol. LIX, núm. 2, pp. 834-838 (Colombia); vol. LX, núm. 2, pp. 695-700 (Kuwait y México); vol. LXI, núm. 1, pp. 305-311 (China); vol. LXII, núm. 1, pp. 277-283 (Libia); y vol. LXIV, núm. 1, pp. 237-243 (Vietnam)].

Asimismo, a resultas de la atribución a la Unión Europea (UE) del ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas, se indaga sobre la práctica convencional que otros Estados miembros de la Unión Europea han concertado con Senegal y Bahréin, con el propósito de sistematizar las consecuencias jurídicas que el ejercicio efectivo de esta competencia puede tener sobre los operadores económicos que desarrollan sus actividades tanto en aquellos Estados como en la Unión Europea, potenciales beneficiarios de los derechos conferidos por estos APPRI.

2. Para abordar la primera parte de este análisis conviene distinguir cuatro aspectos, a saber: los conceptos de inversor e inversión; las obligaciones de promoción y protección; los mecanismos de arreglo de las controversias inversor-Estado; y, por último, algunas cuestiones relacionadas con la aplicación material y temporal de los APPRI.

En primer lugar, los conceptos de inversor e inversión quedan definidos por un listado no exhaustivo de ejemplos indicativos. Es de destacar, no obstante, una referencia a los derechos derivados de «concesiones para la prospección, el cultivo, la extracción o la explotación de los recursos naturales» en el art. 1.1.e) de los APPRI y que en otro párrafo del mismo precepto se mencionan las inversiones realizadas mediante sociedades locales controladas por inversores extranjeros. Asimismo, si bien ambos APPRI prevén que las personas jurídicas asumirán la condición de inversor con arreglo a los criterios del lugar de constitución y del domicilio efectivo, deben subrayarse algunas particularidades. El art. 1.2.b) del APPRI con Senegal se refiere a las «asociaciones empresariales» en el listado no exhaustivo de personas jurídicas incluidas en el concepto de inversor, una categoría que puede ser útil para los consorcios de empresas que ejecutan infraestructuras y obras de ingeniería. Mientras que el art. 1.4 del APPRI con Bahréin incorpora al ámbito de protección convencional los rendimientos de créditos resultantes de la deuda soberana, que son definidos como «los rendimientos procedentes de créditos de cualquier clase, estén o no garantizados por una hipoteca e incorporen o no una cláusula de participación en los beneficios del deudor, y, en particular, los rendimientos de valores públicos y rendimientos de bonos y obligaciones, incluidas las primas y premios vinculados a tales títulos, bonos y obligaciones».

En segundo lugar, el alcance de las obligaciones de promoción y protección presenta un contenido bastante similar en ambos acuerdos y es conforme con los postulados que se han venido desarrollando en la práctica convencional española más reciente. En efecto, los APPRI reconocen los estándares del trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad «de conformidad con el Derecho internacional», es decir, proponen su interpretación al calor del Derecho internacional (DI) consuetudi-

nario y no de manera autónoma (art. 3.1). En la parte final de este mismo precepto, además, los dos APPRI incluyen una *umbrella clause* que permitiría elevar las controversias contractuales al arbitraje de inversiones. La aproximación mantenida a las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida (art. 4), compensación por pérdidas (art. 6), transferencias (art. 7) y subrogación (art. 9) tampoco no presenta particularidades notorias. En cuanto a la obligación de no expropiar de manera discriminatoria e injustificadamente (art. 5), la redacción en ambos APPRI difiere sensiblemente, aunque se mantiene el núcleo fundamental de obligaciones, es decir, tanto la prohibición general de expropiar o adoptar medidas de efecto equivalente, como la obligación de pagar una indemnización «pronta, adecuada y efectiva». Asimismo, el art. 5.5 de los acuerdos tutela aquellas expropiaciones sufridas por inversores extranjeros que operan mediante sociedades locales, reforzándose el nivel general de protección conferido a estos individuos.

En tercer lugar, la cláusula de arreglo de las controversias inversor-Estado es fiel al modelo que viene utilizando España (art. 11). Finalizado el periodo de negociaciones previas, el inversor extranjero podrá acudir a los tribunales internos del Estado receptor de la inversión o iniciar tanto un arbitraje de inversiones institucional, bajo las reglas del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), como *ad hoc*, mediante las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Ambos APPRI designan como derecho aplicable a ese arbitraje, además del propio acuerdo, «el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión [...] y las reglas y principios generalmente» reconocidos por el Derecho internacional (art. 11.3). Senegal y Bahréin son partes del Convenio CIADI desde el 21 de mayo de 1967 y el 15 de marzo de 1996, respectivamente. En ambos casos los inversores españoles podrían recurrir al CIADI si surgiera una controversia derivada de una inversión. Senegal, por ejemplo, ha recibido tres demandas en este foro, aunque ninguna proviene de inversores españoles: véanse *Milicom International Operations BV y Santel GSM SA c. Senegal* (caso CIADI núm. ARB/08/20, transado por las partes mediante laudo de 27 de noviembre de 2012); *VICAT c. Senegal* (caso CIADI núm. ARB/14/19, arbitraje pendiente); y *Menzies Middle East y Africa SA y Aviation Handling International Ltd. c. Senegal* (caso CIADI núm. ARB/15/21, arbitraje pendiente).

Y, en cuarto lugar, importa referirse a los preceptos que regulan su aplicación material y temporal (arts. 12 y 13). Los APPRI estudiados prevén un periodo de duración inicial de diez años, transcurridos los cuales continuarán en vigor de manera indefinida salvo que mediara una notificación de las partes solicitando su denuncia; denuncia que produciría efectos a los doce meses de su solicitud (arts. 13.1 y 13.2). Sus disposiciones seguirían en vigor por un periodo adicional de diez años para las inversiones establecidas con anterioridad a la fecha de la denuncia (art. 13.3). Mientras que el art. 12 del APPRI con Senegal, en línea con la práctica convencional general, limita su aplicación a las controversias surgidas con posterioridad a su entrada en vigor, el art. 12 del APPRI con Bahréin señala que «el presente Acuerdo será aplicable a las inversiones realizadas por inversores de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante, tanto antes como después de la entrada en vigor del presente Acuerdo». Esta redacción, idéntica a la prevista en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Cortes Generales, IX Legislatura, Serie A, núm. 39, de 5 de septiembre de 2008), vendría a dejar abierta una eventual aplicación del APPRI a cualquier controversia anterior al momento de su entrada en vigor. Los APPRI celebrados por Bahréin y la Unión Belgo-Luxemburguesa, Francia o el Reino Unido emplean un enunciado idéntico. En cambio, el art. 12 del APPRI celebrado por Bahréin y la Repú-

blica Checa establece que *«the Agreement shall not apply to claims or disputes that have arisen before its entry into force»*.

3. En el plano del Derecho de la Unión Europea, los APPRI celebrados con Senegal y Bahréin forman parte del listado de acuerdos firmados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que España notificó a la Comisión Europea y que esta institución publicó en la «Lista de los acuerdos bilaterales de inversión contemplados en el art. 4, apdo. 1, del Reglamento (UE) núm. 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países» (*DO C* 131, de 8 de mayo de 2013, p. 2; *DO C* 169, de 5 de junio de 2014, p. 1; y *DO C* 135, de 24 de abril de 2015, p. 1), en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 2 del 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). También figuran en esta lista los APPRI firmados por España con: Angola (21 de noviembre de 2007); Arabia Saudí (9 de abril de 2006); Etiopía (17 de marzo de 2009); Gambia (17 de diciembre de 2008); Ghana (6 de octubre de 2006); Mauritania (24 de julio de 2008); República Democrática del Congo (18 de diciembre de 2008) y Yemen (29 de enero de 2008). España, en el momento de cerrar esta líneas, ha firmado, autorizado la firma o viene negociando otros APPRI con Bielorrusia, Catar, Haití, Guyana, Mongolia y Mozambique que no figuran en la citada lista, si bien todos ellos quedan sujetos al régimen jurídico previsto por la Comisión Europea.

Además de España, han celebrado APPRI con Senegal los siguientes Estados miembros: Alemania (24 de enero de 1964); Francia (26 de julio de 2007); Italia (13 de octubre de 2000); Países Bajos (3 de agosto de 1979); Reino Unido (7 de mayo de 1980); Rumania (19 de junio de 1980) y Suecia (24 de febrero de 1967). Por su parte, Bahréin ha celebrado APPRI con: Alemania (5 de febrero de 2007); Bulgaria (26 de junio de 2009); Francia (24 de febrero de 2004); Italia (29 de octubre de 2006); Países Bajos (5 de febrero de 2007); República Checa (15 de octubre de 2007); Reino Unido (30 de octubre de 1991) y Unión Belgo-Luxemburguesa (11 de julio de 2006).

A la luz de lo establecido en el art. 3 del Reglamento (UE) núm. 1219/2012: «Sin perjuicio de otras obligaciones de los Estados miembros en virtud del Derecho de la Unión, los acuerdos bilaterales de inversión notificados con arreglo al art. 2 del presente Reglamento podrán mantenerse o entrar en vigor, de acuerdo con el Tratado de Funcionamiento y el presente Reglamento, hasta que entre en vigor un acuerdo bilateral de inversión entre la Unión y el tercer país de que se trate». Por consiguiente, en tanto que la Unión Europea negocia acuerdos con Senegal y Bahréin que contengan disposiciones relativas a la protección de las inversiones extranjeras (ya sean APPRI, ya sean acuerdos más completos), la atribución del ejercicio de esta competencia a la Unión Europea no menoscaba la aplicación de los APPRI ya celebrados por los Estados miembros, ni impide la entrada en vigor de aquellos sobre los que todavía no se hubiera manifestado el consentimiento en obligarse, ni la negociación de nuevos acuerdos con Senegal y Bahréin por parte de otros Estados miembros siempre que se cumplan las previsiones contenidas en los capítulos III y IV (arts. 7-12) del Reglamento (UE) núm. 1219/2012 y, en particular, se garantice que todos estos acuerdos no entran en contradicción con el Derecho de la Unión Europea, ni perjudican el ejercicio de esta competencia por parte de la Unión Europea.

Desde la perspectiva del Derecho internacional económico el régimen jurídico diseñado por la Comisión Europea hace compatibles los compromisos internacio-

nales firmados por los Estados miembros antes (e incluso después) de la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con el incipiente régimen europeo de protección de las inversiones. Sin embargo, la preservación de este régimen bilateral de manera transitoria, desde la perspectiva de los inversores, supone el mantenimiento de situaciones de asimetría jurídica plasmadas en los diversos APPRI celebrados por los Estados miembros con Senegal y Bahréin en el plano de los sujetos protegidos, los derechos conferidos y los medios procesales previstos para hacer efectivos estos derechos.

A diferencia de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, los APPRI celebrados por los Países Bajos se caracterizan por extender el concepto de inversor extranjero a las personas jurídicas no constituidas en un Estado parte pero controladas directa o indirectamente por una persona física o jurídica de ese Estado [art. 1.4.b) del APPRI con Senegal y art. 1.b)iii) del APPRI con Bahréin]. Algunos acuerdos predicen un concepto autónomo para el estándar del trato justo y equitativo (art. 2.2 del APPRI celebrado por Senegal y el Reino Unido), mientras que otros acotan sus contornos al DI consuetudinario (art. 12 del APPRI celebrado por Senegal y Suecia). El APPRI celebrado por Bahréin y la Unión Belgo-Luxemburguesa establece referencias a la necesidad de proteger los estándares internacionales medioambientales (art. 5) y laborales (art. 6), a diferencia de los APPRI celebrados por el resto de Estados miembros, incluida España. El APPRI celebrado por Bahréin y el Reino Unido prevé la extensión del trato de la nación más favorecida *«to the whole of this Agreement»*, dando pábulo a una eventual invocación de la «doctrina Maffezini». En otras palabras, los inversores británicos podrían reclamar un mejor trato concedido por Bahréin a los inversores de otros Estados miembros de la Unión Europea tanto en los aspectos sustantivos como procesales.

También se observan algunas particularidades en materia procesal, como la ausencia de un procedimiento de arreglo de las controversias inversor-Estado en los APPRI celebrados por Senegal con Alemania, Rumanía y Suecia. En este contexto, las cláusulas de sometimiento al arbitraje de inversiones tampoco son homogéneas porque ponen a disposición de los inversores diversos foros arbitrales y en lo tocante al derecho aplicable al arbitraje no emplean un enunciado uniforme (compárense, a modo de ejemplo, el art. 8 del APPRI celebrado por Senegal y el Reino Unido, que sólo prevé el «arbitraje CIADI» y el art. 11 del APPRI celebrado por Senegal y España, que entre otras alternativas ofrece el recurso al arbitraje *ad hoc*). Por último, las «cláusulas de supervivencia» tampoco establecen un único plazo de duración (diez años el APPRI celebrado por Bahréin y la República Checa; quince años el APPRI celebrado por Bahréin y los Países Bajos y veinte años el APPRI celebrado por Bahréin y el Reino Unido).

4. En conclusión, el escenario jurídico descrito en las anteriores líneas puede definirse como provisional, asimétrico y heterogéneo. Estos atributos son característicos del periodo de transición en el que se desenvuelve el ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas y no resultan del todo extraños al proceso de integración europea, pues situaciones similares ya se han reproducido en el pasado al armonizar la actividad convencional exterior en el ámbito comercial o de la pesca. En por esto que debe exigirse a los Estados miembros la máxima diligencia a la hora de comunicar a la Comisión Europea todas las acciones que emprendan y la mayor transparencia hacia los ciudadanos, destinatarios finales de estos APPRI.

En el caso de España, se recomienda la publicación en el *BOE* de todos aquellos acuerdos que vayan entrando en vigor, tras las correspondientes manifestaciones del

consentimiento. En el caso de Senegal, la publicación en el *BOE* el 19 de marzo de 2015 tuvo lugar más de cuatro años después de la fecha de entrada en vigor (4 de febrero de 2011). Esta práctica, así como la publicación en el *BOE* del APPRI con Guinea Ecuatorial el 17 de febrero de 2015 (este APPRI entró en vigor el 11 de agosto de 2009 y se aplica provisionalmente desde el 22 de noviembre de 2003), no se compadece bien con las más elementales exigencias de transparencia que deben presidir la acción exterior de los Estados miembros de la Unión Europea.

Francisco PASCUAL VIVES

Universidad de Alcalá

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4a.04>

5. EL BROTE DEL VIRUS DEL ÉBOLA EN ÁFRICA OCCIDENTAL COMO AMENAZA PARA LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONALES

1. En una iniciativa sin precedentes el pasado 18 de septiembre de 2014 el Consejo de Seguridad determinó unánimemente —mediante su Resolución 2177 (2014)— que el brote del virus del Ébola que estaba afectando a diversos países de África Occidental, principalmente Guinea, Liberia y Sierra Leona, constitúa una «amenaza para la paz y la seguridad internacionales». La importancia de este pronunciamiento plantea diversas cuestiones que pueden ser objeto de análisis desde la perspectiva jurídico-internacional. La primera constatación gira en torno al hecho de que, en los últimos años, el Consejo de Seguridad ha ido ampliando el concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, convirtiéndose en un auténtico directorio mundial con capacidad para activar sus poderes y considerar determinadas situaciones como amenazas a la paz y la seguridad internacionales; y, en consecuencia, adoptar recomendaciones y decisiones en múltiples esferas, a las que ahora debe añadirse el ámbito de la salud global.

En la Cumbre Mundial 2005 se evidenció, a mi entender, la naturaleza amplia, diversa e interconectada de las amenazas a la paz y seguridad internacionales. Se plasmaba, así, un consenso colectivo en relación con la consideración de que determinadas amenazas a la salud global podían también constituir amenazas para la paz y la seguridad internacionales. Por lo que se refiere a los temas de salud global se trataba de un planteamiento reactivo al hecho de que, en las últimas décadas, hemos estado asistiendo a la emergencia de nuevas enfermedades infecciosas de rápida propagación, como el VIH/SIDA, o el Síndrome Agudo Respiratorio Severo (SARS), o la gripe aviar, lo que se ha complementado con la reemergencia de enfermedades que aparentemente habían sido controladas, como la tuberculosis, o con la persistencia del grave problema de la malaria, endémica en muchos países en desarrollo, o de las enfermedades tropicales desatendidas.

El que el Consejo de Seguridad haya determinado ahora, por vez primera, que un problema de salud global —como este brote del virus del Ébola— constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales debe situarse en el contexto de previos pronunciamientos del Consejo en relación con el VIH/SIDA del año 2000 [Resolución 1308 (2000), de 17 de julio] y del año 2011 [Resolución 1983 (2011), de 7 de junio]. En ambos casos, el Consejo de Seguridad se pronunciaba sobre los riesgos y consecuencias para la seguridad de un problema sanitario y sobre la manera de hacerle frente, limitándose a expresar su preocupación, reclamando acción y coordinación internacional y, en todo caso, vinculando las consecuencias de la epidemia a las situaciones de conflicto. Es decir, el Consejo venía a considerar la epidemia del

VIH/SIDA como un elemento importante —pero sólo esto— en el contexto del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Lo más relevante es, precisamente, que la resolución objeto de este comentario opera un importante salto cualitativo al considerar que esta crisis sanitaria «constituye» una amenaza para la paz y la seguridad internacionales.

2. El virus del Ébola es una epizootia cuyos principales huéspedes son algunas especies de murciélagos que actúan como reservorios naturales. Se trata de una fiebre hemorrágica muy virulenta, de gran morbilidad y que se contagia por el contacto directo con las excreciones y los fluidos corporales de una persona infectada. Desde que el virus fue descubierto y descrito en 1976, diversos brotes en el continente africano no han comportado, sin embargo, una investigación farmacéutica suficientemente importante como para haber producido una vacuna adecuada. El actual brote epidémico —el más grande hasta el momento por el número de infectados y de defunciones— se inició cuando una variante local de la cepa Zaire se localizó en Guinea en diciembre de 2013 y rápidamente se expandió silenciosamente por Liberia y Sierra Leona. Esta irradiación en un área rural fronteriza entre países con unas infraestructuras sanitarias poco desarrolladas condicionó también la reacción internacional ante el brote. A partir de marzo de 2014, la OMS notificó oficialmente el brote y se incrementó la asistencia internacional para ofrecer aislamiento y tratamiento a las personas afectadas por la enfermedad y prevenir su contagio.

Pese al creciente incremento de casos —ya que la epidemia se trasladó a zonas urbanas altamente pobladas— la OMS, quizás escamada por otras alertas mundiales como la de la gripe A en 2010, tardó demasiado, a mi juicio, en poner en marcha los mecanismos de emergencia internacional. Finalmente, el 8 de agosto de 2014 la Directora General de la OMS, asesorada por el Comité de Emergencias, declaró la existencia de una emergencia de salud pública de importancia internacional y puso en marcha los mecanismos previstos en el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) de 2005. La declaración de esta emergencia implica consecuencias para todos los Estados obligados por el RSI (2005) y permite al Comité de Emergencias formular recomendaciones temporales o permanentes. Sobre la base de su autoridad y competencia técnica, la OMS ha generado desde entonces numerosas guías, protocolos y hojas de ruta para la respuesta al virus del Ébola, con las necesidades y las medidas y recomendaciones para la gestión, coordinación y el acompañamiento de la lucha contra la epidemia y el control de la infección.

Para contextualizar mejor la situación, debe señalarse que los países más afectados tienen una historia reciente muy convulsa y que estaban empezando a disfrutar de una paz, seguridad y estabilidad relativas y realizando esfuerzos colectivos para su desarrollo socioeconómico, para lo que contaban también con las Naciones Unidas. Baste con indicar, en este sentido, que los tres países en cuestión están incluidos en el programa de trabajo de la Comisión de Consolidación de la Paz y que en uno de ellos todavía se mantiene activa una operación de mantenimiento de la paz (la Misión de las Naciones Unidas en Liberia, *United Nations Mission in Liberia*, UNMIL). Precisamente, la resolución sobre el Ébola del Consejo de Seguridad se titulaba «Paz y seguridad en África». Además, y para completar el argumento, cabe indicar el contexto de subdesarrollo y de pobreza de estos países, bastando para ello con señalar que según los datos del PNUD ocupan las posiciones 175 (Liberia), 179 (Guinea) y 183 (Sierra Leona), sobre una lista de 187 países en su último Índice de Desarrollo Humano. El brote del virus del Ébola se convertía, así, en una emergencia cada vez más compleja, con consecuencias humanitarias graves y cambiantes, con una importante afectación

de la población y con sustanciales consecuencias en la ya precaria economía de estos países, que podía acabar en una crisis política y desestabilizar el conjunto de la región.

3. En este contexto, los presidentes de estos tres países dirigieron al secretario general una carta (Documento S/2014/669) en la que, de un lado, informaban de la situación y de las medidas que sus respectivos Gobiernos estaban adoptando con el apoyo de la comunidad internacional; de otro lado, expresaban su preocupación por la cancelación de vuelos —virtuales sanciones económicas y embargos comerciales— que agravaban los efectos del brote en sus economías y obstaculizaban los esfuerzos para controlar la epidemia; finalmente, solicitaban a las Naciones Unidas que intervinieran para poner fin a estos bloqueos comerciales y que adoptaran una «respuesta general coordinada» para poner fin al brote del virus del Ébola y apoyar las sociedades y economías de los países afectados.

El secretario general, a su vez, se dirigió el 17 de septiembre de 2014 en cartas idénticas al presidente de la Asamblea General y al presidente del Consejo de Seguridad (Documento A/69/389-S/2014/679) en las que exhortaba a los Estados miembros a atender la petición de los Gobiernos de África Occidental y, afirmando su plena intención de usar al máximo las facultades de que disponía, informaba a ambos órganos principales que tenía la intención de establecer inmediatamente una Misión de las Naciones Unidas para la Respuesta de Emergencia al Ébola (la UNMEER). El objetivo de la Misión sería el de reunir a los diversos actores y recursos de las Naciones Unidas, y de otros actores internacionales, proporcionando orientación y liderazgos generales, evitando duplicaciones de esfuerzos y asignando las debidas prioridades. La UNMEER se configura claramente, por tanto, como una misión singular, tanto por su carácter de gestión de una crisis de salud global como por ser la primera misión de todo el sistema de las Naciones Unidas. La decisión del secretario general recibiría el pleno apoyo de la Asamblea General (Resolución 69/1, de 19 de septiembre de 2014) y del Consejo de Seguridad. Era también la evidencia del papel central y de las capacidades operacionales de las Naciones Unidas en la acción internacional frente a amenazas como éstas —sean o no de salud global— que afectan tanto a países desarrollados como a países en desarrollo.

4. Lo más relevante, sin embargo, fue la adopción de la Resolución del Consejo de Seguridad, en la primera ocasión en que se celebraba una sesión de emergencia sobre una crisis relacionada con la salud. Consideración que se explica por esa naturaleza amplia, diversa e interconectada de las amenazas a la paz y seguridad internacionales, y por la grave preocupación que generaba el brote del virus del Ébola. En la Resolución, el Consejo reconoció que los logros en materia de consolidación de la paz y desarrollo conseguidos podían perderse, ya que el brote estaba menoscabando la estabilidad de estos países, y que, «de no contenerse, podría dar lugar a nuevos casos de desórdenes públicos y tensiones sociales y a un deterioro del clima político y de la seguridad». Con estas premisas, el Consejo determinó que «el alcance sin precedentes del brote del Ébola en África constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales». Es cierto que esta determinación la hizo en el párr. 4 del preámbulo —y no en la última parte del mismo, que resulta lo más habitual— y que esta determinación no iba seguida de la correspondiente frase en el sentido de que el Consejo estuviese actuando en virtud del capítulo VII de la Carta. Sin embargo, aun haciéndolo de manera distinta y aunque no se mencionara expresamente el capítulo VII, la fórmula de determinar que una situación concreta —en este caso, el brote del virus del Ébola— constitúa una amenaza para la paz y la seguridad internacionales es la prevista, de manera general, en el art. 39 de la Carta. De esta determinación se deriva

la activación del capítulo VII y, por tanto, la capacidad de adoptar las recomendaciones o las decisiones que el Consejo de Seguridad estime oportunas en cada momento.

Por lo que se refiere a su contenido, la resolución no constituye un planteamiento de adopción de decisiones específicas en relación con esta amenaza y se mueve más en el plano de las recomendaciones y exhortaciones, formulando también un llamamiento a la acción de todo el sistema de las Naciones Unidas. Fundamentalmente, de un lado, el Consejo exhortaba a los Gobiernos de los países más afectados a que siguieran esforzándose por resolver y mitigar las consecuencias del brote; expresaba, en segundo lugar, su preocupación por los efectos perjudiciales de las restricciones del comercio y los viajes impuestas a los países afectados y exhortaba a su eliminación; en tercer lugar, exhortaba también —urgentemente— a todos los Estados miembros a prestar asistencia, proporcionando recursos, incluidos servicios médicos, hospitales sobre el terreno, servicios de laboratorio y las capacidades necesarias de prevención y respuesta, fortaleciendo las capacidades nacionales; en cuarto lugar, instaba a los Estados a que cumplieran las recomendaciones temporales pertinentes formuladas en el marco del RSI (2005) y alentaba a la OMS a que siguiera reforzando su liderazgo técnico y su apoyo operacional; y, finalmente, solicitaba al secretario general que ayudase a asegurar que todas las entidades competentes del sistema de las Naciones Unidas agilizasen su respuesta al brote, lo que, sin explicitarlo, constituía un aval a la decisión de creación de la UNMEER.

En otras palabras, el Consejo no adoptaba medidas decisorias particulares obligatorias jurídicamente, pero al haber activado el capítulo VII se dotaba de la posibilidad futura de adoptar medidas decisivas si hacía falta eliminar restricciones o si hacía falta imponer determinadas restricciones o medidas más contundentes. A mi entender, sin embargo, lo más relevante es una consideración de carácter político: el Consejo de Seguridad asumía y retenía todo el liderazgo político, restándoselo incluso a la Asamblea General; lo que situaba también claramente a la OMS en un reducido papel de liderazgo técnico y de apoyo operacional que, eso sí, el propio Consejo le reconocía.

Como resultado del efecto catalizador de la Resolución del Consejo se empezaron a anunciar importantes compromisos de asistencia en medios técnicos y humanos y otras capacidades para combatir la epidemia. Un esfuerzo internacional que puede calificarse como de histórico y que ha conseguido contener la propagación de la enfermedad y desmentir las pesimistas previsiones iniciales de progresión geométrica del número de afectados y fallecidos. El mismo Consejo de Seguridad, en una Declaración de la Presidencia de 21 de noviembre de 2014 (Documento S/PRST/2014/24), expresaba su reconocimiento por las contribuciones y los compromisos contraídos por los Estados miembros, y destacaba, asimismo, la importancia de la labor de la UNMEER.

5. En definitiva, lo que quería señalar en este breve comentario son dos órdenes de consideraciones. De un lado, que los Estados han acabado por asumir que las amenazas a la paz y a la seguridad colectiva son múltiples e interrelacionadas y que entre éstas se encuentran, en lo que ahora interesa, las enfermedades infecciosas o, en general, las amenazas a la salud global, como lo constituye este brote de la enfermedad del virus del Ébola. Ello refuerza, sin duda, la capacidad y el carácter de central de las Naciones Unidas —y, en particular, del Consejo de Seguridad—, en detrimento de otras Organizaciones del sistema, como la OMS, que se ven más reducidas a su carácter técnico especializado, con una autoridad técnica ampliamente reconocida, pero con menor eco político. De otro lado, que en el caso concreto de la epidemia del virus del Ébola, todavía en curso, ha sucedido lo mismo que en otras ocasiones anteriores

cuando se trata de enfermedades que afectan a países en desarrollo: que son ignoradas, no sólo por la industria farmacéutica que no investiga curas o tratamientos, sino por la misma cooperación internacional y la opinión pública occidental, que sólo se alarma cuando los riesgos se ven más próximos. En este contexto, la resolución del Consejo de Seguridad introdujo mayor presión a la actuación internacional, evocó la urgente y necesaria cooperación internacional y reforzó y elevó al máximo nivel político internacional la lucha contra el brote epidémico. Las consecuencias no se hicieron esperar y los informes de situación de la UNMEER evidencian que —aunque el brote no está aún controlado al cerrar estas páginas (15 de enero de 2015)— empieza a contenerse la expansión del virus, con medidas de prevención y aislamiento, de información y comunicación y con la cooperación internacional.

A los que en otros contextos hemos criticado la deriva ampliatoria del Consejo de Seguridad, especialmente por su carácter sesgado y discrecionalmente discriminatorio, no nos queda más remedio que reconocer que la adopción de su resolución sobre la enfermedad del virus del Ébola ha sido el revulsivo necesario para hacer más intensa y efectiva la reacción internacional frente a este brote, que hasta aquél momento había sido a destiempo e insuficiente. El problema, en todo caso, es que la respuesta internacional sigue siendo una respuesta asistencialista, lo que puede tener resultados exitosos a corto plazo, pero no establece las bases necesarias para afrontar con fortalezas y garantías el futuro de los países más afectados, tanto en términos de seguridad como de desarrollo económico y social. Es decir, sigue siendo necesario abordar las causas profundas de la desigualdad y del subdesarrollo que, a los efectos que he destacado en esta nota, se pueden reconducir al fortalecimiento de la acción internacional frente a lo que conocemos como los determinantes sociales de la salud, es decir, todas aquellas dimensiones, fundamentalmente económicas y sociales, que inciden en la salud de las personas y de los pueblos, y que tienen alcance internacional.

Xavier PONS RÀFOLS
Universidad de Barcelona
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4a.05>

B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Selección y coordinación a cargo de
Joaquim-J. FORNER I DELAYGUA
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA.—2. VERSIÓN ESPAÑOLA DEL REGLAMENTO UE/650/2012, DE SUCESIONES: VIEJOS Y NUEVOS ERRORES.—3. CONSEJO SOBRE LOS ASUNTOS GENERALES Y LA POLÍTICA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (24-26 DE MARZO DE 2015).—4. REUNIÓN DE LA COMISIÓN ESPECIAL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993 EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (8 A 12 DE JUNIO DE 2015).—5. PRINCIPIOS TRANSNACIONALES ELI/UNIDROIT DEL PROCEDIMIENTO CIVIL EUROPEO.—6. «THE ECONOMIC DIMENSION OF CROSS-BORDER FAMILIES: PLANNING THE FUTURE» (CONGRESO EN LA UNIVERSIDAD DE MILÁN, 13 DE MARZO DE 2015).—7. 15.^a CONFERENCIA ANUAL DEL *INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE* (III) EN NÁPOLES (15 Y 16 DE JUNIO DE 2015).—8. II REUNIÓN CIENTÍFICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MILLENNIUM DIPR, Y II CERTAMEN INTERNACIONAL MILLENNIUM DIPR CELEBRADOS EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA EL 6 Y 7 DE NOVIEMBRE DE 2014.—9. TENDENCIAS ACTUALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL INTERNACIONAL POR VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS.

1. EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA

1. El 20 de mayo de 2015 el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaban el Reglamento (UE) 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia (*DOUE* núm. L 141, 5 de junio de 2015), que deroga al Reglamento (CE) núm. 1346/2000 y que en su mayor parte será aplicable a partir del 26 de junio de 2017. Aunque responde a un texto refundido de su predecesor, se ha aprovechado la oportunidad para introducir importantes novedades básicamente en el ámbito de aplicación (§ 2), la competencia judicial (§ 3), la ley aplicable (§ 4), el reconocimiento y la ejecución (§ 5) y la coordinación

de procedimientos abiertos sobre un mismo deudor (§ 6) o sobre distintos deudores pertenecientes a un mismo grupo de sociedades (§ 7).

2. En lo que se refiere al ámbito material de aplicación, si hasta ahora el legislador se había centrado en procedimientos concursales de liquidación o saneamiento, el nuevo texto se extiende a otros procedimientos colectivos públicos (definidos en el art. 2.1) preconcursales o extraconcursales, incluidos los provisionales, sin necesidad de que intervenga un órgano jurisdiccional (de ahí la definición amplia del art. 2.6). Respecto de los procedimientos extraconcursales, el Reglamento se aplica a procedimientos en materia de rescate, reestructuración de la deuda y reorganización o liquidación. Con relación a los procedimientos preconcursales, el Reglamento se aplica a las suspensiones temporales de los procedimientos de ejecución individual para facilitar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, siempre que se proteja al conjunto de los acreedores y, que, en caso de que no se alcance un acuerdo, se derive a un procedimiento concursal o extraconcursal. Por estas razones, en dichos procesos ya no son necesarios ni el desapoderamiento del deudor ni el nombramiento de un administrador concursal (definido en el art. 2.5, que en la versión en castellano ya elimina el término de «síndico»), sino que bastará un control o supervisión judicial o incluso que el deudor siga controlando total o parcialmente sus bienes y negocios (arts. 1 y 2.3, respecto del «deudor no desapoderado»). Todos estos procesos están listados en el Anexo A, que, en lo que respecta a España, incluye, además del concurso, los procedimientos de homologación de acuerdos de refinanciación, los procedimientos de acuerdos extrajudiciales de pago, y los procedimientos de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio.

3. En lo que se refiere a la competencia judicial internacional, ésta se sigue fundamentando en el centro de los intereses principales del deudor, con la peculiaridad de que su definición abandona el preámbulo y se incorpora al articulado. Se mantiene la presunción a favor del domicilio social de las sociedades y personas jurídicas, pero sólo será aplicable si el domicilio social no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Asimismo, se incorpora al articulado la concreción del centro de intereses respecto de personas físicas. Si ejercen una actividad mercantil o profesional, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, su centro principal de actividad, salvo que haya sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de concurso. Si no se ejercen estas actividades, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de residencia habitual de dicho particular, siempre que no se haya trasladado en los seis meses anteriores a la solicitud de concurso. Se incorpora expresamente el control de oficio de la competencia, debiendo motivarse específicamente la competencia judicial (art. 4), así como la impugnación de la resolución de apertura del concurso principal (art. 5).

La última novedad relacionada con la competencia judicial internacional es la regulación expresa de un aspecto controvertido, la *vis attractiva concursus* o alcance competencial de los tribunales del Estado de apertura del concurso. Esta competencia alcanza a las acciones que se deriven directamente de los procedimientos de insolvencia «y» —el título del art. 6 utiliza la conjunción «o»— guarden una estrecha vinculación con ellos. Se regula, además, un aspecto complementario: la conexidad entre las acciones en materia «concursal» y las acciones «en materia civil y mercantil», basada en una relación estrecha y la oportunidad de tramitarlas conjuntamente para evitar

decisiones contradictorias (por ejemplo, acciones de responsabilidad de administradores societarios basadas respectivamente en las legislaciones societaria y concursal).

4. El eje de las normas de Derecho aplicable sigue siendo la aplicación de la ley del Estado de apertura del concurso (art. 7) con las excepciones que ya contenía el Reglamento del 2000 (arts. 8 y ss.). No obstante se han incluido algunos matices, empezando por mejorar las relaciones entre competencia y ley aplicable. Así, el art. 11 señala que el órgano jurisdiccional que haya abierto el concurso principal será competente para aprobar la rescisión o la modificación de los contratos sobre bienes inmuebles si la ley de situación del bien exige tal aprobación y no se ha abierto ningún concurso en el Estado donde se halla dicho bien. En sentido contrario, la competencia para aprobar la rescisión o modificación de los contratos de trabajo, si la ley aplicable lo exige, corresponderá a los tribunales o autoridades del Estado miembro en el que puedan abrirse procedimientos de insolvencia secundarios, aunque no se haya incoado ningún procedimiento en dicho Estado miembro (art. 13.2).

Por otra parte, el art. 15 no cambia en esencia, pero ya se refiere expresamente a las patentes europeas con efecto unitario para recordar que sólo pueden pertenecer a la masa de un concurso principal. Por último, el art. 18 ya alude expresamente a los efectos de los concursos sobre los procedimientos arbitrales en curso, que se regirán por la ley de la sede del arbitraje.

5. En materia de reconocimiento y ejecución, aparte de que el tribunal del Estado miembro donde pretende actuar un administrador extranjero ya puede atribuirle a éste poderes de apremio (art. 21), la principal novedad en este capítulo es la creación de registros de insolvencia en cada Estado miembro (descentralizados pero interconectados *ex art. 25*), en los que se publicará determinada información relativa a los procedimientos de insolvencia (art. 24). Nada de ello impide a los Estados miembros incluir en sus registros nacionales de insolvencia documentos o información adicional (p. ej., las inhabilitaciones de administradores sociales relativas a la insolvencia); o excluir de los registros a los particulares concursados que no ejerzan ninguna actividad mercantil o profesional. En todo caso, la publicación de información en los registros de insolvencia no tendrá ningún efecto jurídico al margen de lo previsto en el Derecho nacional y de ser considerado *dies a quo* para la presentación de los créditos (art. 55.6: el plazo no podrá ser inferior a treinta días a partir de la publicación de la apertura del procedimiento en el registro de insolvencia del Estado del foro). A mayor abundamiento, se refuerza la publicidad en otros Estados donde exista un establecimiento del deudor, sin que dependa ya de la legislación de los Estados (art. 28).

Por otro lado, la ejecución de las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión del procedimiento, las medidas cautelares y las que se deriven directamente del concurso y guarden una estrecha relación con éste se ejecutarán con arreglo a los arts. 39 a 44 y 47 a 57 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 (Reglamento «Bruselas I bis»). Se procederá, por tanto, a la ejecución directa, a salvo del procedimiento de denegación de ejecución. Como hasta ahora, el reconocimiento y la ejecución pueden denegarse por razones de orden público (art. 33). Pero, si éste no resulta afectado, ya no cabe dejar sin efecto, como se permitía hasta ahora, las limitaciones a la libertad personal y al secreto postal.

6. Los procedimientos territoriales sólo afectan a los bienes situados en el Estado de apertura, con lo que son muy importantes las reglas sobre la localización de bienes, que incluyen ahora a las acciones nominativas de sociedades, a los instrumentos financieros cuya titularidad esté representada por anotaciones en un registro o cuenta

mantenidos por un intermediario o en nombre suyo («anotaciones en cuenta»), al efectivo en cuenta en una entidad de crédito, a las patentes europeas, y a los derechos de autor y derechos afines (art. 2.9).

En este contexto, los procedimientos territoriales sin un concurso principal previo sólo se podrán abrir en las circunstancias señaladas en el Reglamento de 2000 (art. 3.4). No obstante, por un lado, la legitimación activa se restringe ahora a acreedores cuyos créditos tengan su origen en la explotación de un establecimiento situado dentro del territorio del Estado miembro en el que se ha solicitado la apertura del procedimiento territorial o cuyo crédito esté relacionado con dicha explotación (= concepto de acreedores locales *ex art. 2.11*, eliminando la presencia de su domicilio o residencia en el Estado de apertura). Pero, por otro lado, la legitimación se amplía, variando la jurisprudencia hasta la fecha, a toda autoridad pública que, de conformidad con la ley del foro, esté facultada para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

Del mismo modo, el capítulo III está dedicado a los procedimientos secundarios, concursos territoriales abiertos después de un procedimiento principal. Una de las novedades más importantes es que, para evitar la apertura de estos concursos secundarios, el administrador concursal del procedimiento principal podrá contraer un «compromiso» unilateral, respecto de los bienes que se hallen en el Estado donde existan establecimientos del deudor en el momento de contraer dicho compromiso. De acuerdo con éste, al distribuir los bienes o el líquido resultante de su realización, respetará la prelación del Derecho nacional a la que se acogerían los acreedores en caso de que se abriera el concurso secundario. Su aprobación se realizará por los acreedores locales conocidos (incluidas los fondos de garantía salarial), de acuerdo con las mayorías exigidas a los planes de reestructuración, según la ley rectora del compromiso y pudiendo usar medios de comunicación a distancia si la ley lo permite.

Si finalmente se solicita un procedimiento de insolvencia secundario en los treinta días siguientes a la recepción de la comunicación de aprobación del compromiso (art. 37.2), no se abrirá dicho procedimiento si se considera que el compromiso protege adecuadamente los intereses generales de los acreedores locales (art. 38.2). Por el contrario, si se abre el concurso, el administrador del procedimiento principal transferirá al administrador del concurso secundario todos los bienes trasladados fuera del territorio de dicho Estado miembro después de que se haya contraído el compromiso (art. 36.6, o su importe líquido en caso de que dichos bienes ya se hayan realizado). Entremedias, cabe suspender la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario durante un plazo no superior a tres meses (art. 38.3).

Existe o no compromiso, el tribunal que conozca de una solicitud de apertura de un concurso secundario lo comunicará inmediatamente al administrador concursal o al deudor no desapoderado del procedimiento de insolvencia principal y le ofrecerá la oportunidad de ser oído al respecto (art. 38.1). Además, el procedimiento secundario puede ser distinto al solicitado, siempre que esté en el Anexo A del Reglamento, si se considera más adecuado respecto a los intereses de los acreedores locales y a la congruencia con el concurso principal (art. 38.4, aplicándose las mismas reglas para la conversión de un procedimiento abierto en otro de tipología distinta *ex art. 51*). Una vez abierto el concurso secundario, se han mejorado las normas sobre cooperación y comunicación regulando en detalle la colaboración entre administraciones concursales (art. 41), entre órganos jurisdiccionales (art. 42) y entre administradores y tribunales (art. 43), así como los costes derivados (art. 44). La conclusión de un

procedimiento de insolvencia no impedirá la continuación de otros procedimientos todavía abiertos (art. 48, con una mención expresa a la problemática de la disolución de la personalidad jurídica).

7. En lo que se refiere a los procedimientos de insolvencia en los grupos multacionales, definidos en los arts. 2.13 y 2.14 de conformidad con la Directiva 2013/34/UE, la primera de las dos secciones del Reglamento en la materia aborda la cooperación y comunicación entre administradores concursales, entre órganos jurisdiccionales y entre los unos y los otros, además de referirse a los costes de la cooperación y la comunicación. De igual forma, se atribuye una serie de facultades al administrador concursal de una sociedad del grupo para que pueda ser oído y actuar ante los tribunales donde se sustancie el concurso de otros miembros de dicho grupo.

En la sección segunda se regula el denominado «procedimiento de coordinación, instado por cualquier administrador concursal ante el tribunal que conoce del concurso de cualquier miembro del grupo» (art. 61; si penden varias solicitudes, todo órgano se inhibirá a favor del tribunal ante el que penda la primera solicitud *ex art. 62*). No obstante, podrá elegirse, con constancia escrita, un tribunal como exclusivamente competente para la coordinación por al menos dos tercios de todos los administradores concursales (art. 66, debiendo inhibirse todos los demás ante los que se plantea una solicitud). El coordinador será una persona a la que pueda nombrarse administrador concursal, sin conflicto de intereses y sin que pueda ser ninguno de los administradores concursales de los miembros del grupo (art. 71). El coordinador deberá determinar y elaborar las recomendaciones y proponer un plan de coordinación de grupo, para lo que dispone de varias facultades (art. 72).

8. Como se observa a la luz de lo expuesto, en esta refundición del Reglamento de 2000 se han realizado reformas de gran calado sobre temas no regulados anteriormente (p. ej., la coordinación de procedimientos de grupos de sociedades y la aplicación del Reglamento a procedimientos pre- y extraconcursales), junto con reformas de intensidad media (reconocimiento y coordinación de procedimientos territoriales), y «ajustes finos» (en competencia y ley aplicable). A este último calificativo también responderían el capítulo IV sobre información a acreedores y presentación de créditos ahora sobre la base de formularios normalizados y publicados en el portal europeo de *e-Justicia* y el capítulo VI sobre protección de datos.

Ángel ESPINIOLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4.01>

2. VERSIÓN ESPAÑOLA DEL REGLAMENTO UE/650/2012, DE SUCESIONES: VIEJOS Y NUEVOS ERRORES

El 17 de agosto de 2015 será aplicable el Reglamento UE/650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Su texto sigue en muchos casos al pie de la letra el Reglamento CE/44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, pese a que éste ya ha sido sustituido por el Reglamento UE/1215/2012, de igual materia. A su vez, el Reglamento 44/2001 había calcado y sustituido el Convenio de Bruselas de 1968.

Las versiones españolas de esos instrumentos legales, por coherencia y seguridad jurídica quizá, han ido manteniendo errores o inexactitudes, con frecuencia ya existentes en el texto de 1968. También podemos encontrar errores nuevos en las partes específicas del Reglamento UE/650/2012. He aquí cuatro casos de errores antiguos y uno nuevo:

1) La versión española del Convenio de 1968 emplea el término «ejecución» para las resoluciones judiciales e introduce el concepto de «fuerza ejecutiva» para los documentos públicos (excluidas las resoluciones judiciales). El Reglamento CE/44/2001 sigue la misma pauta. Ni uno ni otro ponen título a sus artículos. Por el contrario, el Reglamento UE/650/2012, también en su versión española, distingue entre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución, aplicables a las resoluciones judiciales. «Fuerza ejecutiva», o ejecutividad, es la posibilidad de ser objeto de ejecución y «ejecución» es el proceso mediante el cual el Poder Judicial obliga a poner en práctica una resolución, documento público o transacción judicial que contenga una obligación (por oposición a las resoluciones meramente declarativas o a las constitutivas, cfr. arts. 517 y 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española). «Ejecución» también se utiliza en conceptos como «Estado de ejecución», donde ese segundo elemento adquiere un significado amplio, comprensivo de «reconocimiento», «declaración de fuerza ejecutiva» y «ejecución» propiamente dicha.

El Reglamento UE/650/2012 pone título a cada uno de sus artículos y, en el caso del art. 55, lo intitula «Ejecución parcial», que debería ser «Fuerza ejecutiva parcial» como dicen la versión inglesa (*Partial enforceability*) y la francesa (*Force exécutoire partielle*). En el primer punto del artículo, la versión española recoge correctamente «fuerza ejecutiva», como las inglesa y francesa, pero en el punto 2 vuelve a confundir conceptos y dice «ejecución parcial», pese a que las otras dos versiones son correctas. Curiosamente, el punto 1 de la versión española enmienda el art. 48 del Reglamento CE/44/2001 y art. 42 del Convenio de Bruselas (ambos textos también en sus versiones inglesa y francesa hablan de «ejecución» en ambos puntos), pero no el punto 2, como si hacen las versiones inglesa y francesa [también el Reglamento CE/4/2009 incurre en la sustitución casi constante de «fuerza ejecutiva» o «ejecutividad» por «ejecución». Con frecuencia se dice «otorgamiento de ejecución», que es tanto como «despacho de ejecución» (art. 551.1 LEC), en lugar de «otorgamiento de ejecutividad» o «de fuerza ejecutiva». El uso incorrecto de «ejecución» se da en los arts. 17.2, 26, 28, 30 (y su título), 31, 32.1, 32.5, 34.1 (y su título), 36.1, 36.2, 36.3, 37.1, 37.2 (y su título), 38, 56.1.a), 56.1.d), 61.1 61.2 último párrafo, 64.1, 64.3, 64.4 y 71.1.a].

La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (BOE de 31 de julio de 2015), en su disposición final segunda, introduce una nueva DF 26.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre medidas para facilitar la aplicación del Reglamento UE/650/2012. En el párrafo segundo de la regla 5.^a del punto 4, recoge el punto 1 del art. 55 del Reglamento, usando también el término «fuerza ejecutiva». No recoge el contenido del punto 2.

2) El art. 39.2 del Reglamento en su versión española dice (todos los resaltados son míos): «*En caso de oposición*, cualquier parte interesada que invoque el reconocimiento de una resolución a título principal podrá solicitar, por el procedimiento previsto en los arts. 45 a 58, que se reconozca la resolución». Reproduce así (con la sola variación de las referencias numéricas) el art. 33.2 del Reglamento CE/44/2001 y el art. 26.2 del Convenio de Bruselas. La versión inglesa de esos textos es: «*Any interested party who raises the recognition of a decision as the principal issue in a dispute may, in accordance with the procedure provided for in Articles 45 to 58, apply for that*

decision to be recognised». La versión francesa dice: «En cas de contestation, toute partie intéressée qui invoque à titre principal la reconnaissance d'une décision peut demander, conformément à la procédure prévue aux articles 45 à 58, que la décision soit reconnue».

La expresión «[e]n caso de oposición» es técnicamente incorrecta. Ese término implica siempre una actividad *procesal* previa a la que una parte «se opone», lo cual no es el caso de esos preceptos, pues el proceso de declaración de reconocimiento será iniciado, lógicamente, por quien pretenda el reconocimiento. La traducción jurídicamente correcta hubiera sido «en caso de disputa» (como en el texto inglés) o «en caso de cuestionamiento» (como en la versión francesa).

La regla 2.^a del punto 1 de la proyectada disposición final citada reproduce el error técnico y también dice «...en caso de oposición, cualquier parte interesada...».

3) El art. 54.3 del Reglamento UE/650/2012, en su versión española, dispone: «Durante el plazo del recurso previsto en el art. 50, apartado 5, contra la declaración de fuerza ejecutiva y hasta que se resuelva sobre el mismo, solamente se podrán adoptar medidas cautelares sobre los bienes de la parte contra la que se haya solicitado la ejecución». La versión inglesa dice: «During the time specified for an appeal pursuant to Article 50(5) against the declaration of enforceability and until any such appeal has been determined, no measures of enforcement may be taken other than protective measures against the property of the party against whom enforcement is sought». Por su parte, la versión francesa es: «Pendant le délai du recours prévu à l'article 50, paragraphe 5, contre la déclaration constatant la force exécutoire et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur celui-ci, il ne peut être procédé à aucune mesure d'exécution sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée, hormis des mesures conservatoires».

Las versiones española e inglesa reproducen el art. 47.3 del Reglamento CE/44/2001 y el art. 39.1 del Convenio de Bruselas. La versión francesa ha rectificado su versión anterior de esos artículos, donde se decía: «Pendant le délai du recours prévu à l'article 36 et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur celui-ci, il ne peut être procédé qu'à des mesures conservatoires sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée».

Esto es, la versión francesa ha rectificado en tanto la española ha mantenido un texto poco exacto. La limitación a las medidas cautelares contra bienes del futuro ejecutado no se entiende porque puede significar limitación a medidas cautelares contra sus bienes, y no otras medidas, o exclusión de otras medidas coercitivas. La omisión del concepto «medidas de ejecución» causa esa ambigüedad.

La regla 2.^a del punto 5 de la proyectada disposición final citada también copia literal y acríticamente el texto del Reglamento y omite esa concepto clave de «medidas de ejecución».

4) El art. 40 del Reglamento UE/650/2012, al enumerar los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones de otro Estado miembro de la Unión Europea, dice: «(d) si fueran inconciliables con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido». La versión inglesa es: «(d) if it is irreconcilable with an earlier decision given in another Member State or in a third State in proceedings involving the same cause of action and between the same parties, provided that the earlier decision fulfils the conditions necessary for its recognition in the Member State in which recognition is sought». Y la

francesa: «*d) si elle est inconciliable avec une décision, rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers entre les mêmes parties dans une procédure ayant le même objet et la même cause, lorsque la décision rendue antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée».*

La versión española reproduce los arts. 34.4 del Reglamento CE/44/2001 y 27.5 del Convenio de Bruselas (cambiando aquí «Estado no contratante» por «Estado miembro o un Estado tercero»). Las versiones francesas de esos artículos incluyen *rendue antérieurement y l'État membre requis* (cambiado en el Reglamento de sucesiones con más acierto). Las versiones inglesas respectivas también incluyen *the earlier* y *State addressed* (cambiado también en 2012 con más acierto). Decir «esta última resolución» (la última mencionada) en lugar de «esa otra resolución», que es primera en el tiempo, es cuando menos desafortunado, si no confuso.

5) La versión española del art. 10 del Reglamento de sucesiones es: «Competencia subsidiaria. 1. Aun en el supuesto de que el causante no tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado miembro, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren *los bienes* de la herencia serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión siempre que: [...] 2. Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente en virtud del apartado 1, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán, no obstante, competentes para pronunciarse sobre dichos bienes».

Las versiones inglesa y francesa dicen: «*Subsidiary jurisdiction. 1. Where the habitual residence of the deceased at the time of death is not located in a Member State, the courts of a Member State in which assets of the estate are located shall nevertheless have jurisdiction to rule on the succession as a whole in so far as: [...] 2. Where no court in a Member State has jurisdiction pursuant to paragraph 1, the courts of the Member State in which assets of the estate are located shall nevertheless have jurisdiction to rule on those assets».* «*Compétences subsidiaires. 1. Lorsque la résidence habituelle du défunt au moment du décès n'est pas située dans un État membre, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession dans la mesure où: [...] 2. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu du paragraphe 1, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur ces biens».*

En el texto español «los bienes» equivale a «todos los bienes» en tanto que, en las versiones francesa e inglesa, está claro que se trata de «algunos bienes». Esa interpretación da sentido al precepto, pues, de lo contrario, los puntos 1 y 2 serían contradictorios. Es decir, el texto debería decir «los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren bienes de la herencia».

En resumen, el texto español del Reglamento UE/650/2012 mejora una vez los textos legales anteriores (art. 55), mantiene los errores en los demás casos e incorporando un nuevo error (art. 10). Las versiones inglesas y francesas introducen mejoras, que no aparecen en la versión española.

Joaquín BAYO DELGADO
Abogado. Ex-Magistrado, Ex-Catedrático de IES
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4b.02>

3. CONSEJO SOBRE LOS ASUNTOS GENERALES Y LA POLÍTICA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (24-26 DE MARZO DE 2015)

1. La reunión del Consejo fue presidida por el Sr. Antti Leinonen (Finlandia), y fue Vicepresidenta la Sra. Yolande M. Dwarika (Sudáfrica). Los documentos preliminares y de información pueden encontrarse en la página web de la Conferencia, <http://www.hcch.net>.

2. En la primera parte de la reunión, el Secretario General, Dr. Ch. Bernasconi, dio cuenta de las actividades desarrolladas por la Conferencia desde la reunión anterior del Consejo. En este caso, se presentó el Informe anual correspondiente a 2014. Al igual que en ocasiones anteriores, lamentablemente, este documento no se encuentra disponible en español. El informe oral del Secretario General se centra en una serie de cifras que pretenden mostrar la vitalidad de la Organización: *a)* La Organización tiene cuatro nuevos miembros, Armenia, Azerbaiyán, Singapur y Túnez. *b)* Siete Estados se han adherido a diferentes Convenios, a lo que hay que añadir la ratificación por la Unión Europea del Convenio de 2007 en materia de alimentos. Resulta así que un total de 147 Estados están involucrados en los trabajos de la Conferencia, bien como miembros, bien como partes en algunos Convenios. *c)* A lo largo del año se han realizado cinco publicaciones, que incluyen el Informe Anual ya mencionado, además de otros guías y manuales relativos a distintos instrumentos. Los documentos en español son lamentablemente pocos: el manual en materia de adopción, el informe sobre acuerdos de elección de foro y el manual relativo a protección de niños. *d)* Se han celebrado 13 reuniones de diversos grupos, de las que se da cuenta en los distintos apartados. *e)* Finalmente, se han hecho seis nuevas designaciones de «jueces de La Haya», por lo que ya se encuentran en este grupo representados 76 países.

3. Se entra a continuación a examinar aquellas materias en las que se han realizado trabajos durante el año transcurrido desde la última reunión y que deben conducir a tomar una decisión sobre la continuación de estos trabajos. La diferencia de esta reunión respecto a las anteriores estriba en que en ella se ha tomado conciencia de que no pueden tratarse todos los temas en paralelo y, en consecuencia, que algunos de ellos deben tener prioridad para tratar de alcanzar un Convenio. Cuestión diferente es el acierto que haya podido tenerse en la elección.

4. En lo que se refiere a los Principios relativos a la elección de ley aplicable en los contratos comerciales internacionales, ya no se trata de un trabajo en curso, pues el 19 de marzo de 2015 han quedado aprobados como consecuencia del procedimiento aprobado en el Consejo de 2014. Los Principios figuran ya en la página web de la Conferencia, como el texto núm. 40 de la misma. Se trató en la reunión de la cuestión de la forma de cooperar con los Estados para apoyar la utilización de los principios.

5. La continuación del proyecto sobre sentencias (*Judgments Project*) es un tema conflictivo y que puede considerarse prematura, pues se dedicaron mucho tiempo y esfuerzo que no fructificaron en momento relativamente reciente, desde 1992 a 2002, quedando como resultado únicamente el Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro y relanzándose después el proyecto sobre ejecución de sentencias. No obstante, ahora es el tema que aparece con la máxima prioridad.

La actividad del Grupo de trabajo durante el último año ha sido bastante amplia y productiva y, en particular, como resultado de la reunión de Hong Kong y de la reunión de La Haya de febrero de 2015, que han dado lugar a la presentación de los

documentos preliminares 7A y 7B. La Unión Europea apoya decididamente este proyecto que considera prioritario para los próximos años. La prioridad es apoyada por Suiza, Rusia, Israel, Japón, Canadá, Brasil y otros. En el caso de Estados Unidos, el apoyo es más matizado, pues si bien se congratula de los avances, señala que faltan discusiones internas y habrá que ver cómo se avanza en las próximas reuniones. La conclusión núm. 4 es que continúe trabajando el Grupo de trabajo en este *«priority topic»*, con una reunión en octubre, para que pueda presentar sus conclusiones al próximo Consejo de 2016 con el objetivo de que pudiera adoptarse un acuerdo para que se reuniera una Comisión Especial para la preparación del Convenio.

6. Se trata después de las cuestiones de Derecho internacional privado relativas al estatuto de los niños, incluidas las que surgen como consecuencia de los contratos internacionales de maternidad por sustitución. Constituye un tema muy sensible y en el que la actitud depende de las tradiciones culturales y religiosas de cada país, lo que produce una gran división en las opiniones al respecto. En esta ocasión, se presentaron tres documentos: los documentos 3B y 3C de 2014 y el documento preliminar 3A puesto al día en 2015. Se subraya una vez más que se está produciendo un notable incremento de las maternidades por sustitución (madres de alquiler) e indicando que, en el último año, en varios países han sido más numerosas las maternidades subrogadas que las adopciones. En este caso merece subrayarse que la Unión Europea carece de competencia en la materia, por lo que son los Estados miembros los que manifiestan su opinión, que abarca todo el arco de posibilidades, desde el apoyo manifiesto (como Alemania, el Reino Unido o Irlanda) a la oposición (como Francia, Polonia o la República Checa), pasando por posiciones más matizadas, como la de España, que apoya la idea pero le ve grandes dificultades en relación con las posibilidades que un tema tan delicado pueda tener. Estados Unidos entiende que la idea no tiene aún suficiente apoyo y que lo considera prematuro, resaltando lo delicado del tema teniendo en cuenta que afecta a cuestiones de Derecho público y al orden público. No queda clara la posición de países como la India o Rusia, lo que es de gran interés para poder alcanzar resultados. Canadá, que fue el país que originariamente propuso la idea de trabajar en esta materia, recuerda que no sólo se trata de la maternidad por sustitución, sino que afecta más en general al estatuto internacional de los niños.

En relación con este tema la conclusión núm. 5 es que se constituya un Grupo de expertos para que estudie las posibilidades de un instrumento en esta materia. Se puso especialmente el acento en que se cuidara la composición del grupo, tanto por su representación de los diferentes Estados según su posición ante el problema, como por el carácter de expertos. Se solicita la colaboración de los Estados, proporcionando la información necesaria sobre la situación en cada uno de ellos. El Grupo de trabajo podría reunirse a principios de 2016 para poder informar al Consejo de 2016. La opinión del presidente es que ha habido consenso y que se trata de un tema a considerar entre las prioridades y que podrían utilizarse los recursos que ahora se dedican a la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio en materia de adopción de junio de 2015 (véase nota en esta misma Sección, pp. 275-279).

7. El Consejo ha acordado dar prioridad a los dos temas mencionados anteriormente, el proyecto sobre sentencias y la maternidad subrogada. Ambos temas producen serias dudas y en ningún caso por falta de interés, sino de viabilidad. En el primer caso, por el aún reciente fracaso de un Convenio más ambicioso en la materia, sin que las circunstancias se hayan modificado. En el segundo caso, por tratarse de una materia muy delicada y que, por tal razón puede conducir al fracaso, como ha ocurrido con el tema de las parejas no casadas.

8. No se encuentra entre las prioridades el tema del reconocimiento y ejecución de medidas civiles de protección ordenadas en el extranjero, si bien se han obtenido informaciones importantes sobre estadísticas y Derecho comparado, que dan lugar al Documento preliminar núm. 4. La Unión Europea resalta la importancia del Reglamento 606/2013, de 12 de junio, sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (*DO L 181*, de 29 de junio de 2013), que se aplica desde 11 de enero de 2015 y, por tanto, entiende que hay que esperar a ver la experiencia de su aplicación. Además, plantea sus dudas sobre si la Conferencia podrá abordar todos los aspectos referentes a la protección de las víctimas, pues hay que tratar también aspectos penales.

9. La continuación de los trabajos en materia de reconocimiento y ejecución de los acuerdos en las disputas internacionales relativas a los niños resulta nuevamente bastante debatida. El Grupo de expertos no se ha reunido en todo el año. En realidad, el tema se ha dejado un poco al margen, dando prioridad al examen del funcionamiento de los Convenios de La Haya de 1980 [en particular, en lo que se refiere a su art. 13.1.b)] y de 1996. También se pone el acento en la importancia de la mediación en este contexto. En esta situación, se acuerda una nueva reunión del Grupo de expertos y que la Oficina Permanente informará sobre la situación en 2016.

10. La cooperación en materia de protección de los turistas y visitantes extranjeros es una propuesta de Brasil, apoyada por otros países de aquella región, que no recibe el apoyo de la Unión Europea y que presenta dudas a otros países, como Suiza o Canadá, que vuelven a manifestar que creen más idóneo que este tema se abordara en la Organización Mundial de Turismo, aunque esta organización no se muestra favorable a ello. Se presenta el Documento preliminar núm. 2. La conclusión es que la Oficina Permanente continúe sus trabajos sobre las posibilidades del proyecto pero, ante las dudas de la Oficina Permanente sobre la disponibilidad de fondos a estos efectos, Brasil se ofrece para financiar el pago de un experto, lo que es discutido por los asistentes, en cuanto implica que cuando algún Estado quiera que se trabaje en un tema, podría facilitarlo financiando el trabajo, cosa no siempre deseable.

11. En la Conclusión 21 del Consejo de 2014 se acordó que la Oficina Permanente estudiaría la cuestión relativa a la utilización de las nuevas tecnologías en la obtención de pruebas en el extranjero. A estos efectos, se presentó el documento preliminar núm. 9, que fue bien acogido por los asistentes, decidiéndose la reunión de un Grupo de expertos, sin fijarse fecha para la presentación del informe.

12. Además de las materias a que se hace referencia en los apartados anteriores, de forma mucho más breve se trataron otros temas:

a) En lo que se refiere a la competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones respecto a parejas no casadas, habría que encontrar soluciones, pero es un tema que resulta muy sensible. Como no ha habido recursos para ello, la Oficina Permanente no había puesto al día el informe que realizó en 2008, por lo que en esta ocasión se ha presentado el Documento preliminar núm. 5. El consenso lleva a que el tema se mantenga en el orden del día, instando a la Oficina Permanente a preparar un cuestionario y a informar al Consejo en 2017.

b) Nuevamente se trata del acceso al contenido del Derecho extranjero y la necesidad de crear un instrumento mundial en este ámbito. Las posturas se mantienen invariables y así, mientras la Unión Europea y la propia Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya se mantienen favorables al tema, determinados Estados (como Suiza, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Japón, China, México) se

opusieron. En esta ocasión, aún reiterando el interés del tema, se retira del orden del día al verse imposible cualquier avance. No obstante, en las conclusiones se deja abierta la posibilidad de volver a este tema, destacando así que no se retira por falta de interés, sino de apoyo.

13. Además de los informes explicativos a los diferentes Convenios, proliferan en los últimos tiempos diversos textos que pretenden ayudar a los aplicadores de los Convenios. Existe un riesgo evidente de que puedan existir contradicciones con el propio texto convencional, con el informe o con las conclusiones de las Comisiones Especiales. El año pasado se decidió que los manuales sobre la aplicación práctica del Convenio en materia de notificaciones y de obtención de pruebas fueran aprobados por el Consejo, lo que se ha hecho este año (documentos preliminares 8A y 8B). No obstante, sigue sin tomarse una posición ante todas las publicaciones que puedan realizarse en el futuro.

14. Una atención especial se ha prestado a la aplicación de los Convenios en materia de protección de niños. En lo que se refiere a la sustracción de menores, en 2012 se decidió constituir un grupo de trabajo encargado de elaborar una guía de buenas prácticas sobre la interpretación del art. 13.1.b) del Convenio de 1980, que se reunió por última vez en noviembre de 2014. En este caso, se invita al grupo a continuar su trabajo y que la Oficina Permanente informe en el Consejo en 2016.

Un tema vinculado al anterior es el denominado «Proceso de Malta», que pretende establecer un diálogo con Estados influidos por la *Sharia* y que no han accedido al Convenio de 1980, con los inconvenientes que de ello derivan cuando un niño es desplazado a uno de esos países. El «proceso de Malta» se ocupa de esta cuestión y, en particular, trata de la utilización de la mediación en este contexto como medida de ayuda, aunque no sea suficiente, unida al establecimiento de puntos centrales de contacto. Se decide (conclusión núm. 19) que el grupo continúe sus trabajos y presente un informe al Consejo en 2016, haciendo especial hincapié en el establecimiento de estructuras de mediación.

En lo que se refiere al Convenio de 1993 en materia de adopción internacional, se señala la importancia de la reunión de la Comisión Especial sobre su aplicación de los días 8 a 12 de junio de 2015 (véase la nota en esta misma Sección, pp. 275-279). Sobre el tema se presenta el documento preliminar núm. 10, que es objeto de particular atención sobre todo en lo que se refiere a la valoración de la ayuda prestada a Guinea Conakry, Madagascar y Haití y los contactos con UNICEF.

El Consejo mostró su satisfacción por los avances realizados por la Oficina Permanente en relación con la utilización de instrumentos electrónicos en materia de alimentos y sobre los que se presentaron los documentos de información 6 y 7 (Perfil de Estados e *iSupport*, que empezó a funcionar en 1 de septiembre de 2014) y de susstracción de menores (INCADAT e INCSTAT).

15. Como ya se ha indicado en ocasiones anteriores, una parte importante de la actividad de la Oficina Permanente se dedica a prestar servicios de asistencia técnica a Estados, miembros de la Conferencia y no miembros de la misma, que la necesitan para la implementación de los Convenios. En 2011 se manifestó la preocupación por el coste elevado que puede tener en recursos económicos y humanos. Por este motivo se creó un grupo de trabajo, al que ya se ha hecho referencia en ocasiones anteriores. En esta reunión se presentaron los documentos preliminares núm. 10, que contiene el informe relativo a las actividades realizadas, y núm. 11, que contiene las conclusiones elaboradas por el Grupo de trabajo en su reunión de 30 y 31 de octubre de 2014. Los

documentos fueron aprobados por el Consejo, congratulándose por los avances que se han producido por la actividad de la Oficina Permanente en el ámbito de la educación, formación y asistencia técnica.

16. La existencia de oficinas regionales en Buenos Aires y Hong Kong es objeto del Documento de información núm. 1. En lo que se refiere a la Oficina para Latinoamérica, sita en Buenos Aires, el Sr. Ignacio Goicoechea, que desde hace años está al frente de la misma, da cuenta de algunas de las actividades y esfuerzos desarrollados y que han dado fruto en la mayor participación de los países de la región en los trabajos de la Conferencia, algo que corroboran los asistentes. Por lo que se refiere a la oficina regional en Hong Kong, el Prof. Anselmo Reyes, al frente de la misma, informa sobre el elevado número de actividades realizadas o previstas. En este caso, se plantea la cuestión de su continuidad, ya que en diciembre de 2015 se planteará si debe convertirse en permanente, al haberse cumplido los tres años desde su apertura. No se toma ninguna decisión al respecto y, por tanto, deberá verse en 2016.

17. El Secretario General, Dr. Bernasconi, presenta el Documento preliminar núm. 6, que contiene una estrategia para aumentar la visibilidad y promover actividades de la Conferencia en África, dada la escasa presencia de la Organización en este Continente. La propuesta es bien acogida y se incorpora a la conclusión núm. 21, sin adoptar ningún tipo particular de acción. Pero el debate sobre esta cuestión se enlaza directamente con la universalidad de la Organización, para llegar a la conclusión de que esta última debe ser objeto de una conclusión específica, incluida en el apdo. 22, con una frase que muestra el debate, en que se dice que el Consejo, apoyando la consecución de la universalidad, «*decided to continue discussion of the matter*».

Alegria Borrás
Universidad de Barcelona
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4b.03>

4. REUNIÓN DE LA COMISIÓN ESPECIAL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993 EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (8 A 12 DE JUNIO DE 2015)

1. El número de participantes en esta reunión fue muy elevado (aproximadamente 300 personas), consecuencia tanto del número de Estados (75) y Organizaciones (19) representados, como del hecho de que algunas delegaciones eran particularmente numerosas. Es de destacar la presencia de un número importante de Estados latinoamericanos y africanos, países de origen de numerosos niños adoptados en otros lugares. Debe recordarse que la Unión Europea no tiene competencias en materia de adopción internacional, por lo que no ha intervenido activamente en la reunión, ni ha habido reuniones de coordinación de los Estados miembros de la Unión Europea.

Se eligió como Presidenta a la Sra. Bernadette B. Abejo (Filipinas) y como Vicepresidente al Sr. Joël D. Van Andel (Holanda).

Los documentos relativos a la reunión pueden consultarse en la página web de la Conferencia (www.hcch.net). Como novedad de esta reunión puede señalarse que, junto a los documentos preliminares y de información, se han elaborado diversas fichas informativas sobre temas que requieren acciones inmediatas.

2. Teniendo en cuenta que este año se celebra el 20.º aniversario de la entrada en vigor del Convenio de forma general, se presentó el documento preliminar núm. 3

titulado «1995-2015: 20 años del Convenio en la legislación y en las prácticas relativas a la adopción internacional y la protección del niño», que estuvo presente durante toda la reunión. En esta perspectiva, la primera jornada tuvo un carácter eminentemente pedagógico, iniciándose con una intervención del Prof. Peter Selman, de la Universidad de Newcastle (Reino Unido), que presentó unas detalladas estadísticas y las tendencias actuales en adopción internacional, con especial atención a las causas del descenso en el número de adopciones internacionales a partir de 2005.

En este examen general que se realizó el primer día se celebraron tres mesas redondas:

1) La primera se refirió a la implementación del principio de subsidiariedad y el papel al respecto de los países de origen y de los países de recepción. Esta mesa fue moderada por el Sr. Hans Van Loon, *ex Secretario General de la Conferencia de La Haya*, y en ella intervinieron representantes de Chile, China, Francia, Madagascar y Rumanía, además de UNICEF. Las dificultades inherentes a la aplicación de este principio dieron lugar a diversas intervenciones, ya que su correcta aplicación implica la necesidad para los países de recepción de informarse y cooperar con los Estados de origen, pero sin inmiscuirse en lo que a estos últimos corresponde. A este tema fundamental se refieren esencialmente las conclusiones y recomendaciones 2 a 6.

2) La segunda mesa redonda se refirió a las demoras innecesarias en los procedimientos de adopción, en cuanto que van en contra del interés superior del niño. Esta mesa fue presidida por el Sr. Joël D. Van Andel (Holanda) y en ella intervinieron Ecuador, Estados Unidos, Vietnam y España, con la participación del miembro de la delegación española Sr. Antonio Ferrandis, del Instituto Madrileño del menor y la familia. Se subrayó en este caso que la aplicación del principio de subsidiariedad no puede implicar retrasos perjudiciales, en particular porque un niño mayor de seis años se encontraría en el grupo de los niños «con necesidades especiales». Se trata también en este apartado de la conveniencia de adherirse al Convenio «Apostilla» de 1961 como uno de los medios para evitar retrasos.

3) La tercera y última mesa redonda se refirió a la respuesta que debe darse por las partes involucradas a la realidad cambiante de la adopción internacional, en tanto que la situación actual difiere mucho de la existente hace veinte años. Esta mesa fue moderada por la Sra. Joëlle Schickel-Küng (Suiza) y en ella intervinieron Burkina Fasso, Perú, Bélgica y Euradopt.

3. En relación con los problemas de aplicación, un primer tema se refiere a la dificultad de definir los niños incluidos en el grupo de aquellos que tienen necesidades especiales, pues muchas veces sólo se detectan las características especiales a lo largo de la evaluación de adoptabilidad, con la consecuencia de que los niños con problemas son los últimos en ser adoptados y, como España puso de relieve, el paso del tiempo juega contra el interés superior del niño, pues se hace mayor. Se destacó también la importancia de ver lo que los padres están dispuestos a aceptar para poder llegar al *matching* del art. 17. Finalmente, se señaló la importancia de que estos niños dispongan de un «libro de vida».

4. Constituye una constante en todas las reuniones de la Comisión Especial el tratamiento de las cuestiones que se suscitan después de la adopción. En esta ocasión, se vuelve sobre la cuestión de los informes posteriores a la adopción, ante la exigencia de informes hasta los dieciocho años por muchos Estados de origen, lo que consideran excesivo los Estados de recepción. Como dice España, tales informes son de poca utilidad, ya que el Estado de origen, aunque tenga tal informe, poco puede hacer en un caso de fracaso de la adopción. Lo que es necesario es el apoyo de las autoridades

del Estado de recepción a la familia que tiene problemas, como si se tratara de una familia biológica. De ahí también que en las conclusiones se recomiende a los Estados que se conviertan en parte en el Convenio de 1996 sobre protección de niños.

5. Otra cuestión se refiere a la búsqueda de las raíces (*tracing*), abogándose porque se realice debidamente asesorado, evitando la búsqueda individual. En este tema, se hace notar la influencia que puede tener la utilización de las nuevas tecnologías y, en particular, los peligros de la utilización de las redes sociales sin el debido asesoramiento. Un aspecto, sobre el que se ha hecho más hincapié que en ocasiones anteriores se refiere al tiempo en que la documentación de los niños debe guardarse en los países de origen, pues hay países como Vietnam que sólo la guardan durante veinte años. Diversos países de recepción, el Consejo Nórdico de adopción, asociaciones de hijos adoptivos, etc., se manifiestan en contra de esta destrucción y más aún con las posibilidades actuales de digitalización, aunque los países de origen de los niños alegan que no pueden financiarlo, por lo que habrá que valorar las necesidades y los recursos de que se dispone.

6. Tres sesiones, que se desarrollaron de forma simultánea, se refirieron a cuestiones específicas que plantean problemas particulares y que son objeto de atención en las conclusiones y recomendaciones:

1) La adopción por familiares y la aplicación del Convenio si se dan las condiciones necesarias, pues en otro caso la adopción no sería reconocida en el Estado de residencia de los adoptantes.

2) La relación entre *Kafala* y adopción, un tema particularmente conflictivo teniendo en cuenta la frecuencia con la que una *Kafala* constituida en otro país se convierte en adopción. Al respecto se recomienda que se trate en el contexto del «Proceso de Malta» y que se trate también en la Comisión Especial relativa a la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de niños, ya que incluye una disposición específica sobre el reconocimiento de la *Kafala*. Puede decirse, no obstante, que una parte importante de delegados no consideraban mal la transformación de una *Kafala* en adopción, pese a las falsedades que implica en la práctica.

3) Las denominadas «adopciones abiertas», que son aquellas en que se establece que el adoptado puede continuar teniendo contactos con la familia biológica. Se trata de una institución ya conocida en diversos países, como los Estados Unidos o Canadá, pero vista con reticencia en otros ordenamientos. De ahí que, en una discutida conclusión núm. 31, a petición de los países de América Latina, se acepte solamente esta posibilidad si no lo prohíbe la legislación interna, a lo que hay que añadir, por exigencias del Convenio, que el contacto sólo puede tener lugar después del *matching*.

7. Se trata a continuación del interesante tema del ámbito de aplicación del Convenio (art. 2), teniendo en cuenta que éste se aplica cuando el niño tiene su residencia habitual en el Estado de origen y la traslada al Estado de recepción. Como viene siendo habitual cuando se trata de este tema, la primera cuestión que se debate es si debe definirse la residencia habitual, para llegar a la conclusión de que no debe hacerse, sino que ha de apreciarse caso por caso. En esta ocasión, se presentó el Documento preliminar núm. 4, titulado «Globalización y movilidad», incluyendo diversos casos, con la respuesta a dar según en cada uno.

En la discusión se puso de relieve la variedad de situaciones existentes, la necesidad de cooperación entre las autoridades competentes y el interés de alinearse con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, España subrayó la necesidad de examinar adecuadamente cada caso, sin acudir al estable-

cimiento de una duración estricta para entender que existe una residencia habitual, como ocurre en diversos Estados de origen de los niños. Piénsese que de ello muchas veces depende que se trate o no de una adopción interna y las consecuencias que ello puede tener para el futuro. Se acuerda que los Estados mandarán observaciones escritas y se seguirá trabajando sobre el documento.

8. Otro tema se refiere a la ayuda a los nuevos Estados parte o que quieren serlo. En este caso, Estados Unidos apoya la asistencia técnica a estos Estados y los países de origen de los niños agradecen la ayuda recibida, pero se constata la inexistencia de presupuesto para la cooperación. Debe destacarse que Guatemala agradece especialmente la ayuda recibida, que le permitió cambiar la situación a partir de 2007.

En lo que se refiere a las relaciones con Estados no parte en el Convenio, se recomienda que los Estados parte intenten colaborar con dichos Estados y, en la medida de lo posible, apliquen los estándares y salvaguardas del Convenio. UNICEF subraya que es importante ver las razones por las que no son parte y, en particular, los casos en que un Estado no está en condiciones de cumplir las obligaciones derivadas del Convenio. El Secretario General, Dr. Bernasconi, recuerda las exigencias para poder recibir asistencia técnica, tal como se aprobaron en el Consejo de Asuntos Generales de 2015 (véase la información relativa a esta reunión en este mismo número de la *Revista*, pp. 271-275).

9. En relación con lo anterior puede incluirse el tema de la celebración de Convenios bilaterales, que pueden considerarse como alternativa al Convenio de La Haya o como previos a la participación en el Convenio de La Haya o como complementarios del Convenio de La Haya. Al respecto, presentó Suecia un interesante documento, preparado para su Gobierno. Se señala la frecuencia con que se deben concluir acuerdos administrativos a petición de los Estados de origen y los peligros que ello entraña de riesgo de bilateralización excesiva con un Estado o la introducción de reglas específicas que contradigan el Convenio de La Haya o, en el caso de Estados no parte, de que ya no se adhieran el Convenio de La Haya. En conjunto, pues, se considera que hay más riesgos que beneficios en la conclusión de acuerdos bilaterales. Al respecto debe recordarse que España, además de los Convenios con Filipinas, Bolivia y Vietnam, ha concluido el 9 de julio de 2014 (*BOE* de 27 de marzo de 2015) un Convenio bilateral con Rusia.

10. Desde 2012 viene funcionando un Grupo de expertos sobre los aspectos económicos de la adopción internacional, que pretende elaborar una guía de buenas prácticas, sobre la base de mayor transparencia y más control, distinguiendo claramente entre lo que son gastos y lo que son donaciones, que pueden resultar peligrosas. Al respecto, se han preparado unos cuadros para la vigilancia de los padres adoptivos. En este caso, debe hacerse notar que, si bien hay acuerdo en realizar el control puntual de los casos, algunos Estados, como Canadá, no apoyan un control global (*global survey*), entendiendo que es una responsabilidad de los Estados en relación con el cumplimiento del Convenio y es una función que no puede trasladarse a la Oficina Permanente. Por otra parte, se podría atentar a la *privacy* de los padres adoptivos, que proporcionan la información en determinadas condiciones y, además, se les dice que no se desvelará lo que hayan dicho.

11. Más delicada aún es la cuestión de la prevención y lucha contra las prácticas ilícitas, cuyo debate se inició con una exposición del Prof. David Smolin (Alabama, Estados Unidos) en el que expuso las prácticas ilícitas más frecuentes, así como las medidas para prevenirlas y las respuestas para combatirlas. En este caso, además, la Oficina Permanente había preparado la Ficha informativa núm. 3.

El debate que se desarrolló fue muy interesante, con un claro esfuerzo de los países de origen de los niños en mostrar que las adopciones se desarrollan correctamente, con honestidad y en un espíritu de cooperación. Se apoya la reunión del Grupo de trabajo, que Estados Unidos se ofrece a coordinar. Como ya se había dicho en la Comisión Especial de 2010, se reitera en este caso que las adopciones privadas no son compatibles con el Convenio, por lo que los Estados deben tratar de eliminarlas, a lo que se añade la ilicitud de determinadas prácticas, como la entrega directa de niños, por ejemplo, mediante una página web. Son muchos los medios y posibles medidas que se apuntan, tales como la actitud de futuras familias adoptivas ante las adopciones privadas, la necesidad de controlar las agencias de adopción o la cooperación con las Embajadas y Consulados, el control de la existencia de residencia, etc. En todo caso, es fundamental la prevención, pues las respuestas efectivas cuando ya se ha producido la práctica ilícita son difíciles y, más aún, en consideración al interés superior del niño.

12. Durante la reunión se celebró la ceremonia de depósito de diversos instrumentos. En primer lugar, Andorra depositó el instrumento de aceptación del Estatuto de la Conferencia, convirtiéndose así en su 80.º miembro, lo que hace esperar que ratifique mayor número de Convenios, lo que tiene un indudable interés para España. Zambia y Costa de Marfil ratificaron el Convenio de Adopción, que alcanza así los 95 Estados parte. Por otro lado, Argentina firmó el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños. Finalmente, la Unión Europea depositó su instrumento de aprobación del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, que entrará en vigor en 1 de octubre de 2015.

Alegria BORRÁS
Universidad de Barcelona
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4b.04>

5. PRINCIPIOS TRANSNACIONALES ALI/UNIDROIT DEL PROCEDIMIENTO CIVIL EUROPEO

1. Pasados diez años de la publicación de los Principios Transnacionales ALI/UNIDROIT del Procedimiento Civil, aprobados en 2004 (véase para los primeros pasos del proyecto MULLERAT, R. y FORNER, J. J., *REDI*, vol. L, 1998, núm. 1, pp. 377-378), el Instituto UNIDROIT en colaboración con el nuevo *European Law Institute* (ELI), se plantea la potencial acomodación a nivel regional de tan colosal trabajo. En esta ocasión proyectándolo a Europa con el objetivo de elaborar unas reglas del procedimiento civil transnacional adaptadas a las particularidades europeas.

2. En los últimos años asistimos en Europa a una fuerte corriente armonizadora /unificadora en materia de Derecho procesal civil internacional. Unida a la cesión de las competencias en materia de cooperación judicial civil se ha incrementado la promulgación de instrumentos tendentes a facilitar el desarrollo del proceso judicial civil en supuestos de carácter transnacional. Con el objetivo de garantizar el pleno disfrute de las libertades europeas, asegurar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y la igualdad de oportunidades para las partes durante el proceso, las Instituciones europeas han previsto instrumentos tendentes a facilitar (obtención de pruebas y notificación) o a simplificar los procedimientos civiles en supuestos transnacionales (créditos no impugnados y pleitos de escasa cuantía). Los promotores del comentado Proyecto aspiran a coadyuvar a esta tarea ofreciendo un modelo de unificación que sirva a los Estados europeos y evite «el desarrollo fragmentario y desordenado del Derecho

procesal civil a nivel europeo». Más allá de las medidas puntuales, la finalidad de los Principios Transnacionales del Procedimiento Civil es promover una normativa procesal europea: crear un conjunto de principios procesales compuestos por estándares comunes que puedan ser utilizados en instancias tanto arbitrales como judiciales. Se alienta a la unificación procesal a través de una técnica de *soft law* que, en principio, no está dirigida a sustituir a los ordenamientos nacionales, sino a servir de referente o guía para las partes o para los Estados.

3. El objetivo es ambicioso, pero no es nuevo (véase STORME, M., *Rapprochement du droit Judiciaire de l'Union Européenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1994) y la experiencia de los promotores y la efectividad de los Grupos de trabajo —compuestos por grandes especialistas— nos hacen presagiar un óptimo resultado en un tiempo record. El pistoletazo de salida lo constituyó la primera reunión que se celebró en Viena los días 18 y 19 de octubre de 2013, a modo de taller. Destacados académicos, abogados, jueces y representantes de las Instituciones europeas dieron su visto bueno a un Proyecto que paulatinamente ha ido adquiriendo visos de realidad. El 12 y 13 de mayo, de 2014 en la sede de UNIDROIT en Roma, el Comité Directivo del Proyecto celebró su primera reunión. En ella se decidió iniciar tal empresa a través de tres Grupos de Trabajo divididos por temas y en los que, se insiste, deben estar representada una muestra pluridisciplinar de participes (a poder ser de distintas áreas de Europa) que englobe tanto la perspectiva práctica —abogados, jueces— como la académica. Además, los Grupos de Trabajo se coordinarán a través de un Comité Consultivo y Asesor del que también forman parte representantes de Instituciones Europeas, Asociaciones de abogados europeos y miembros del ALI; así como una serie de observadores de organizaciones intergubernamentales que, con su experiencia y particular visión, complementarán sus labores.

Los primeros Grupos de Trabajo que se formaron: acceso a la información y pruebas, medidas provisionales y medidas de protección y notificación y traslado de documentos; con la celeridad requerida, presentaron sus respectivos informes preliminares el 27 y 28 de noviembre, de 2014. Además se concretó la composición de dos grupos adicionales (litispendencia y cosa juzgada y obligaciones de las partes y abogados) que completarán el elenco junto a dos más cuyos temas están todavía por determinar.

El 16 de abril de 2015 se ha celebrado la última de las reuniones. Esta vez en Bruselas, con Diana Wallis (Presidenta de ELI) y Anna Vennezziano (Secretaría General Adjunta de UNIDROIT) a la cabeza. En ella se han presentado los informes preliminares de los tres primeros Grupos de Trabajo; se han configurado dos nuevos Grupos y se ha realizado un esbozo de borrador que debería convertirse en definitivo para otoño de 2015. Despues de la reunión, se presentó el Proyecto a audiencia del Comité de Asuntos legales (JURI) del Parlamento Europeo. Como se puede observar el calendario es apretado: se pretende aprobar los primeros resultados definitivos en abril de 2016 para finalizar con el Proyecto en noviembre de ese mismo año.

4. Es cierto que armonizar las reglas del procedimiento civil, características de cada Estado, parece una tarea «químérica». Las reglas del proceso reflejan una manera de actuar bajo la que subyacen tradiciones socio-culturales a las que en un principio los Estados no están dispuestos a renunciar. Se trata de un ámbito eminentemente territorial y dependiente de la ley del foro, en el que afloran diferencias irreconciliables entre el *civil law* y el *common law* [véase FOUCARD, P., «Une procedure civile transnationale: quelle fin et quels moyens?», *Rev. dr. unif.*, 2001-4, pp. 779-788; y FOUCARD, P. (ed.), *Vers un procès civil universel?*, París, Pantheon Assas, 2001]. Pero también es cierto que los contrastes son cada vez menores [véase VAN RHEE, Ch. (ed.),

European Traditions in Civil Procedure, Oxford, Intersentia Antwerpen, 2005] y que la Convención Europea de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos humanos o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea defienden unas garantías procesales que han ido estableciendo unos estándares comunes a todos los Estados europeos.

5. En todo caso, no podemos olvidar que el resultado final sólo será aplicado con el beneplácito de los Estados. Los Principios Transnacionales del Procedimiento Civil no están pensados para sustituir a las normas estatales y se incorporarán a los ordenamientos nacionales bien en forma de Convenio —ratificado por los Estados que acepten ceder en sus particularidades en aras a la unificación— o mediante una ley modelo que pueda ser utilizada a modo de guía en las reformas estatales del Derecho procesal nacional. La primera opción requiere una reciprocidad que va a limitar su aplicación a litigantes de Estados contratantes. La segunda está vinculada a una de las mayores dificultades supeditadas a la unificación: la distinción entre los litigios de carácter transnacional y los litigios estrictamente nacionales. La intención es que su ámbito de aplicación integre únicamente a los litigios de carácter transnacional y ello podría comportar la introducción en los ordenamientos nacionales de reglas especiales que conlleven resultados discriminatorios de dudosa constitucionalidad entre los que se beneficien de su aplicación y los que se rijan por la ley común (véase FOUCHARD, P., «Une procedure...», *op. cit.*, p. 782). Por otro lado, si pasan a formar parte de los ordenamientos nacionales, habrá que determinar la capacidad de las partes (una vez cumplan las condiciones de aplicación establecidas) para adoptar un acuerdo en contra o a favor de su utilización, aunque ello supondría una «contractualización» del proceso que debería ser descartada.

Por último, también podrían adoptarse en forma de instrumento europeo, pero de momento, una cesión de soberanía estatal de semejante calado es difícil de prever.

6. El alcance material de los principios es indeterminado. Sus antecesores, los Principios ALI/UNIDROIT, se limitaban a los litigios comerciales transnacionales. Sin embargo los presentes, tal y como indicó el Comité Directivo, deberán componerse de principios generales capaces de ser importados a cualquier área. A pesar de ello en las primeras discusiones se ha puesto de manifiesto la dificultad de trasladar a la práctica esta generalización. La mayoría de los ordenamientos nacionales presentan particularidades procesales para las distintas categorías de disputas y dependiendo de la materia encomendada pueden variar las necesidades subyacentes al trabajo de cada Grupo. De hecho, el Grupo de Trabajo «Acceso a la información y pruebas» solicita cierta flexibilidad y propone dejar para más adelante los procedimientos especiales. Por el contrario los otros dos Grupos no tienen inconveniente en integrar todos los procedimientos civiles, incluidos los asuntos de familia y consumidores.

7. Las mayores dificultades que afloran en la unificación procesal se localizan en la diversidad de funciones atribuidas a la misma institución procesal en los distintos sistemas. Sobre todo en lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y las partes en la búsqueda y aportación de la prueba. En este ámbito es donde más resaltan las diferencias entre el *common law* y el *civil law*. La posibilidad de que el Tribunal actué *sua sponte* es de las cuestiones más controvertidas; si bien, como se apunta, Inglaterra y Gales se han ido alejando de los procedimientos tradicionales (Primer informe Grupo de Trabajo «acceso información y pruebas»).

También se destaca la importancia de adoptar una terminología clara que facilite y disminuya los problemas inherentes a las traducciones a los distintos idiomas europeos.

8. Los Principios Transnacionales sobre el Procedimiento Civil deberán convivir con los instrumentos europeos actuales y con la tarea armonizadora del TJUE a la que no pueden perder de vista. En la actualidad les sirven de fuente de inspiración, pero en un escenario futuro la primacía jerárquica de las fuentes europeas augura una difícil relación de subordinación que deberá transformarse poco a poco en una feliz unión.

9. En general, se trata de un Proyecto en que se aboga por aunar similitudes y ensalzar los rasgos comunes. Los sistemas procesales deben y pueden responder a unos estándares básicos comunes a todos los ordenamientos. La independencia e imparcialidad de los jueces, la idoneidad del desarrollo del litigio, la integridad de los asesores y la salvaguarda de los derechos de las partes, son fomentadas por las normas del procedimiento que influyen en la administración del litigio. Además hay quien aunque no considera que la unificación del Derecho procesal sea necesaria, piensa que «es deseable para proveer la adecuada asistencia a la unificación del Derecho privado, si es que esto ocurre, o para preparar una futura unificación del Derecho privado» [STORME, M., «Procedural Consequences of a Common Private Law for Europe», en HARTKAMP, HESSELIK, HONDIUS, PERRON y VRANQUEN (eds.), *Towards a European Civil Code*, Dordrecht/Boston/Londres, Ars Aequi Libri, 1994]. Seguiremos atentos al desarrollo de un Proyecto complicado pero prometedor.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI

Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4b.05>

6. «THE ECONOMIC DIMENSION OF CROSS-BORDER FAMILIES: PLANNING THE FUTURE» (CONGRESO EN LA UNIVERSIDAD DE MILÁN, 13 DE MARZO DE 2015)

1. El pasado 13 de marzo de 2015 tuvo lugar en la Universidad de Milán el congreso «The Economic Dimension of Cross-Border Families: Planning the Future» en el cual han intervenido, bajo la presidencia de Stefania Bariatti, de la misma Universidad, Joanna Serdynska (Legal Officer de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea), Cristina González Beilfuss (Universidad de Barcelona), Ilaria Viarengo (Universidad de Milán), Maria Caterina Baruffi (Universidad de Verona), Francesca Villata (Universidad de Milán), Anatol Dutta (Universidad de Regensburg), Gloria Servetti (juez presidente de la IX sección del Tribunal de Milán) y Franco Salerno Cardillo (notario en Palermo).

La finalidad del encuentro era exponer y debatir las principales innovaciones y problemáticas de las propuestas de reglamento sobre los regímenes económicos matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas [COM(2011) 126 y 127 final] y sus interacciones con los existentes instrumentos en materia de Derecho de familia de la Unión europea.

2. En la primera sesión sobre la revisión del Reglamento Bruselas II bis Joanna Serdynska hizo hincapié en el informe de 2014 sobre su aplicación [COM(2014)225 final], que, aunque subrayando los beneficios aportados en términos de normas en materia de competencia internacional, prevención de procedimientos paralelos y circulación de las decisiones, además de cooperación entre Autoridades Centrales, indica también en qué dirección tendrían que ir sus modificaciones. Entre ellas, en primer lugar, se inscribe la necesidad de contemplar en favor de los cónyuges la facultad de elección del foro competente por la separación o el divorcio y de facilitar la concen-

tración de juicios en un único tribunal. De hecho, en virtud de la multiplicidad de actos en materia de derecho de familia, no es posible excluir a priori que diferentes jueces sean competentes en relación con las peticiones de separación o divorcio, a las obligaciones de mantenimiento y a la responsabilidad parental. Por tanto, hace falta prever nuevas reglas que reduzcan al mínimo esta fragmentación teniendo en cuenta el interés superior del menor y las exigencias de buena y rápida administración de la justicia.

Además, específicamente en materia de responsabilidad parental, la relatora se muestra favorable a la abolición del exequáтур en relación con las decisiones en materia de derecho de visita, así como reglas más claras para los procedimientos de restitución del menor víctima de sustracción internacional. En cuanto a la ejecución de las decisiones sería también oportuna la introducción de un núcleo de reglas comunes. El hecho que la ejecución de las decisiones sea disciplinada por normas procesales nacionales, que raramente están diseñadas para las particulares exigencias subyacentes al Derecho de familia y de la tutela del menor, representa una fuente de dificultad para los padres que pretendan hacer valer en su propio ordenamiento decisiones emanadas en otros Estados miembros.

3. Siguiendo el orden de las sesiones, los dos sucesivos relatores hablaron de la función de la autonomía de las partes en relación con los derechos de propiedad de las parejas conyugadas y de las uniones registradas internacionales a la luz de las dos propuestas presentadas por la Comisión, que regulan los aspectos de la competencia judicial internacional, de la ley aplicable y del reconocimiento y ejecución de las decisiones. Como subrayó Cristina González Beilfuss, la propuesta sobre los régimen económico matrimoniales contiene unas disposiciones que permiten a los cónyuges o futuros cónyuges la elección del Derecho aplicable a su régimen económico, entre las indicadas en el acto que son reductibles a la residencia habitual o a la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges. Además de la posibilidad de elegir la ley aplicable antes o en el momento de la celebración del matrimonio, la propuesta de reglamento autoriza la elección también durante la vida matrimonial. Del mismo modo, los cónyuges que hayan elegido la ley aplicable en el momento de la celebración del matrimonio pueden decidir, en un momento sucesivo, cambiarla y someter su régimen económico a una ley diferente de la que era aplicable hasta ese momento [art. 16 después de las modificaciones aportadas por el Parlamento europeo en primera lectura, P7_TA(2013)0338, www.europarl.europa.eu; estas modificaciones se han recogido en el texto transaccional de la Presidencia del Consejo de 10 de noviembre 2014, documento núm. 15275/14, <http://www.consilium.europa.eu>].

La misma posibilidad no estaba reconocida en la propuesta paralela originaria, relativa a los efectos patrimoniales de las uniones registradas. La diversidad que caracteriza a las legislaciones nacionales de los Estados miembros que contemplan la figura de la unión registrada ha justificado inicialmente el principio de la aplicación de la ley de su Estado de registro a los efectos patrimoniales de una unión registrada. Ese principio se consideraba conforme a la legislación sobre las uniones registradas de los Estados miembros, en las que se contempla el recurso generalizado a la ley del Estado de registro y no se brinda a los miembros de las uniones registradas la posibilidad de escoger ninguna otra ley, a pesar de que se les reconoce la posibilidad de celebrar convenios entre sí. El informe de la Comisión jurídica del Parlamento europeo de 20 de agosto de 2013 (PE 494.575v03-00) ha levantado dudas sobre esta diferencia de tratamiento desde el punto de vista de los principios de igualdad y no discriminación contenidos en los arts. 20-21 de la Carta de Niza. La misma Agencia de los

derechos fundamentales, consultada sobre este asunto (opinión núm. 1/2012, de 31 de mayo de 2011, <http://fra.europa.eu>), ha concluido que el objetivo de proporcionar la libre circulación y la tutela de los derechos fundamentales favorecería, a la hora de disciplinar la elección de la ley aplicable, un acercamiento que garantice flexibilidad. No es coincidencia que la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre 2013 haya enmendado la propuesta inicial disponiendo que los miembros o futuros miembros de una unión registrada puedan designar o modificar de común acuerdo la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión siempre que dicha ley atribuya efectos patrimoniales a la institución de la unión registrada [P7_TA(2013)0337; la Presidencia del Consejo ha acogido, aunque con unas diferencias, estas enmiendas: véase documento núm. 15275/14 de 10 de noviembre 2014].

A la luz de los temores de muchos Estados miembros que han manifestado que es preciso seguir reflexionando, la Presidencia ha invitado al Consejo a volver a estudiar los posibles textos transaccionales de ambos reglamentos para evaluar la posibilidad de alcanzar la unanimidad requerida por el art. 81 (documento núm. 16171/14). Las dudas de los Estados se refieren también a la normas gemelas de los futuros reglamentos, arts. 28 bis y 23 bis respectivamente, según las cuales no podrá denegarse el reconocimiento ni la ejecución de una resolución únicamente por el hecho de que la ley del Estado miembro de ejecución no permita un régimen económico matrimonial o efectos patrimoniales de una unión registrada basados en los mismos hechos.

4. A continuación, Ilaria Viarengo profundizó en la reflexión sobre la función de la autonomía privada especialmente en relación con la propuesta sobre los regímenes económico matrimoniales. Destacó que, gracias al texto transaccional alcanzado por la Presidencia, la libertad de elección *ex art. 5* puede ejercerse también en relación con el juez competente, aunque las partes podrán escoger sólo los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley sea aplicable a su régimen económico matrimonial de conformidad con los arts. 16 y 20 bis (ley aplicable a falta de elección por las partes) para facilitar la coincidencia entre *forum* y *ius*.

Sin embargo, la propuesta deja abiertas unas cuestiones inherentes a la elección del foro. Por ejemplo, en cuanto a la relación con otros instrumentos de Derecho de la Unión Europea, el art. 4.1 establece que cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea llamado a resolver sobre una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en aplicación del Reglamento 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver las cuestiones de régimen económico matrimonial que surjan en relación con dicha demanda. No obstante, el apdo. 2 precisa que la competencia en las cuestiones de régimen económico matrimonial a que se refiere el apdo. 1 estarán sujetas al acuerdo de los cónyuges cuando el órgano jurisdiccional que deba conocer de la demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio sea el órgano al que se refieren los arts. 3.1, letra *a*), quinto o sexto inciso, 5 o 7 del Reglamento Bruselas II bis. En los otros casos, la extensión de la competencia internacional es automática, con correlativa limitación de la libertad de las partes en favor de la economía procesal y de un uniforme tratamiento de las diferentes peticiones. De estas disposiciones deriva, por tanto, una doble regla en la prórroga de competencia según el título de jurisdicción en el que se basa la causa en materia matrimonial.

Otras problemáticas sobre la función de la autonomía privada se ponen en relación con el momento en que es posible escoger el foro, no existiendo una norma análoga al Considerando 19 del texto transaccional en materia de ley aplicable, según la cual, a fin de facilitar la gestión de los bienes de los cónyuges, el reglamento debe

autorizarles a elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial en todo momento, tanto antes del matrimonio, como en el momento de contraerlo o durante el mismo. Por lo demás, tampoco en relación con la posibilidad de *optio iuris* es claro si la ley aplicable pueda ser escogida durante el procedimiento judicial de acuerdo a cuanto previsto por un acuerdo de elección del foro.

Por último, además de la controvertida admisibilidad de los acuerdos prematrimoniales, hace falta aclarar como se coordina la posibilidad de elección de ley garantizada por el futuro reglamento con la concedida por otros instrumentos como el Reglamento 1259/2010 (Roma III) en relación con la ley aplicable a la materia matrimonial y el Protocolo de La Haya 2007 en relación con la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

5. En la siguiente sesión se trató de la coordinación entre las diferentes fuentes de Derecho de la Unión Europea en materia de Derecho de familia. María Caterina Baruffi reflexionó sobre la relación entre los Reglamentos 2201/2003 y 4/2009, en particular a la luz de la petición de decisión prejudicial planteada por la *Corte Suprema di Cassazione* (C-184/14) que testimonia que, no obstante el Reglamento Bruselas II bis contenga mecanismos que prevén la concentración de las diferentes causas, algunos problemas quedan sin solución. La cuestión planteada es si una demanda de manutención de los hijos, presentada en el marco de un procedimiento de separación personal de los cónyuges, con carácter accesorio a dicho procedimiento, puede ser resuelta tanto por el juez del procedimiento de separación como por el juez que conoce del procedimiento de responsabilidad parental, sobre la base del criterio del primer órgano jurisdiccional en conocer, o debe ser resuelta necesariamente por este último, por ser alternativos (en el sentido de que uno excluye necesariamente al otro) los dos criterios distintos previstos en las letras *c*) y *d*) del art. 3 del Reglamento 4/2009.

Francesca Villata proporcionó una imagen exhaustiva de las normas en materia de jurisdicción y ley aplicable contenidas en los Reglamentos de Derecho de familia adoptados por la Unión Europea. Desde este análisis vertical se han sacado unas tendencias comunes como la convergencia entre *forum* y *ius*, el paralelismo entre las normas en materia de separación y divorcio, y entre éstas y las de los regímenes económico matrimoniales y las obligaciones alimenticias, además de la función de la autonomía privada. Esta última, en particular, a pesar de la problemática mencionada antes, representa, con la cláusula del vínculo más estrecho, una solución a los huecos que los nuevos instrumentos podrían presentar.

Anatol Dutta afrontó con más detalle dos instrumentos estrechamente relacionados: el reglamento en materia de sucesiones y la propuesta en materia de regímenes económico matrimoniales. La interacción entre estos dos actos se manifiesta bajo dos aspectos: por una parte, hay que coordinar la ley que regula la sucesión del cónyuge fallecido y la ley que regula el régimen económico matrimonial; por otra, hay que entender que la posición del cónyuge supérstite, al que se aplican las normas en materia de regímenes económico matrimoniales, pueda ser certificada con el certificado sucesorio europeo.

Por último, Gloria Servetti y Franco Salerno Cardillo, en calidad de operadores jurídicos, ofrecieron un cuadro de las principales implicaciones prácticas de la aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea. La primera pone de relieve cómo las problemáticas relacionadas al momento de la elección de la ley se ponen también en relación con el Reglamento 1259/2010. Además, a falta de elección, la ley relativa

al estatus (residencia habitual común) y la ley relativa al mantenimiento (residencia habitual del acreedor) podrían conducir a resultados diferentes. Por esta razón es fundamental la posición que tomará el Tribunal de Justicia en relación con la antes mencionada petición de decisión prejudicial planteada por los jueces italianos.

El segundo subrayó ante todo unos puntos críticos sobre la ley aplicable que destacan en las propuestas de reglamento. A falta de elección de la ley aplicable, hay que preguntarse sobre el momento dentro del cual las partes tienen que fijar una residencia habitual común y, en la espera, cuál es la ley reguladora. En el caso en que haya una *optio iuris*, quedan sin solución normativa los requisitos de validez de la elección. Aunque el texto transaccional requiera la forma escrita, si las normas en materia de publicidad puestas a tutela de los terceros no producen resultados satisfactorios, no habrá garantías sobre la autenticidad y la fecha de las suscripciones. Desde el punto de vista de la tutela de los terceros son problemáticas también las normas sobre la elección de la ley con efectos retroactivos. Ambas propuestas, en el texto transaccional, establecen que en estos casos el cambio de ley no podrá afectar a los derechos de terceros. Sin embargo, no es siempre fácil encontrar los efectos negativos hacia los terceros de un cambio retroactivo de la ley aplicable. Se han subrayado también la consecuencias negativas en el ámbito fiscal de la elección de la ley aplicable.

Caterina FRATEA
Universidad de Verona
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4b.06>

7. 15.^a CONFERENCIA ANUAL DEL *INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE* (III), NÁPOLES (15 Y 16 DE JUNIO DE 2015)

1. El *International Insolvency Institute* (en adelante, III) es una asociación sin ánimo de lucro, con sede en Canadá, que agrupa un elenco de personas que han destacado por su experiencia y conocimientos en materia de insolvencia internacional. El tema principal del III es la cooperación y coordinación judicial. La organización ha sido especialmente activa en este ámbito con el *American Law Institute* en el desarrollo y publicación de los *Principles of Co-operation in International Insolvencies*, bajo la dirección del Prof. Wessels, de la Universidad de Leiden.

Los miembros del III se dividen en tres grupos: los profesionales, abogados y administradores concursales, los académicos o profesores universitarios, y los miembros de la carrera judicial, lo que incluye magistrados de la Corte Suprema de varios países. España cuenta en la actualidad con cinco miembros electos, dos profesionales (Agustín Bou Maqueda y Miguel Torres Blánquez), dos académicos (Miguel Virgós Soriano e Ignacio Tirado Martí) y uno judicial (Juan Manuel de Castro Aragón). Asimismo, este año ha ingresado como nuevo miembro el Prof. Francisco J. Garcimartín Alférez, de la Universidad Autónoma de Madrid.

2. Los días 15 y 16 de junio de 2015 se celebró en Nápoles la 15.^a Conferencia Anual del III. Con carácter previo al evento, se desarrollaron una serie de conferencias destinadas a la nueva generación de juristas especializados en insolvencia internacional, el denominado «Next Gen», los que seguramente sucederán a los actuales miembros del III.

El evento tuvo lugar en el «Castel dell’Ovo» de Nápoles. Un lugar ciertamente peculiar, se podría decir fantástico, sobre todo al ver los huesos de los «*castellani*» en una urna expuesta a través de un cristal. Por otra parte, la experiencia fue muy saludable

con el recorrido a pie de todo el castillo para llegar hasta las salas donde se desarrollaban las «*breakout sessions*», es decir, los turnos de preguntas para cada uno de los paneles que tenían lugar al final de las sesiones de la mañana y de la tarde.

Cabe destacar el sentido escénico de la presentación del evento. Así, se desplegó un gran cartel con una linda fotografía de la bahía de Nápoles, y se iba alternando con una filmación en pantalla gigante de los distintos oradores, cuyos nombres eran puntualmente indicados en cada caso. Quizás lo más llamativo fue el reloj que aparecía en la pantalla con el tiempo destinado al ponente, que al llegar a su término sencillamente parpadeaba y bloqueaba el ordenador hasta no dejar pasar más diapositivas de la presentación.

En la víspera del domingo tuvo lugar una visita guiada al famoso Teatro San Carlo, seguida de una cena ofrecida por el despacho Studio Legale Ennio Magri & Associati en el Circolo dell'Unione. Fue el inicio de un nuevo encuentro anual entre antiguos amigos, con toda la confraternidad de este tipo de eventos. Asimismo, se dedicó un momento a rendir tributo al reputado Abogado Harvey R. Miller, asiduo de las Conferencias del III, fallecido recientemente.

3. El Presidente del III, Bruce Leonard, hizo la introducción de la Conferencia e invitó a todos los asistentes a presentarse cuando mencionara el correspondiente país. En total, estuvieron representados treinta y dos países, con sesenta y seis ponentes entre doscientos diecinueve asistentes.

El ponente que abre la Conferencia es siempre una personalidad destacada en el ámbito de la insolvencia internacional en el país de acogida. En esta ocasión, se trató del Dr. Giuseppe Bocuzzi, Director General del *Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi* de Italia, que hizo una disertación magistral sobre «The Banking Crisis and Italy's Special Resolution Regime».

A continuación tuvieron lugar las presentaciones de los distintos Comités del III. En primer lugar, se desarrolló la presentación del tema «Desarrollo de un mejor clima europeo en materia de insolvencia: la reforma del Reglamento de Insolvencia europeo y el nuevo enfoque de la quiebra de empresas» bajo la presidencia de la Prof.^a Stefania Bariatti, de la Universidad de Milán. El Abogado Miguel Torres Blánquez, presentó las cinco novedades principales del nuevo Reglamento 848/2015: la extensión del ámbito de aplicación material, la definición del Centro de Intereses Principales, los procedimientos secundarios, los grupos de sociedades y los registros públicos. Robert van Galen explicó el nuevo régimen en materia de grupos de sociedades, y el Dr. Andreas Remmert profundizó en el tema de los procedimientos secundarios para abordar la novedad del denominado «compromiso» en el art. 36.

El III también participa activamente en UNCITRAL, y el Comité correspondiente abordó el tema «UNCITRAL: A Treaty on Insolvency-Related Judgments?», presidido por el Magistrado Christopher M. Klein, de la *United States Bankruptcy Court*, Sacramento, en el que destacó la intervención del Prof. John Pottow, de la Universidad de Michigan.

Seguidamente, los representantes japoneses Hideyuki Sakai, Mitsue Azawa y Schinichiro Abe hicieron una conmovedora presentación de Tokio como la ciudad que acogerá la 16.^a Conferencia el próximo año.

Antes del *buffet* en la azotea del castillo, los asistentes tuvieron la oportunidad de asistir a las tres «*breakout sessions*» para cada uno de los temas tratados y hacer preguntas a los ponentes.

4. La sesión de la tarde fue inaugurada por el Prof. Vito Cozzoli, del Ministerio de Desarrollo Económico de Italia, sobre «Restructurings in Italy». Thomas Felsberg y Ricardo Beller copresidieron el panel sobre Latinoamérica «The Year in Latin America Insolvency: NML, OSX and REDE!».

El Comité Judicial trató el tema nuclear del III, la coordinación de casos transfronterizos («Issues and Answers in Coordinating Cross-Border Cases»), con la participación de varios miembros de la carrera judicial. La pregunta que se cruzaron los magistrados fue si podían llamarse por teléfono para comentar el caso.

Otro de los temas centrales del III hace referencia a la reestructuración de la deuda soberana. El Comité correspondiente presidido por Steven Kargman y el Prof. Steven Schwarcz, de la Duke University School of Law de Durham, trataron sobre las actuales propuestas de reforma y se analizó en particular las cuestiones que plantea la reestructuración de la deuda griega con la intervención de Stathis Potamatis.

La última sesión corrió a cargo del Comité en materia de derivados financieros y fue presidida por el Prof. Edward Janger, de la Brooklyn Law School, con el tema de «Financial Derivates in Bankruptcy: Containing or Creating Systemic Risk?».

Tras las «*breakout sessions*» los asistentes se retiraron a los hoteles para un descanso y prepararse para la «Cena Legendaria» («*Legendary Dinner*») tradicional en las Conferencias del III. En esta ocasión, tuvo lugar en el Museo de Campodimonte y durante la misma se entregó el premio por la contribución del año al Magistrado Luciano Panzani y se rindió un emotivo reconocimiento al Presidente del III desde su fundación y que deja el cargo este año, Bruce Leonard.

5. Al día siguiente, a las ocho de la mañana los miembros del III estaban convocados en una sala en el Castel dell'Ovo situada en la azotea. El día iba a ser muy caluroso pero los muros del castillo mantienen la temperatura de las salas en niveles agradables. Durante la asamblea, se aprueban unas modificaciones estatutarias, se eligen los nuevos miembros del Consejo de Administración y se aprueban las cuentas anuales. La organización presenta una sólida estructura financiera según la auditoría.

La primera sesión fue presidida por el Magistrado Ralph R. Mabey sobre el tema de la insolvencia de los grupos de sociedades («Solving Corporate Group Insolvencies»).

La siguiente fue presidida por el Prof. Charles D. Booth sobre el uso de los derechos del Reino Unido y de los Estados Unidos de América para reestructuraciones en Asia («Restructuring Cross-Border Debt in Asia and Use of UK and US Legislative Regimes»). Se trata de uno de los temas más fascinantes que plantea el desarrollo del derecho de la insolvencia internacional en el que distintos Estados optan por copiar el régimen legislativo de otro Estado.

Tras la pausa para el café, un panel dirigido por Robert B. Millner trató sobre las indemnizaciones cubiertas por seguros de responsabilidad en caso de insolvencia («Treatment and Recovery of Insurance Assets in Insolvency»), un tema de gran trascendencia práctica y cuya solución no está nada clara.

La última sesión de la mañana fue coordinada por G. Christopher Meyer y J. William Boone sobre la delicada cuestión de las responsabilidades de los administradores de las sociedades de un grupo, en particular en el caso de contratos de «*cash pool management*» («Three Dimensional Chess: Directors' and Officers' Responsibilities in Distressed Company Groups»). Acto seguido tuvieron lugar las correspondientes «*breakout sessions*» seguidas del *buffet* en el Ramaglietto.

6. Como es costumbre, después del almuerzo el Magistrado Samuel L. Bufford y el Prof. Christopher Paulus, de la Universidad Humboldt de Berlín, presentaron a los ganadores de las medallas de oro y plata del premio al mejor estudio en materia de insolvencia internacional. Se trata de dos excelentes trabajos, uno sobre los procedimientos secundarios en el nuevo Reglamento 848/2015 (Robert Arts), y otro sobre la regulación de la insolvencia en China (Xinyi Gong).

La última sesión de la Conferencia versó sobre aspectos de propiedad intelectual («Resolving Intellectual Property Issues in Insolvency and Restructurings»), presidida por Tom Gaa y que lamentablemente no pudo contar con la siempre esperada participación de Robin Phelan.

7. La clausura se dedicó al país anfitrión («Restructurings in the Italian Way»), con la participación de ilustres protagonistas de los casos más relevantes en Italia, como el Prof. Lucio Ghia, el Prof. Michele Sandulli, Francesco Caia, Stanislao Chimenti, Vincenzo Moretta, Ennio Magri, Gianni Lettieri, Nicola Graziano y Lucio Di Nosse.

Finalmente, se ofreció una recepción de clausura en la azotea del Ramaglietto. Se podía ver que los asistentes estaban satisfechos por el desarrollo de la Conferencia y que entre abrazos se despedían hasta la próxima cita en Tokio.

Miguel TORRES BLÁNQUEZ
Abogado
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4b.07>

**8. II REUNIÓN CIENTÍFICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
MILLENNIUM DIPR, Y II CERTAMEN INTERNACIONAL MILLENNIUM
DIPR CELEBRADOS EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
EL 6 Y 7 DE NOVIEMBRE DE 2014**

1. La Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza acogió, los días 6 y 7 de noviembre de 2014, la II Reunión Científica de Derecho Internacional Privado *Millennium*: «Los conflictos de leyes en el Derecho internacional privado e interregional» y el II Certamen Internacional de Derecho Internacional Privado *Millennium*. Este último ha sido escogido mejor evento jurídico del año 2014, según una iniciativa promovida por Eventos Jurídicos.

Tanto la Reunión como el Certamen se enmarcan dentro de las actividades que la Millennium Dipr ha diseñado, orientadas a la consecución de su principal objetivo: la transferencia del conocimiento y en especial, la difusión del Derecho internacional privado a la sociedad en general y a los expertos jurídicos en particular, así como el impulso de la investigación y el debate académico y práctico en esta rama del Derecho. En dicha línea, la condensación sintética de los contenidos constituía una piedra angular del formato global, en sintonía con las más recientes experiencias jurídicas en países de nuestro entorno.

2. La Reunión Científica se desarrolló siguiendo un formato innovador y ágil, a través de paneles temáticos, en los que participaron cinco profesionales especializados en Derecho internacional privado, que abordaron temas de rigurosa actualidad y de gran interés. Tras la exposición, por parte de los profesionales, de las ideas principales del tema objeto de desarrollo, se abrió un enriquecedor debate con los asistentes y entre los mismos panelistas.

El panel inaugural, titulado «Las lecciones jurídicas del *Prestige*: una perspectiva internacional privatista» corrió a cargo del Prof. Juan José Álvarez Rubio (Universi-

dad del País Vasco UPV/EHU). En él se analizaron los puntos clave, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, del caso *Prestige* y de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña. El Prof. Álvarez puso de relieve algunos de los errores que se habían cometido en la tramitación y resolución del caso y destacó la complejidad adicional derivada de la existencia de diversos Convenios Internacionales, además de la normativa española y la elaborada en el seno de la Unión Europea.

En segundo lugar intervino Juan Molins García Atance, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. En su panel, titulado «La jurisprudencia social en relación con la institución de la *Kafala*» se puso de manifiesto la necesidad de dar una solución adecuada al gran número de casos que llegan a los Juzgados relacionados con la institución de la *Kafala*, especialmente en cuanto a la pensión de orfandad se refiere, debiéndose evitar tanto situaciones de desprotección, como de sobreprotección. Asimismo, el magistrado avanzó situaciones equiparables, que pese a que todavía no se han planteado ante los Tribunales, el mundo global en que nos encontramos puede hacer que pronto se susciten.

A continuación, intervino la Prof.^a M.^a Pilar Diago Diago (Universidad de Zaragoza y Directora de la Millennium Dipr), con su panel titulado «El escenario económico internacional de las cartas de patrocinio y sus desafíos para el Derecho internacional privado». La Prof.^a Diago describió la importancia y el papel de las cartas de patrocinio en el comercio internacional, haciendo hincapié en los aspectos más relevantes desde una perspectiva internacional privatista, para lo que se apoyó en numerosa jurisprudencia y supuestos de gran actualidad. Entre los principales problemas que plantean las cartas de patrocinio, se encuentra su calificación y el hecho de que no hay normas de Derecho internacional privado reguladoras de este instrumento.

El cuarto panel, titulado «Tribunales competentes para conocer de una acción revocatoria por insolvencia contra un demandado domiciliado fuera de la Unión Europea. La STJUE de 16 de enero de 2014» fue impartido por el Prof. José Luis Iriarte Ángel (Universidad Pública de Navarra). A través de este panel, el Prof. Iriarte analizó las cuestiones más controvertidas acerca de la competencia judicial internacional en materia concursal, contenidas en la reciente Sentencia del TJUE, como la unidad y universalidad del procedimiento, la aplicación del Reglamento 1346/2000 a situaciones extra-comunitarias y el reconocimiento y ejecución de la sentencia en los distintos Estados.

En quinto lugar, intervino la Prof.^a Elena Zabalo Escudero (Universidad de Zaragoza), con el panel de clausura de la Reunión Científica, titulado «El testamento mancomunado aragonés ante el Reglamento UE de sucesiones». En él, la Prof.^a Zabalo realizó un completo análisis acerca de la compatibilidad del art. 417 del Código de Derecho foral de Aragón y del art. 9.8 CC, en lo que al testamento mancomunado aragonés se refiere, con el reciente Reglamento de la Unión Europea de sucesiones. Entre otros problemas planteados, puso de manifiesto cómo con el nuevo Reglamento se pone fin al principio de igualdad de soluciones para los conflictos internacionales y los internos, en estos supuestos.

3. La segunda de las actividades realizadas, tal y como se ha señalado, fue el II Certamen de Derecho Internacional Privado *Millennium*. Se trata de una iniciativa pionera en esta disciplina en la que participaron más de 250 profesionales y estudiantes, de diferentes nacionalidades y Universidades.

El Certamen constaba de dos categorías: la de estudiantes y la de profesionales. En esta última participaron magistrados, abogados, notarios y miembros del cuerpo académico, todos ellos profesionales especializados en el Derecho internacional pri-

vado. La fase final consistió en la exposición y defensa de las 19 comunicaciones seleccionadas por el Comité Científico del Certamen, entre las más de 100 presentadas.

Cabe destacar el alto nivel de las comunicaciones expuestas, así como el clima de expectación y compañerismo que presidió el Certamen. Igualmente cabe resaltar la participación de profesionales del Derecho que diariamente abordan en sus trabajos cuestiones de Derecho internacional privado y que encontraron en el Certamen una vía para exponer su experiencia profesional e intercambiar impresiones. Esta metodología de transferencia de conocimientos, haciendo partícipes tanto a estudiantes como a profesionales, ha permitido acercar la compleja rama del Derecho internacional privado a los distintos sectores jurídicos y a la sociedad en general.

Pilar DIAGO DIAGO

Universidad de Zaragoza

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4b.08>

9. TENDENCIAS ACTUALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL INTERNACIONAL POR VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS

1. Las próximas líneas tienen por objeto informar sobre qué perspectivas prácticas y doctrinales se han adoptado en la actualidad en un ámbito que ha recibido una atención creciente en los últimos años: el de la responsabilidad civil internacional por vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas. El número de empresas que han decidido operar con alcance internacional se ha visto incrementado debido a diversos factores, en especial la crisis económica global, lo cual ha implicado en ciertas ocasiones la violación de derechos humanos en un sentido amplio y la posibilidad de responder a estos ilícitos desde distintas disciplinas, como el Derecho penal internacional y el Derecho internacional privado (Dipr). Téngase en cuenta que en el debate acerca de los mecanismos de respuesta que puede prever el Derecho internacional público en este contexto, asumiendo las dificultades para la exigencia de responsabilidad directa, destaca junto a otras directrices internacionales la adopción en 2011 de los conocidos como «Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos» (A/HRC/RES/17/31), no vinculantes pero considerados por algunos un avance sustancial para el respeto a los derechos humanos en la práctica empresarial, y que deben implementarse a través de respectivos planes nacionales. La Unión Europea se ha comprometido a su vez en la «Estrategia renovada de la Unión Europea para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas» [COM (2011) 681 final] a promover tales principios, habiéndose realizado una consulta pública en la materia y diversas acciones para fomentar el respeto a los estándares internacionales que pueden consultarse en http://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility/index_en.htm. Debe subrayarse asimismo que en junio de 2014 se aprobó por parte del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas una resolución promovida por diversos Estados con el objetivo de plantear la elaboración de un futuro instrumento internacional vinculante en este terreno (A/HRC/26/L.22/Rev.1; véase la información contenida al respecto en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/BusinessIndex.aspx>), a través de la creación de un grupo de trabajo intergubernamental creado a tal efecto. Cabe destacar también que ha sido objeto de interés en los últimos tiempos la posibilidad de que los tratados bilaterales de inversión contemplen fórmulas para tratar de garantizar el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas [al respecto, DUMBERRY, P. y DUMAS-AUBIN, G.,

«How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties?» (March 3, 2014), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2011-2012, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2404054>]. De forma análoga, en el marco de la controvertida negociación del Acuerdo sobre la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (conocido por sus siglas en inglés, TTIP) algunas voces críticas han comenzado a fortalecer la garantía en el respeto a los derechos humanos en el contexto de la protección de las inversiones en las relaciones Unión Europea-Estados Unidos y el arreglo de diferencias en este terreno (sobre el informe relativo a la consulta pública abierta por la Comisión al respecto véase http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-3202_en.htm).

2. El análisis de la litigación civil internacional por violaciones de derechos humanos derivadas de actuaciones empresariales se había focalizado tradicionalmente en la práctica jurisprudencial en Estados Unidos con base en el conocido como *Alien Tort Statute* (ATS), en virtud de la interpretación que permitía entender que este instrumento posibilitaba atribuir jurisdicción a los tribunales federales para conocer de acciones de responsabilidad civil ejercitadas por parte de actores extranjeros en relación con actos atentatorios contra el Derecho internacional. Tras reiterados intentos de delimitar el alcance de la operatividad de este instrumento, y teniendo presente la frecuente incidencia de los acuerdos extrajudiciales que ponían fin a estos litigios (observando que ello solía implicar no responder a cuestiones interpretativas importantes, véase REQUEJO ISIDRO, M., «La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos: deficiencias del marco legal», *Scientia Juris*, 2011, núm. 1, p. 22) constituyó un hito el pronunciamiento de la *Supreme Court* estadounidense de 17 de abril de 2013 en el asunto conocido como *Kiobel*. Se consagraba en él una interpretación restrictiva del ATS, aludiendo a un principio basado en la «presunción contra la extraterritorialidad», que supone que esta base legal no puede aplicarse a abusos contra derechos humanos acaecidos fuera de territorio estadounidense. Cabría rebatir tal presunción si en ciertos asuntos resultase factible demostrar vínculos suficientes con el territorio de Estados Unidos. Poco tiempo después, en su fallo de 14 de enero de 2014 en el asunto *Daimler c. Bauman*, la *Supreme Court* se inclinaba por interpretar en términos estrictos la relación que debe presentar una empresa extranjera con el territorio estadounidense a fin de poder ser enjuiciada allí en este tipo de litigación en relación con hechos concretados en el extranjero. Desde entonces, aunque los tribunales federales han tendido a desestimar asuntos en este ámbito aludiendo a la falta de vínculos significativos con Estados Unidos, algunos casos basados en el ATS han podido prosperar al entender que existiría el nivel de contacto exigible (véase sobre ello la información proporcionada en la página <http://harvardlawreview.org/2015/03/al-shimari-v-caci-premier-technology-inc/>, citando el asunto *Al Shimari v. CACI Premier Technology, Inc.*, sustanciado en un inicio ante el *Fourth Circuit*).

Más allá de las acciones fundamentadas en el ATS, en la doctrina especializada se han analizado otras posibles vías para articular la defensa de las víctimas de este tipo de ilícitos ante la justicia estadounidense, aludiendo por ejemplo a la litigación ante las *state courts* [al respecto véase SKINNER, G. L., «Beyond Kiobel: Providing Access to Judicial Remedies for Violations of International Human Rights Norms by Transnational Business in a New (Post-Kiobel) World (December 30, 2014)», *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, vol. 46, 2014, núm. 158, p. 18, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2544131>]. Se ha propuesto asimismo, en la línea de explorar métodos alternativos para la resolución de estas diferencias, la posibilidad de configurar un tribunal arbitral internacional que se ocuparía de las controversias en materia de empresas y

derechos humanos, argumentando que los demandantes encontrarían en ocasiones aquí una solución a la ausencia de foros disponibles y que las sociedades podrían percibir esta opción como rápida y beneficiosa a efectos reputacionales [véase sobre la propuesta «An International Arbitration Tribunal on Business & Human Rights» la información disponible en <http://business-humanrights.org/en/pdf-an-international-arbitration-tribunal-on-business-human-rights-enhancing-access-to-remedy-version-four> (Authors: Claes Cronstedt & Robert C. Thompson, *Working Group on International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights, Published on: 10 November 2014*), y el comentario de CHILDRESS III, D. E., «Is an International Arbitral Tribunal the Answer to the Challenges of Litigating Transnational Human Rights Cases in a Post-Kiobel World?» (2015), *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs, Forthcoming; Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2014/34*, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2539672>].

3. En el contexto actual se ha prestado también especial atención a las posibilidades de interponer esta clase de demandas ante tribunales distintos a los estadounidenses. Una vía es la de ejercitar las acciones en los Estados en que se manifiesten los hechos dañinos, pese a que pueden observarse en ocasiones dificultades de acceso a la justicia y en segundo término problemas de ejecución posterior de las decisiones, por ejemplo, en los países en que se encuentre domiciliada la matriz de una multinacional (en la página <http://business-humanrights.org/en/corporate-legal-accountability> puede accederse a una relación de asuntos según el lugar de interposición de las demandas). Más allá del enfoque tradicional estadounidense, Canadá se ha revelado en los últimos años como un posible país receptivo a permitir el ejercicio de las conocidas como *transnational human rights claims*, y los análisis en este ámbito se han focalizado también en las oportunidades que ofrece el Dipr en Europa, donde todavía resultan escasos los supuestos que se han planteado hasta el momento [aunque cabe observar una cierta tendencia a su aumento, por ejemplo en Estados miembros como Alemania (véase al respecto la información contenida en la página del *European Center for Constitutional and Human Rights* de Berlín, www.ecchr.de) o bien Holanda (véase sobre la actualidad en el conocido como caso Shell-Nigeria la información proporcionada por KRAMER, X., en el post «On PIL, International Labour law and Corporate Social Responsibility» de 13 de julio de 2015, accesible en: <http://conflictotlaws.net/>)].

Se ha distinguido comúnmente entre los daños al medio ambiente y las vulneraciones de derechos humanos, advirtiéndose la interconexión entre estos ámbitos (un enfoque desde tal relación puede encontrarse en el estudio elaborado por la Universidad de Edimburgo, dirigido por AUGENSTEIN, D. et al., «Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union», accesible en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf). En este contexto específico cabe hacer referencia a un aspecto que suele pasar inadvertido, y se trata del conjunto de convenios internacionales de carácter multilateral en materia de responsabilidad civil internacional derivada de daños al medio ambiente, que abarcan daños personales y patrimoniales. Su potencial aplicabilidad en supuestos vinculados a daños medioambientales resultaría preferente respecto a los instrumentos comunitarios de Dipr que se describen en las líneas siguientes según lo previsto en las correspondientes cláusulas de compatibilidad. En particular (como ha destacado OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., «El Derecho internacional privado de la Unión Europea en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente», *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 21, 2013-2014, pp. 377 y ss.) las reglas de competencia judicial de estos convenios internacio-

nales serán de aplicación prioritaria cuando el daño o el incidente se concrete en un Estado que sea parte de uno de tales convenios, lo cual conllevará la atribución de competencia judicial internacional a sus tribunales; en cuanto a las normas de conflicto, que resultan infrecuentes, remiten al Derecho del foro en un sentido amplio relativo a los distintos aspectos cubiertos.

Cobra especial relevancia en este punto el examen de la adecuación de los instrumentos comunitarios para articular estas demandas, una cuestión que ha suscitado reiteradas críticas, en especial derivadas de la falta de receptividad al sector que nos ocupa en las novedades legislativas más recientes (ello se refiere, por ejemplo, en ÁLVAREZ TORNE, M., «EU Private International Law in cases of civil actions for human rights violations by corporations and the role of national rules from both a German and Spanish perspective», *The European Legal Forum*, 2014, núm. 3, pp. 57 y ss.). En primer lugar, debe establecerse en estos supuestos la competencia judicial internacional, y a tal efecto el Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351/1, de 20 de diciembre de 2012), conocido como RBI bis, es aplicable a partir de 10 de enero de 2015 sustituyendo al anterior Reglamento Bruselas I como versión revisada. No se ha logrado introducir en esta reforma la extensión general de las reglas atributivas de competencia a los demandados domiciliados en Estados terceros [posibilidad que según el art. 79 debe contemplarse en un futuro; cabe subrayar al respecto que el Reglamento (UE) núm. 542/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux, resulta aplicable asimismo a partir de 10 de enero de 2015, y vincula la extensión de las reglas de competencia respecto a demandados domiciliados en Estados terceros de forma limitada a los denominados «órganos jurisdiccionales comunes» en las materias propias del ámbito de patentes]. Tampoco se han incluido en la versión revisada del Reglamento Bruselas I criterios considerados ventajosos en el terreno que aquí se examina como son el basado en la residencia habitual de la víctima o la localización de patrimonio o actividad de la empresa demandada. Los demandantes tendrán como una opción acudir al foro del domicilio del demandado en virtud del art. 4, aunque la compleja estructura societaria de las empresas transnacionales pueda restar utilidad a esta vía según dónde esté establecida, por ejemplo, la filial presuntamente responsable de cierto ilícito, y debiéndose acudir a veces a construcciones como la «teoría del levantamiento del velo» para concretar si, por ejemplo, una matriz domiciliada en un Estado miembro puede ser responsabilizada de ciertos actos. De modo alternativo cabe recurrir a la competencia prevista en el art. 7.2 del RBI bis en materia de responsabilidad extracontractual, que considerando la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde el Convenio de Bruselas de 1968, permite entender que puede ser competente el tribunal del Estado miembro en que se originó el hecho dañoso por la totalidad de los daños o todo aquello en que se manifestó el daño (de forma limitada en cuanto a estos). Asimismo, el Tribunal de Justicia ha entendido (véase la STJUE de 25 de octubre de 2011, en los asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10) que en materia de vulneraciones de derechos de la personalidad a través de Internet, cabe interpretar como tercer eje en relación con la totalidad de los daños la opción de que la víctima interponga su demanda en el Estado miembro en que se ubique su centro de intereses. De cualquier manera, la eficacia práctica del foro abierto por el art. 7.2 puede resultar escasa en muchos casos en que el daño se origine y se concrete en Estados terceros.

Otras opciones alternativas que permitirían atribuir competencia a los tribunales de un Estado miembro en estos supuestos se fundamentan en el art. 7.3 de acumulación de la acción civil y penal, así como en el art. 7.5, que recoge el foro de la sucursal, requiriendo que el domicilio de la empresa demandada se localice en un Estado miembro para poder accionar contra la misma ante los tribunales del Estado miembro en que se encuentre una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, en relación con litigios vinculados a la explotación de los mismos. Como en el caso de la redacción anterior del art. 5.5 del Reglamento Bruselas I, esta vía sigue presentando el inconveniente de depender de que el domicilio de la sociedad demandada se ubique en un Estado miembro. Cabe mencionar también el posible recurso al foro por conexidad procesal del art. 8.1 del RBI bis de existir una pluralidad de demandados, permitiéndose accionar de forma conjunta ante el tribunal del domicilio de cualquiera de las empresas demandadas, conservándose el requisito de que todas las partes demandadas se encuentren domiciliadas en Estados miembros, además de exigirse la necesaria relación entre las demandas y el eventual riesgo de que pronunciamientos separados resultasen contradictorios. Puede pensarse también en el recurso a foros de protección en materia de contratos de trabajo en virtud de los arts. 20 y ss. del RBI bis, que en esta nueva versión introducen una ventaja adicional para el trabajador demandante, al que se le ofrece la posibilidad de demandar al empresario de acuerdo con el Reglamento con independencia del lugar de su domicilio. Menor relevancia práctica tendrían en este contexto los arts. 25 (destacando la difícil lectura conjunta de este precepto con la cláusula de compatibilidad prevista en el art. 26.6 del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, cuya entrada en vigor se ha fijado el 1 de octubre de 2015, véase la entrada de CARBALLO PIÑEIRO, L., «Unión Europea: comienza a aplicarse el Reglamento Bruselas I bis», en <https://cartasblogatorias.com/2015/01/10/union-europea-comienza-aplicarse-el-reglamento-bruselas-bis/>) y 26 del RBI bis en materia de sumisión expresa y tácita, desapareciendo en la versión revisada a efectos de elección expresa del foro la llamada «conexión comunitaria» —en el caso de la sumisión tácita, ello permitiría deducir que se consolida la conocida como «tesis expansiva» en el sentido de no requerir que ninguna parte esté domiciliada en un Estado miembro [lo sostienen FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor (Navarra), 7.^a ed., Civitas, 2013, p. 83, y asimismo NAGEL, H. y GOTZWALD, P., *Internationales Zivilprozessrecht*, Colonia, 7.^a ed., Dr. Otto Schmidt, 2013, p. 156]—. Junto a todo ello téngase en cuenta la posible adopción de medidas provisionales por parte del tribunal de un Estado miembro en virtud del art. 35.

Adviértase en este punto que la posibilidad de reclamar de forma colectiva en caso de pluralidad de demandantes sigue dependiendo, tras la refundición del Reglamento Bruselas I, de lo indicado en la *lex fori*, faltando respuestas uniformes en los Estados miembros (véase respecto a los principios comunes no vinculantes en el marco del *collective redress* propuestos por la Comisión en junio de 2013: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-524_en.htm). Por otro lado, el RBI bis no ha contemplado la posible operatividad de un foro de necesidad, que resultaría menos polémico que un foro basado en la competencia universal en materia civil (desde la óptica penal, adviértase por ejemplo la reciente reforma de la LOPJ en el caso español, a través de la LO 1/2014, publicada en el *BOE*, núm. 63, de 14 de marzo, limitando en gran medida la operatividad del principio de justicia universal). Tampoco se ha introducido en el RBI bis, en aras de la flexibilidad, alguna fórmula basada en el *forum non conveniens*, como sí amparan otros Reglamentos comunitarios.

Recuérdese también en este contexto el paralelismo existente respecto a las reglas del Convenio de Lugano en su versión revisada de 2007, teniendo presente que

el art. 73.1 del RBI bis prevé una cláusula de compatibilidad con dicho Convenio, que puede considerarse de interés para litigios ante tribunales de Estados miembros contra empresas domiciliadas en Suiza, Noruega o Islandia. Por último, en defecto de la aplicabilidad de las normas contenidas en instrumentos de origen comunitario o convencional, cabrá recurrir a los criterios atributivos de competencia judicial internacional previstos en los sistemas autónomos de los Estados miembros, no necesariamente propensos por el momento a acoger este tipo de litigación desde una perspectiva de Derecho comparado.

Respecto a la determinación de la ley aplicable de resultar competentes tribunales de Estados miembros actualmente, cabrá recurrir en estos casos al Reglamento Roma I para supuestos vinculados a un contrato laboral, pero asumiendo una calificación extracontractual se acudiría al Reglamento Roma II, de aplicación *erga omnes*, que prevé un régimen general, resultando improbable una elección de ley de las partes en el terreno examinado, así como ciertos preceptos específicos para la responsabilidad por productos defectuosos (prevaleciendo el Convenio de La Haya de 1973 sobre responsabilidad por productos para los Estados miembros firmantes, como lo es, entre los pocos Estados miembros que participan, España), la infracción de derechos de propiedad intelectual o el daño medioambiental. Téngase presente en este texto la existencia de una serie de reglas de aplicación y en especial la exclusión de los daños nucleares (regulados en diversos convenios internacionales) y de las violaciones de los derechos de la personalidad del ámbito de aplicación material (con el consecuente recurso a la normativa autónoma y la inherente falta de uniformidad). Respecto a esto último se ha sugerido una razonable reforma del instrumento europeo para la introducción de estos ilícitos [véase por el momento la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la modificación del Reglamento (CE) núm. 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)].

Por último, cabe aludir en relación con los considerables problemas de eficacia a los que se enfrentan las decisiones obtenidas en este contexto más allá de su circulación en el ámbito europeo, a las soluciones que plantea ofrecer la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en torno al proyecto de un instrumento internacional que contenga reglas de reconocimiento y ejecución (al respecto véase el reciente texto provisional sobre el conocido como *«Judgments Project»* disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd07b_en.pdf, y asimismo BORRÁS, A., «Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado», *REDI*, 2014, 2, pp. 331 y ss., y, sobre la situación en 2015, *REDI*, 2015.2, en este mismo número, pp. 271-275).

Por todo lo anterior, cabe afirmar que se observa un interés progresivo en reaccionar desde diversas disciplinas jurídicas a los retos que plantean este tipo de supuestos analizados, y desde las opciones que contempla el Dipr, teniendo en cuenta sus limitaciones, se considera necesario adecuar los instrumentos disponibles, en particular en la Unión Europea, para hacer frente a situaciones que precisan mecanismos más idóneos (y contundentes) que los ofrecidos hasta el momento.

Maria ÁLVAREZ TORNÉ
Humboldt-Universität zu Berlin
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.4b.09>

V. BIBLIOGRAFÍA

Sección coordinada por C. ESPÓSITO (Derecho internacional público), E. ZABALO (Derecho internacional privado) e I. RODRÍGUEZ (Relaciones Internacionales)

A) RECENSIONES

ARENAL MOYUA, C. DEL, *Etnocentrismo y Teoría de las Relaciones Internacionales: Una visión crítica*, Madrid, Tecnos, 2014, 214 pp.

Tras una dilatada y admirable carrera académica que abarca más de cuatro décadas, y justamente en el momento en que nos anuncia su retirada, el Prof. Celestino del Arenal —referencia indiscutible en el estudio de las Relaciones Internacionales en España y América Latina— ha querido obsequiar a la gran comunidad de internacionalistas que sigue su trabajo con gran interés a ambos lados del Atlántico, con una obra que por sus características y ambición está llamada a tener una influencia duradera en nuestro ámbito de especialización académica sólo comparable a la impresionante *Introducción a las Relaciones Internacionales* (Madrid, 1.^a ed., Tecnos, 1984), de la que además se presenta como continuidad.

Como señala el propio autor en su introducción al libro que nos ocupa, el Prof. Arenal adopta aquí sin embargo «una perspectiva diferente, mucho más crítica y actual» que quiere poner de manifiesto tanto la génesis y desarrollo histórico de una concepción académica estrechamente occidental y más precisamente anglosajona, y denunciar a su vez tanto

sus formulaciones teóricas como sus implicaciones prácticas sobre la agenda política internacional. Aunque la crítica del etnocentrismo en el estudio de las relaciones internacionales tiene precedentes destacados, particularmente desde planteamientos teóricos tales como el estructuralismo o los enfoques poscoloniales, lo cierto es que el planteamiento que adopta Arenal en este importante libro es extremadamente original. En lugar de adoptar una perspectiva *internalista*, es decir, centrada en el contenido formal de las diversas perspectivas teóricas, el autor adopta en esta ocasión una perspectiva *contextual*, a la manera de un sociología crítica del conocimiento sobre lo internacional, ofreciendo una interpretación completamente original y extremadamente crítica sobre la conexión entre teoría y práctica en el surgimiento y desarrollo de las RRII como disciplina.

De manera más precisa, Arenal se propone examinar lo que denomina «orden atlántico» para referirse al «orden principalmente anglosajón» y, en todo caso, occidental, imperante en las Relaciones Internacionales desde principios del si-

glo xx y siempre favorable a los intereses estadounidenses, que se expresa más allá de lo propiamente académico, en los ámbitos políticos, estratégico-militares, económicos y culturales. Ese orden atlántico, añade Arenal, se manifiesta en una doble dimensión: *normativa*, en cuanto que «defiende determinados valores, postulados e interpretaciones de las relaciones internacionales, acordes con el eje realismo-liberalismo internacionalista y sus sucesivas reformulaciones», y *fáctica*, en cuanto «descansa en unas determinadas estructuras de poder cultural e intelectual, docentes, investigadoras y editoras, dominantes». A efectos analíticos, Arenal descompone ese contexto en tres elementos. En primer lugar, el contexto científico-intelectual y su sometimiento a las estrategias políticas y de seguridad de Estados Unidos. En segundo lugar, los cambios experimentados por la sociedad internacional, especialmente en lo que afectan al ascenso, apogeo y declive de la hegemonía atlántica. Finalmente, la influencia de los cambios experimentados por la propia sociedad norteamericana sobre la política exterior de ese país y los modelos teórico-conceptuales que la inspiran.

Pero la originalidad del enfoque va más allá de la adopción de esa visión geopolítica del conocimiento. Anticipándose a las posibles críticas que su planteamiento pueda recibir en cuanto interpretación sin duda bien fundamentada, pero en todo caso, abierta a discusión, el Prof. Arenal anuncia abiertamente que su interpretación puede tener elementos de apreciación subjetiva, pero también que es precisamente la adopción de esa perspectiva la que le permite, frente a las pretensiones universalistas de la narrativa hegemónica en la disciplina, elaborar una contra-narrativa que logra poner de manifiesto y denunciar el carácter de «particularismo neo-imperialista» que la inspira.

Para abordar esa tarea el libro se estructura, tras la correspondiente intro-

ducción, en siete capítulos, en los que el autor despliega sus amplios conocimientos, mediante una exposición siempre reflexiva y muy matizada a través de la que va desplegando una interpretación muy innovadora del origen y surgimiento de las RRII como disciplina.

En el primer capítulo, titulado «Etnocentrismo y teoría de las Relaciones Internacionales», se explican las causas históricas, políticas, económicas, sociales y culturales, que están en la base del problema, así como el modo en que esa visión se plasma en el desarrollo que han conocido los estudios internacionales primeramente en Estados Unidos y luego en el resto del mundo. El segundo capítulo, «La narrativa occidental y canónica de la teoría de las relaciones internacionales», en primer lugar examina a fondo los elementos constitutivos de esa narrativa, los límites temporales de la misma y el papel que sus constantes reformulaciones juegan como elemento de estabilización y actualización constante del *mainstream* de las RRII como disciplina. De ese modo sienta las bases para el desarrollo de una contra-narrativa, a la que el libro dedica los siguientes cuatro capítulos dedicados al análisis de las diferentes concepciones teóricas, que se han desarrollado desde 1919 hasta nuestros días, sobre la base de su relación, unas veces crítica y otras de reafirmación, con el orden atlántico, docente e investigador, imperante en la teoría y la disciplina, así como en las políticas que ambas inspiran.

Así, el capítulo tercero, titulado «Sintiendo las bases del orden atlántico en la teoría y disciplina: idealismo, realismo y conductismo», el autor se centra en el análisis de las tres concepciones teóricas sobre las que se edificó el *mainstream* de la disciplina. En primer lugar el *idealismo wilsoniano*, imperante durante los años veinte, puesto directamente al servicio de los valores e intereses de los Estados Unidos en el crítico periodo de entreguerras. En segundo lugar, el *realismo norteamericano*, a partir de los cuarenta,

que reafirmará esos intereses adaptados a las necesidades de los Estados Unidos como superpotencia en un mundo bipolar. Finalmente, el *conductismo-cuantitativismo* en los años cincuenta y sesenta, que se apoyará en la pretensión de proporcionar rigor científico a la teoría y la disciplina, para la afirmación tanto en el mundo universitario como en el de la política de ese orden atlántico en la era de la Guerra Fría.

El capítulo cuarto, «La puesta en entredicho del orden: transnacionalismo y estructuralismo», analiza el surgimiento e influencia relativamente fugaz de esos dos paradigmas, en principio muy dispares, como un primer desafío al orden establecido, que abrirá por primera vez de forma significativa la puerta para una crítica en profundidad del *mainstream* y con ello de la superación del etnocentrismo dominante en la disciplina.

El capítulo quinto, elocuentemente titulado «La reafirmación con fuerza del orden: neorrealismo y neoliberalismo», aborda por el contrario la vuelta al orden en la disciplina, como consecuencia de un nuevo contexto internacional y la llegada de una nueva generación de especialistas que lograrán la actualización del viejo *realismo* en *neorrealismo*, y del *transnacionalismo* en *neoliberalismo*, y que tendrá su expresión más caracterizada en la convergencia entre ambos en la llamada síntesis *neo-neo*.

El capítulo sexto, titulado «El rechazo radical del orden y la vuelta a una normalidad relativa: reflectivismo y constructivismo», se centra, en primer lugar, en el estudio de diversas aportaciones, tales como las ofrecidas por el *post-estructuralismo*, el *post-colonialismo* y el *feminismo*, que, como señala el Prof. Arenal, llegarán a «poner en cuestión la razón de ser de la teoría y la disciplina de las Relaciones Internacionales, entendida como instrumento del orden atlántico». Pero, a su vez, el capítulo analiza la desactivación del potencial transformador de esos

enfoques como resultado del desarrollo, impulsado desde el propio *mainstream*, de una versión moderada y contemporizadora del *constructivismo* y de la exclusión de los enfoques anteriormente mencionados a los márgenes de la disciplina.

Por último, en el capítulo séptimo, titulado «El difícil camino hacia la superación del etnocentrismo», el autor nos sitúa en un nuevo escenario que se abre a principios del siglo XXI, caracterizado por un lado, por la persistencia de diferentes mecanismos disciplinares que dificultan la superación del etnocentrismo y, por otro, por la proliferación de un conjunto de esfuerzos teóricos y prácticos que parecen cuestionar, con una fuerza sin precedentes, el *mainstream* de la disciplina. De este modo, se analiza el papel clave que la enseñanza, la investigación y las publicaciones académicas desempeñan tanto en la «continuada y exitosa afirmación del etnocentrismo, mediante el sostenimiento de relaciones centro-periferias, el protagonismo decisivo, endogámico, cerrado y autista, que tiene la comunidad científica norteamericana», pero también la importancia de esos mismos aspectos para la superación de ese etnocentrismo.

Finalmente, la obra termina con un análisis prospectivo del futuro escenario en que se desarrollará la teoría y la disciplina de las Relaciones Internacionales, y de las dificultades que presenta la superación de ese etnocentrismo, ofreciendo, como reflexión de cierre, algunas valiosas reflexiones sobre los esfuerzos en esa dirección que actualmente se registran, de manera especialmente prominente, en Europa —con especial referencia a España—, Asia y América Latina.

Con tales reflexiones el Prof. Arenal concluye con un mensaje a la vez preocupante y esperanzador dirigido, en primer lugar, a quienes dedicados hace tiempo a las RRII tenemos nuestra parte de responsabilidad, bien en la aceptación auto-complacida de una visión del

mando ensimismada en una hegemonía norteamericana en ostensible declive, o por el contrario, en la defensa de un pensamiento propio que nos permita abordar las grandes transformaciones que el mundo necesita. Pero el mensaje parece dedicado igualmente a las nuevas generaciones de internacionalistas que apenas están comenzando su formación especializada y ya constatan la distancia entre unos planteamientos teóricos pensados a la medida de una superpotencia en declive, y una problemática interna-

cional que requiere indiscutiblemente de una nueva forma de pensar las cosas. Ese mensaje, y la cuidadosa, matizada y audaz exposición crítica que le precede, hacen de este libro del Prof. Arenal una contribución admirable. Una flor bella y extraña —como lo fue hace tres décadas su obra magna de 1984— en el paisaje editorial de nuestra disciplina.

Noe CORNAGO

Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.01>

BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRIGO, A. J. (dirs.); PAREJA, P. (coord.), *La gobernanza del interés público global*, Barcelona, Tecnos, 2015, 1008 pp.

El primer aspecto reseñable de esta obra es el contexto académico-institucional en el que nace, pues es fruto de las XXV Jornadas Ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), celebradas en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, los días 19 y 20 de septiembre de 2013. Se trata, por tanto, de una obra vinculada a una fecha simbólica: la 35.^a edición de las Jornadas ordinarias de esta asociación fundada en el año 1978. Ello constituye una efeméride de excepcional relevancia que atestigua la larga trayectoria y la calidad de esta institución científica y profesional integrada por más de 700 miembros. Sin duda, la obra resultante de estas jornadas está en perfecta sintonía con la trayectoria histórica, con la calidad científica y con la amplitud de miembros, integrada por 42 trabajos de 48 autoras y autores de varias generaciones, a quienes precede el Prof. Oriol Casanovas con su magistral conferencia inaugural sobre *La dimensión pública del Derecho internacional público*.

El telón de fondo de la obra, en palabras de los organizadores, es «la transición del sistema internacional *westfaliano* hacia un modelo organizativo aún no

definido y de un sistema jurídico internacional que ha dejado de regular exclusivamente relaciones interestatales para proteger también intereses generales de la comunidad internacional que lo han transformado en un auténtico Derecho internacional público» (p. 29). Pues bien, en este contexto de cambios en el orden internacional, el Prof. Casanovas ofrece el marco teórico que permite abordar el debate en torno a la consideración del Derecho internacional público como Derecho privado o como Derecho público, en función de que sus rasgos y estructuras estén más bien al servicio de los intereses particulares de los Estados o de intereses superiores a los Estados, del interés público global. Sobre esta base, la obra se articula en torno a cuatro grandes partes que abordan los aspectos nucleares del interés público global: su *determinación y su gobernanza*; su *regulación, su protección y su relación con el régimen internacional económico*. La quinta y última parte de la obra no está vinculada con el objeto material de la misma, sino con la *docencia y la investigación en el contexto del modelo de Bolonia*, a la que habitualmente se dedica la última sesión de las Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, a modo de foro de reflexión sobre aspectos metodológicos y organizativos de la do-

cencia y de la investigación en Derecho internacional público, en Derecho de la Unión Europea, en Derecho internacional privado y en Relaciones Internacionales.

La primera parte está integrada por cuatro ponencias que contribuyen a delimitar conceptualmente elementos en presencia como el interés público global, la gobernanza global, el orden público internacional o el orden público europeo; así como por cinco comunicaciones que inciden en ese esfuerzo de clarificación conceptual desde aspectos más específicos, como los derechos humanos, las empresas de seguridad privada, la responsabilidad de proteger, la biopolítica o los actores no estatales.

En la segunda parte, las ponencias abordan diferentes aspectos relativos a la regulación del interés público global, que van desde las normas y obligaciones de interés público en el marco de las adaptaciones del sistema normativo internacional, hasta la participación de los actores no estatales en las reglas transnacionales, pasando por los regímenes del comercio de armas y del medio ambiente. A su vez, las comunicaciones analizan aspectos más concretos de regulación del interés público global desde la perspectiva de la cultura y del comercio (*interés cultural global*), del medio ambiente (*preocupación común de la humanidad* o emisiones contaminantes), de la paz (el derecho humano a la paz) y de la seguridad (la gestión pública de la paz y de la seguridad).

Los mecanismos de protección del interés público global son objeto de análisis en la tercera parte de la obra. En ella, se presentan varios trabajos que ofrecen, por un lado, la perspectiva institucional de protección dentro de los regímenes que mejor expresan la noción del interés público global, como son los derechos humanos y el medio ambiente. Por otro lado, más allá de la protección institucional, y habida cuenta de las li-

mitaciones de ésta, se analizan también las posibilidades de lograr la protección de los intereses públicos globales a través de la actuación unilateral de los Estados. Sobre esta base las ponencias se centran en el fortalecimiento del sistema de órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, en la protección del interés público ambiental, en las posibilidades que ofrece la litigación civil internacional o, incluso, en los procesos de cambio en la distribución del poder y de la riqueza en el sistema internacional. Asimismo, las comunicaciones abundan en la línea de algunas de las ponencias, abordando fundamentalmente la protección de los derechos humanos y del medio ambiente desde diferentes ángulos, pero también ofrecen nuevas perspectivas como la vía penal internacional, la tensión entre la Unión Europea y el Consejo de Seguridad o el rol del Parlamento Europeo.

La cuarta parte —y última relativa al objeto material de la obra y de las jornadas— nos lleva al régimen internacional económico y a su relación con el interés público global. Desde esta perspectiva, las ponencias persiguen, por un lado, analizar la protección de la estabilidad financiera como bien público global a partir de la comparación del modelo internacional y del modelo europeo ante la crisis financiera internacional. Por otro lado, se ofrece el enfoque de la protección del interés público global desde los instrumentos de protección de las inversiones, partiendo de la relación entre el régimen internacional de las inversiones y los sectores del ordenamiento internacional que protegen los derechos humanos y el medio ambiente. A su vez, las dos últimas ponencias se centran en el papel de actores no estatales en la protección de los bienes públicos globales, en particular, las organizaciones no gubernamentales de desarrollo y las empresas multinacionales, y haciendo hincapié, en el caso de estas últimas, en cuestiones de responsabilidad en materia de derechos

humanos. Por último, las ponencias se completan con una comunicación sobre la consideración de la alineación de los tipos de cambio como interés público global en relación con el papel de la Organización Mundial del Comercio, y con otra sobre los principios rectores de la deuda externa y su relación con los derechos humanos.

La quinta y última parte contiene, como se adelantaba, las ponencias relativas al estado de la docencia y de la investigación en las cuatro disciplinas representadas por la AEPDIRI, esto es, el Derecho internacional público, el Derecho de la Unión Europea, el Derecho internacional privado y las Relaciones Internacionales, en el contexto del modelo de Bolonia. A ello se añaden los resultados, las propuestas y las recomendaciones de un fórum sobre proyectos de investigación existentes en las distintas áreas de conocimiento de la asociación.

En definitiva, estamos ante una obra imprescindible para entender el proceso de cambio del sistema internacional, en

transición desde el sistema de *Westfalia* hacia un nuevo modelo todavía indeterminado, al que las directoras y el director de la obra denominan *Worldfalia* a modo de herramienta analítica (pp. 32 y ss.). En este sentido, se trata de una aportación mayúscula al «proceso social e intelectual de construcción de la idea de interés público global y de su gobernanza política y jurídica» (p. 53), lo que constituye el principal objetivo que se habían marcado los organizadores de las XXV Jornadas Ordinarias de la AEPDIRI. En palabras del Prof. Casanovas, «[l]os retos con los que se enfrenta la comunidad internacional actualmente: la globalización, la regulación de las relaciones financieras, el terrorismo, etc. Parecen exigir nuevos pasos en la protección de los intereses generales» (p. 75). Pues bien, sin duda, esta obra es un gran paso en el camino hacia la protección de esos intereses generales, hacia la protección y hacia la gobernanza del interés público global.

Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ

Universidad de A Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.02>

GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., *Nacimiento, Auge y Decadencia de la Responsabilidad de Proteger*, Granada, Comares, 2014, 216 pp.

La aparición de un nuevo libro de los Profs. Cesáreo Gutiérrez Espada y María José Cervell Hortal es siempre bienvenida. Especialmente, cuando se trata de un tema de debate y publicado en las vísperas de cumplirse el décimo aniversario de la adopción del principio de la Responsabilidad de Proteger por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Los Profs. Gutiérrez Espada y Cervell Hortal cuentan con una amplia trayectoria en el tratamiento del Derecho internacional y particularmente en el abordaje de las cuestiones vinculadas al uso de la fuerza, los derechos humanos y los crímenes internacionales, como una simple revista a la abundante bibliografía que acompaña a esta obra lo pone de relieve.

La obra se encuentra estructurada en lo que podríamos denominar seis grandes «secciones», que se ocupan de introducirnos al tema, a través del genocidio de Srbrenica (I), y abordan el nacimiento de la Responsabilidad de Proteger (en adelante, RdP) (II), su auge (III), decadencia (IV), hacen referencia a la Estrategia española de seguridad y su política exterior, en los aspectos vinculados a la RdP (V) y nos ofrecen unas conclusiones (VI). Una primera aproximación a la obra permite observar que los autores han seguido, acertadamente, un criterio cronológico para el desarrollo del tema, aunque con *flashbacks*, lo que en cierto modo empaña el criterio adoptado.

Luego de abordar el genocidio de Sbrenica, tema sobre el que ya habían realizado aportes relevantes en el pasado, la segunda sección del libro describe lo que los autores llaman «el nacimiento» de la RdP, mediante la consideración de la labor de la Comisión Internacional sobre la Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE) y su Informe de 2001. Sin embargo, en la sección siguiente se refieren a los informes gubernamentales y artículos académicos aparecidos entre 1999 y 2000 (pto. 1) y analizan con detenimiento el Acta Constitutiva de la Unión Africana de 2000 (pto. 2); mientras que los dos restantes acápite tratan los Informes del Grupo de Alto Nivel (2004) y del Secretario General (2005) y, en el segmento de las conclusiones en realidad abordan los resultados de la Cumbre del Milenio, en la que se adoptara el principio de la responsabilidad de proteger una década atrás. Quizás, desde un punto de vista metodológico, hubiese sido preferible encarar esta parte de la obra siguiendo un estricto orden cronológico. Esto es, considerar los antecedentes del principio de la RdP, lo que los autores realizan en otra parte de la obra, remitiéndose incluso a la antigüedad, para después abordar el Informe CIISE y las conclusiones a las que llega este informe. De hecho, estos anacronismos ya se observan en la introducción, cuyo último párrafo (numeral 4) estaría mejor situado al comienzo de la parte II. Este numeral se refiere al Informe sobre el Milenio de 2009, «Hacer efectiva la responsabilidad de proteger» (Doc. A/63/677), en que el Secretario General de las Naciones Unidas (SGONU), recordando que el Consejo de Seguridad (CSONU) no había actuado con decisión en Ruanda y Kosovo, planteó a los Estados miembros la disyuntiva siguiente:

Si la intervención humanitaria es, en realidad, un ataque inaceptable a la soberanía, ¿cómo deberíamos responder a situaciones como las de Ruanda o Srebrenica y a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que transgreden todos los principios de nuestra humani-

dad común? (Secretario General de las Naciones Unidas, 2000, 36-37).

Fue justamente ante este dilema que se presentaba a principios de este siglo lo que llevó a la conformación de la CIISE, a partir de una iniciativa de algunos Gobiernos como el canadiense y el australiano. Al considerar este Informe, los autores resaltan adecuadamente que este documento concluía que la soberanía no sólo daba al Estado el derecho de «controlar» sus asuntos, sino que le confería al Estado la «responsabilidad» primordial de proteger a la población dentro de sus fronteras. También proponía que cuando un Estado no protegiese a su población, ya fuera por falta de capacidad o de voluntad para hacerlo, la comunidad internacional podría asumir esa responsabilidad.

El acápite 3 de esta sección destaca las conclusiones del informe *Un mundo más seguro: una responsabilidad compartida*, adoptadas por el *Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, que subraya que, más que un *derecho* a intervenir, los Estados tienen una obligación *erga omnes* de tomar, cuanto antes, todas las medidas a su alcance para prevenir o poner fin a violaciones graves y masivas a los derechos humanos; mientras que el 4 señala que, en su informe de 2005 *Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, el SGONU propuso que para autorizar el uso de la fuerza en general se aplicara una lista de los criterios, que incluyesen la gravedad de la amenaza, la proporcionalidad y la posibilidad de éxito.

La sección en la que se analiza la «¿Decadencia de la Responsabilidad de Proteger?» es la más extensa de la obra. En ella se mencionan los informes que el SGONU ha venido emitiendo cada año desde 2009 sobre la RdP, haciendo especial referencia al énfasis que en dichos informes se ha dado al aspecto preventivo de la RdP, debido a las dificultades que aún suscita la responsabilidad de reaccio-

nar, debido a «la manifiesta reticencia de muchos Estados en aceptarla y la inequívoca, incluso, hostilidad [...] que demuestran no pocos de ellos» (párr. 102). Como los autores señalan apropiadamente, a continuación, la RdP se aplicó incorrectamente en Libia, lo que generó «un antes y un después para la responsabilidad de proteger» (párr. 55). En efecto, la actitud de los Estados que integraron la colación puso de manifiesto que lo que se buscaba no era meramente proteger a la población libia sino además llevar adelante un *cambio de régimen* mediante el derrocamiento del Al-Gadafi, lo que se llevó a través del asesoramiento militar y apoyo logístico a los rebeldes.

Sin duda, esa desacertada decisión repercutiría después en Siria, conflicto que lleva más de cuatro años sin resolverse y en el que la RdP no ha podido ser aplicada por los vetos (o amenaza de veto) ruso y chino. Nuevamente, se puso en juego un problema que Gutiérrez Espada y Cervell Hortal ya habían señalado en otras secciones de la obra: la necesidad de resolver la cuestión del veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, sea a través de los propios mecanismos establecidos en la Carta y sus desarrollos [como la Resol. 377 (V) o del establecimiento de un código de conducta o, mejor aún, de una resolución del propio Consejo, lo que en estas instancias suena un poco utópico]. Como afirman los autores, «si el Consejo de Seguridad hubiera autorizado [...] una intervención armada con la finalidad de detener los enfrentamientos y proteger a la población, este uso de la fuerza [...] hubiera sido [...] plena y totalmente legal» (párr. 68).

Sin perjuicio de ello, ¿quién dijo que todo está perdido? Los autores nos recuerdan a continuación que «la sombra del ciprés es alargada» e, ilustrando con los casos de las Resoluciones del CSONU en los casos de la República Centroafricana (2013) y Yemen (2014), nos enseñan que no se trata de una decadencia sin

esperanza. Para ello, resulta necesario que se introduzcan reformas al *concepto*, como lo denominan a lo largo de la obra, de la RdP. Esas reformas son necesarias para que la RdP pueda ser una herramienta útil y no se encuentre condicionada a situaciones como la actual, donde el voto representa un muralla infranqueable para su aplicación efectiva. Como quien escribe subrayara tiempo atrás, es necesario construir un consenso en el seno de las Naciones Unidas, particularmente en el CSONU, para que la RdP pueda ser un dispositivo que permita proteger a las poblaciones en casos de violaciones masivas, graves y flagrantes a los derechos humanos.

Un mirada al conjunto de la obra nos permite afirmar que la división que se hace en secciones parece un poco desequilibrada, ya que mientras el Capítulo III ocupa más de la mitad de la obra, el que le sigue tiene apenas cinco páginas. Por otra parte, creemos que la obra podría tener un mayor impacto si se hubiera considerado la práctica estatal, elemento para el que los diálogos temáticos celebrados anualmente en el marco de la AGNU proporcionan abundante material. Los autores hacen una referencia general a esos diálogos pero a través de los documentos emitidos por la Coalición Internacional para la Responsabilidad de Proteger o el Centro Global para la Responsabilidad de Proteger. Esos documentos, en ocasiones, tienen una visión sesgada de las posiciones nacionales, ya que subrayan los párrafos que son favorables a la RdP, soslayando los contrarios. Un ejemplo de ello es la consideración a la República Argentina como un *campeón de la RdP*, cuando se trata de un país que se opone firmemente a la utilización de la responsabilidad de reaccionar.

Finalmente, no deja de sorprender que los autores no hayan tomado en consideración la práctica latinoamericana en esta materia ni la abundante doctrina que existe sobre la misma. Tampoco se

hace referencia al documento presentado por Brasil y debatido en la ONU sobre *responsabilidad al proteger*, que se generó como consecuencia de la desacertada aplicación de la RdP en Libia. América Latina no ha estado ausente de este debate. Por el contrario, la región ha tomado la iniciativa de llevar sus propias experiencias y perspectivas sobre este asunto, lo que brinda una lectura singular acerca del rol de la comunidad internacional y de sus responsabilidades cuando se trata de la incapacidad o la falta de voluntad de un Estado para proteger a su propia población y prevenir los crímenes en masa. La diversidad política e ideológica en América Latina no permite avizorar un consenso sobre el principio de responsabilidad de proteger en la región, sino tres tendencias principales entre los países de la región en su aproximación a este principio. Un análisis de las posiciones de los Estados de América Latina muestra que, si bien un gran número de Gobiernos ha

aceptado el principio de responsabilidad de proteger, muchos de ellos todavía están renuentes a legalizar el uso unilateral de la fuerza armada bajo pretextos humanitarios, especialmente a la luz de los abusos que han ocurrido en el pasado. Pero este profundo escepticismo hacia la intervención no necesariamente se traduce en un rechazo a la finalidad subyacente de la RdP: la prevención de genocidios y atrocidades masivas y la protección de las poblaciones vulnerables.

Mas allá de estas cuestiones, como lo afirmamos al comienzo de esta recensión, consideramos que estamos en presencia de una obra seria, profunda y que significa una contribución importante a la divulgación, tratamiento y estudio de esta materia. Por ello, felicitamos a los autores y alentamos a su lectura y discusión.

Ricardo ARREDONDO
Universidad de Buenos Aires
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.03>

HINOJO ROJAS, M. (coord.), *Liber Amicorum Profesor José Manuel Peláez Marón. Derecho internacional y Derecho de la Unión Europea*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2012, 788 pp.

Con demasiado retraso, sólo atribuible al autor de esta recensión y por el que pide muy de verdad disculpas, damos noticia de la publicación del libro homenaje en memoria del Prof. Peláez Marón, catedrático de la disciplina en la Universidad de Córdoba fallecido prematuramente en 2010 tras una larga enfermedad que sobrellevó ejemplarmente. Su discípulo, el Prof. Manuel Hinojo Rojas, con la colaboración de su compañero y amigo el Prof. Rafael Casado Raigón, ha coordinado con gran diligencia esta publicación, concibiéndola bajo la forma de un *Liber amicorum*. La obra se abre con sendas y escuetas presentaciones de los Profs. Manuel Hinojo y Rafael Casado, que rememoran con cariño el perfil profesional y la calidad humana del homenajeado y sirven también como breve *currículum*

del mismo. Siguen unas cuarenta contribuciones, recogidas en cerca de 800 páginas, sobre Derecho internacional público y Derecho de la Unión Europea, ámbitos de atención preferente del homenajeado a lo largo de su carrera académica. El Prof. Peláez fue, en particular, ferviente defensor de la integración europea, a cuyo estudio dedicó muchos de sus esfuerzos e ilusiones desde bien temprano (como reconoce en su contribución Michel Waelbroeck, que lo califica como pionero en España del Derecho europeo), y decidido partidario de la humanización del ordenamiento internacional, siguiendo sin duda en ambos casos la estela de su querido maestro el Prof. Juan Antonio Carrillo Salcedo (véase *In memoriam* firmada por el Prof. Carrillo Salcedo en *REDI*, vol. LXII, 2010, pp. 11-13).

Hemos dicho que la obra se ha concebido bajo la forma de *Liber amicorum*, lo que propicia la siguiente digresión. Creo que la época de los macro homenajes está llegando a su fin por muchas razones, entre las que no son menores el incremento de sujetos merecedores de tales homenajes así como la dificultad para obtener los fondos necesarios para editar obras tan voluminosas. Es cierto que la concepción tradicional del libro homenaje como una obra colectiva abierta en cuanto a participación y contenidos sigue contando con muchos adeptos y con la inercia de la costumbre. Pero convengamos en los atractivos del *Liber amicorum*, mucho más breve y fácil de gestionar, y donde se cuenta con la posibilidad de organizar sus contenidos y seleccionar a los participantes conforme a lo que dicta su propia naturaleza. Con una consecuencia obvia, su capacidad para aportar conocimientos y captar la atención de la doctrina.

Es cierto que, en este caso, el diseño de la obra se queda a mitad de camino y sigue siendo deudor de la fórmula tradicional, ya que no se han propuesto o sugerido contenidos y la presentación de las aportaciones sigue el orden alfabético de los autores. Es decir, el coordinador de la obra no ha dado ninguna directriz al respecto. Por tanto, el resultado es una miscelánea de trabajos que comprenden, sin ser exhaustivos, temas como el nuevo orden económico internacional, las nuevas tecnologías, el conflicto de Oriente Medio, los modelos de gobernanza mundial, la jurisdicción universal, las nuevas formas de piratería, los cursos de agua y acuíferos internacionales, la globalización y la crisis mundial, los derechos humanos en su doble perspectiva regional y universal, el terrorismo internacional y sus víctimas, la protección diplomática de sociedades y accionistas, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el hambre, la acción exterior de las Comunidades Autónomas, los efectos de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa o la Política Común de Seguridad y Defensa

de la Unión Europea, entre otras muchas cuestiones. En cuanto a los participantes y sin desmerecer a nadie, subrayaríamos la presencia de colegas y amigos muy vinculados por diversos motivos al homenajeado. Nos referimos a los Profs. Victoria Abellán, Juan Antonio Carrillo, Zlata Drnas de Clément, Antonio Fernández Tomás, José Antonio Pastor Ridruejo, Jorge Pueyo Losa, Ernesto Rey Caro o Carlos Villán Durán, entre otros, sin olvidar naturalmente a sus compañeros de las Universidades de Córdoba y Sevilla.

No es posible en el espacio de una recensión honrar el conjunto de contribuciones que componen este libro homenaje. El número y la heterogeneidad de los trabajos lo impiden. Sucede a veces que los autores presentan trabajos sobre temas queridos o compartidos por el homenajeado, como es el caso de las aportaciones de Victoria Abellán sobre el nuevo orden económico internacional, de Juan Antonio Carrillo sobre modelos contemporáneos de gobernanza mundial, de Manuel Hinojo sobre el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, o de Ernesto Rey Caro sobre la solución de controversias en el Mercosur. Pero en general, más allá del común denominador que ofrece el ordenamiento internacional o europeo, la mayoría de las contribuciones se rigen por el patrón de ser temas familiares y transitados en la carrera investigadora de cada participante.

No obstante, parece conveniente comentar las líneas maestras que distinguen la presente obra, porque algún valor habrá que dar a la elección y tratamiento de ciertos temas por los participantes en este homenaje. En alguna medida, los libros homenaje pueden servir para pulsar el estado de la doctrina en un momento histórico dado. En este caso y en primer lugar, se advierte la escasez de contribuciones eminentemente doctrinales o históricas. Sólo cabe mencionar las aportaciones de Juan Antonio Carrillo, José Puentegido sobre la aportación del

Derecho internacional y las Relaciones Internacionales a la interpretación de nuestro pasado histórico, y Antonio Remiro Brotóns sobre globalización y crisis mundial. No hay aportaciones sobre las fuentes del ordenamiento internacional y europeo y sus sujetos salvo el trabajo de Antonio Martínez Puñal, y apenas se recogen un par de ellas sobre las competencias del Estado; nos referimos a los trabajos de José Antonio Yturriaga sobre la piratería en el Índico, y de Zlata Drmas sobre cursos de agua y acuíferos internacionales.

Concitan más interés los temas sobre aplicación del ordenamiento internacional, como lo prueban los trabajos de Romualdo Bermejo y Eugenia López-Jacoiste sobre el conflicto de Oriente Medio, María Teresa Comellas sobre el principio de jurisdicción universal, Antonio Fernández Tomás sobre la protección diplomática de sociedades y accionistas, Manuel Pérez González sobre la definición del terrorismo, y Eulalia W. Petit sobre la notificación consular y la comunicación con los nacionales. A veces, esos temas están relacionados con la parte especial de la disciplina, implicada en el desarrollo de regímenes internacionales de protección, como pasa con los derechos humanos. Son mayoría, en este sentido, el conjunto de trabajos dedicados en la obra precisamente a la promoción y protección de los derechos humanos. Sería el caso de las aportaciones de Alicia Chicharro, Juan Manuel Faramiñán, Carlos de Ory, Carlos Fernández de Casadavante, Pablo Antonio Fernández Sánchez, Daniel García San José, Carmen Márquez Carrasco, Lucía

Millán, José Antonio Pastor, María Teresa Ponte, Ana Salado, Eva Vázquez y Carlos Villán. Junto con las aportaciones dedicadas enteramente a la Unión Europea, que suman siete (nos referimos a las contribuciones de Marycruz Arcos, Francisco Contreras, José Antonio Corriente Córdoba, Cesáreo Gutiérrez Espada y Juan Jorge Piernas, Alberto Herrero, Jorge Pueyo y Michel Waelbroeck), constituyen el núcleo duro de la obra que se recensiona, ya que representan la mitad del total de contribuciones.

Todo apunta, como ya hemos observado en otros libros homenaje, a que la doctrina se inclina por alejarse de la parte general y por la especialización y el estudio de aspectos muy concretos y actuales de la práctica internacional, muchas veces anclados a los derechos humanos y cada vez más a los procesos de integración supranacional. Ahora bien, en esta obra el protagonismo de los temas relacionados con la promoción y protección de los derechos humanos y con la integración europea casa bien y es fiel reflejo de la inquietud y la labor científica desplegada por el homenajeado, que cultivó el estudio de ambas parcelas del saber durante buena parte de su carrera.

Sólo queda felicitar a todos los que han hecho posible este libro homenaje en prueba de afecto personal y reconocimiento profesional a Manuel Peláez Marón, además de recomendar su lectura. El tiempo transcurrido desde su publicación no impide hacerlo con aprovechamiento.

Carlos JIMÉNEZ PIERNAS
Universidad de Alcalá
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.04>

JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un Derecho internacional global*, Colección de Derecho transnacional (Alfonso Luis Calvo Caravaca-Javier Carrascosa, dirs.), Granada, Comares editorial, 2015, 296 pp.

El Prof. Francisco Jiménez García publica esta monografía en la editorial

Comares, en una edición bien cuidada de la colección de Derecho transnacional,

que dirigen los Prof. Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa. El autor nos ofrece el resultado de una de sus principales líneas de investigación sobre el blanqueo de capitales y la corrupción. Es una nueva aportación suya al estudio del Derecho internacional penal, en el que ya había entrado con buenas investigaciones sobre la mutilación genital femenina, el feminicidio, en relación con los crímenes de Ciudad Juárez, la lucha contra la impunidad, la ciberdelincuencia, la irretroactividad o la Corte penal internacional. Es un estudio relevante en una línea en la que el autor es ya un experto.

Realizar una recensión sobre un tema complejo como éste, sin ser un buen conocedor de la materia no es tarea sencilla, y puede conducir a realizar críticas fundamentadas sólo en vagas ideas lo que es una falta de seriedad, como sucede en ocasiones. Algo que no merece el autor ni la obra presentada. Es más prudente excederse en el halago que en la crítica. Pero intentaré evitar ambos extremos. Desde esta posición creo que se puede afirmar que es un trabajo serio y riguroso, sobre un tema importante, que constituye un avance en el conocimiento y una sistematización útil, a la luz de las modernas consideraciones sobre el Derecho internacional.

El *objeto* es de gran actualidad académica y social, y afecta no sólo a nuestro espacio geográfico sino al conjunto del planeta, y a los modelos de convivencia democráticos. Analizar la prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción supone abordar uno de los crímenes transnacionales que más han aumentado con la globalización. Además se trata de crímenes que han contribuido a poner en entredicho las bases de la democracia y del Estado de Derecho. Conductas en relación con las cuales aparecen en la sociedad del ciberespacio muchas preguntas sin respuesta. No está la Comunidad internacional pertrechada de instrumentos y de

normas jurídicas adecuadas para hacer frente a los mismos. No hay tan apenas trabajos sistematizadores y clarificadores de esta cuestión. Además la materia está en plena evolución por lo que su análisis no es sencillo, y se necesitan análisis que vislumbren los problemas, las carencias y las posibles soluciones internacionales.

La *estructura* de la monografía es adecuada para reflejar los elementos principales del objeto. Consta de tres capítulos. El primero, en el que se analiza la estructura socio-jurídica en la que opera la lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción, así como la reglamentación internacional en el marco de la gobernanza global. A mi juicio es el de mayor interés y calado doctrinal, precisamente por enmarcar las normas dentro de una evolución más general del Derecho internacional. Un segundo capítulo aborda los delitos de blanqueo de capitales y de corrupción en el marco internacional. Y, finalmente, un tercero en el que analiza los principios emergentes que van surgiendo de la práctica convencional e institucional.

Esta monografía nos sitúa ante los problemas del Derecho internacional del siglo xxi. Como se pone de relieve se están superando los clásicos esquemas de legitimidad, como consecuencia de la gobernanza global y liberal. Esto se observa en nuevos fenómenos como la mayor relevancia del *soft-law*, de los no sujetos y de los procedimientos políticos de control y no de sanción (*Soft enforcement*). La mayor importancia de los actores privados o de los códigos voluntarios. El predominio de la estabilidad de los mercados financieros sobre el interés general como la palanca del proceso de armonización universal. El poder, indica el autor, se está apoderando de los instrumentos y de los procedimientos normativos y extrajurídicos. Frente a ello el Prof. Jiménez apuesta por reforzar la dimensión constitucional del Derecho internacional, así como por un multilateralismo represen-

tativo que tienda a un cosmopolitismo mundial.

La Comunidad internacional ha avanzado en la tipificación y desarrollo progresivo desde los convenios de 2000 y 2003 sobre delincuencia organizada transnacional y corrupción, así como en relación con la lucha contra la financiación del terrorismo. Junto a los avances convencionales es destacable la creación de un entramado institucional de grupos, comités y organismos de control, entre los que destaca el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que, junto a otros muchos de carácter regional, a la oficina de naciones Unidas sobre drogas y delincuencia, a los comités contra el terrorismo del Consejo de Seguridad, a grupos de control y comités de expertos de los convenios y de organizaciones internacionales, y otras autoridades de supervisión (como la Autoridad europea de supervisión, la Autoridad bancaria europea, la autoridad europea de valor y mercados...) evidencian un fenómeno de proliferación de órganos de diversa naturaleza pero que, en su mayor parte, no son Organizaciones internacionales. Muchos de estos grupos, como el Grupo Egmont —que agrupa a 139 unidades de inteligencia financiera— son importantes instrumentos de cooperación internacional, de cooperación administrativa internacional entre los Estados.

Se trata pues de entidades de cooperación carentes de personalidad jurídica internacional, creadas por declaraciones

o instrumentos poco «constitucionales», de naturaleza informal y flexible, pero de gran relevancia real.

Estas redes institucionales encajan con las tendencias de la gobernanza global y del *global law*, que vienen a poner en entredicho los tradicionales estándares de legitimidad de estos procesos, que no están anclados claramente ni a los Estados ni a las Organizaciones internacionales. Por ello, el autor plantea que debería aplicarse un principio de protección equivalente que, si no se da en las organizaciones tradicionales menos aún se dará en estas estructuras. Otros problemas aparecen con la proliferación de normas de *soft law*, referentes a estándares, programas, principios, códigos de conducta, modelos, recomendaciones, directivas, buenas prácticas etc. Además, junto a ello se ha producido una modelización convencional (convenios modelo) flexible y no formal que se traduce en acuerdos marco y en acuerdos administrativos que son las vías de armonización internacional.

En definitiva, una obra de recomendable lectura que nos introduce en un ámbito original y relevante para la actual comunidad internacional, y lo hace teniendo en cuenta las tendencias recientes en la evolución del ordenamiento internacional. No cabe sino felicitar al Prof. Jiménez por esta obra y animar a los posibles lectores a su utilización.

Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA

Universidad Carlos III

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.05>

JUSTE RUIZ, J. y BOU FRANCH, V. (dirs.); SÁNCHEZ PATRÓN, J. M. (coord.), *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 575 pp.

La exploración y explotación de los recursos marinos, así como la protección y preservación de los mares y océanos constituye desde el punto de vista jurídico, una de las cuestiones que mayor interés ha despertado en la doctrina especia-

lizada en los últimos años. Precisamente para analizar esta materia y, en concreto, reflexionar sobre los desarrollos recientes del Derecho internacional en pro de una mayor y mejor gobernabilidad de los mares (especialmente del Mediterráneo),

los Profs. Juste Ruiz y Bou Franch organizaron en la *Universitat de València* el *Congreso Internacional sobre Derecho del Mar y Sostenibilidad Ambiental en el Mediterráneo* (octubre del 2012), cuyas aportaciones dieron lugar al libro que tengo el honor de recensionar. La obra dirigida por ambos profesores y coordinada por el Prof. Sánchez Padrón, se estructura en cinco partes, en las que se exponen las aportaciones de 28 especialistas de diferentes universidades europeas, dando como resultado un interesante y completo estudio holístico de la problemática relativa a la sostenibilidad ambiental del medio marino en el Mediterráneo.

Tras una sugerente introducción que nos sitúa rápidamente en la materia, los directores de la obra describen con rigor científico y base documental el estado de la cuestión, dando paso a una primera parte, bajo el título *Aspectos generales*, en el que se abordan interesantes cuestiones que nos ayudan a comprender los retos a los que se enfrenta el Derecho del mar en nuestros días. En ella encontramos aportaciones relativas a la problemática de la delimitación y régimen jurídico de los espacios marinos, así como a la protección del patrimonio subacuático y la seguridad en el mar. A estos temas dedican sus trabajos los Profs. Faramiñán Gilbert con sus *consideraciones jurídicas sobre la extensión de la plataforma continental* y de Pietri con sus reflexiones sobre *la zona contigua en el Mediterráneo*. Autor éste último que también aborda en su aportación otra de las materias objeto de estudio en esta primera parte, *la protección del patrimonio subacuático*. De ésta se ocupa la investigadora Pérez-Álvaro y el Embajador Yturriaga Barberán. Por último, *la gobernanza y la seguridad en el mar*, constituyen las otras cuestiones objeto de estudio en este bloque, desarrolladas por Díaz González en *El derecho del mar y los problemas de seguridad del sobrevuelo del estrecho de Gibraltar* y Evangelos Raftopoulos en *Sustainability Governance, Public Trust and the Con-*

ventional Protection of the Mediterranean Environment.

Bajo la rúbrica *Recursos marinos*, la segunda parte de la obra compila seis aportaciones vertebradas por un argumento común, *la pesca*. En ella encontramos interesantes reflexiones sobre diferentes aspectos que le afectan, como los relativos a *los acuerdos de acceso a recursos pesqueros*, *la pesca ilegal*, o la *cooperación y gestión de recursos pesqueros en la región*. El primero de ellos (el relativo a los acuerdos de acceso a la pesca) es analizado por el Prof. Teijo García, bajo el título *¿Deberían ser considerados los acuerdos de acceso a recursos pesqueros como subsidios prohibidos?* El segundo, *la pesca ilegal*, es objeto de examen por los Profs. Sobrino Heredia y M. Arenas Meza. Finalmente, de la cuestión relativa a *la gestión de los recursos pesqueros y la cooperación regional* se ocupan los Profs. G. Cataldi (refiriéndose fundamentalmente al Mediterráneo), Fernández Egea (que se adentra en la política de pesca común y su incidencia en la región) y Jorge Urbina (que, en este caso, centra su atención en las organizaciones regionales de ordenación pesquera y en la conservación de los recursos vivos marinos antárticos).

En la tercera y cuarta parte de la obra, bajo los títulos *Medio Ambiente Marino y Zonas marinas protegidas* se presentan interesantes estudios sobre la protección del medio ambiente, en su dimensión internacional y regional. A la dimensión internacional hacen referencia los Profs. Fernández Sánchez y Roberto Virzo, así como los investigadores Soria Rodríguez y Cosín Muñoz, en cuyos trabajos analizan las respuestas del Derecho internacional ante los desafíos del cambio climático, la acidificación de los océanos o la contaminación por actividades militares. Asimismo a la protección del medio ambiente regional se refieren los Profs. Lorenzo Schiano y Bou Franch en sus respectivos trabajos titulados respectivamente, *Offshore oil and gas operations*

in the Mediterranean sea y La lucha contra la contaminación marina resultante de fuentes y actividades de origen terrestre, especial referencia al Mediterráneo.

En este orden de ideas, especial interés son las reflexiones realizadas por el Prof. Scovazzi y el experto Rodríguez Lucas en la cuarta parte la obra, tituladas *Marine protected areas in the Mediterranean y OSPAR'S regulatory regime for establishing marine protected areas in áreas beyond national jurisdiction of the OSPAR maritime área*. En esta penúltima parte, además, hay lugar para el estudio de los nuevos desafíos de la *gestión integrada de las zonas costeras de la región*, como dan fe los trabajos de los Profs. Michel Prieur, Zamorano Wisnes y García Rico. La quinta y última parte, bajo el título *Gobernanza en el Mediterráneo*, está compuesta por cinco aportaciones. En ella se analiza la evolución del marco jurídico de protección del medio marino en el Mediterráneo desde el Convenio de Barcelona hasta nuestros días. Y se hace a través de los estudios de los Profs. Juste Ruiz (*El comité de cumplimiento del convenio de Barcelona para la protección del medio marino y de la zona costera del mar Mediterráneo*), Garciandía Garmendia (*La protección del mar Mediterráneo*

desde el convenio de Barcelona hasta la actualidad) y el experto Escobar Paredes (*Convenio de Barcelona, para la protección del Mediterráneo y su zona costera actuación del Ministerio de Agricultura*). Cuestión ésta que viene completada por los trabajos de las Profs. Díez Peralta y Delia Contreras, relativos a la *dimensión marítima de la política euromediterránea y a la estrategia 2020 de la UE en las regiones ultraperiféricas*.

Para finalizar, no podemos concluir esta recensión sin felicitar a los directores de la obra y a su coordinador por esta interesante y oportuna iniciativa de la que, sin duda, podremos beneficiarnos quienes queramos profundizar en el Derecho del mar y en el complejo marco jurídico de protección ambiental en el Mediterráneo. Felicitaciones también por haber sabido vertebrar de una forma pedagógica y coherente la heterogeneidad temática de las valiosas aportaciones realizadas por los expertos en esta materia. Sin duda alguna, se trata de una importante contribución, que está teniendo una muy buena acogida por la doctrina.

Víctor Luis GUTIÉRREZ CASTILLO

Universidad de Jaén

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.06>

MORÁN BLANCO, S., Seguridad energética y medio ambiente: dos caras de una misma moneda. Especial referencia a la Unión Europea, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 300 pp.

La Prof.^a Sagrario Morán Blanco aborda en esta monografía un tema de gran actualidad como es la seguridad energética, sobre todo para países dependientes como España. Asimismo el libro tiene interés académico, tanto desde el ángulo del Derecho como de las Relaciones Internacionales, si bien la autora se centra en este segundo enfoque. En esta monografía se refleja nuevamente la vocación académica de la profesora titular de la URJC, Sagrario Morán Blanco. Publicada por la prestigiosa editorial

Thomson Reuters Aranzadi, incluye una versión digital. La autora es una de las especialistas de relaciones internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos, del equipo que dirige el catedrático Cástor Díaz Barrado, que hace un excelente prólogo.

No cabe duda de que la energía en sentido amplio es uno de los factores que, fundamentalmente desde la crisis del petróleo de 1973, afectan a la dinámica de las relaciones internacionales. Ade-

más, este estudio enlaza con una de las preocupaciones tradicionales de la autora: la *seguridad nacional*. La Dra. Morán ha impulsado múltiples congresos internacionales, seminarios y proyectos de investigación en colaboración con el Instituto español de estudios estratégicos, en los que es reconocida como una colaboradora de primera. Ha publicado, entre otras muchas aportaciones, una obra sobre terrorismo en España, aspecto clave de la seguridad nacional española.

Pero otro de los elementos centrales de cualquier estrategia de seguridad nacional, particularmente en España, son los recursos energéticos, pues no hay que olvidar que constituyen uno de los pilares básicos del desarrollo económico y social. De ahí que la Comunidad internacional crease en 1974, justo después de la crisis del petróleo, la Agencia internacional de la energía.

Este libro aborda, con soltura y distinción, la seguridad energética, elemento clave de la seguridad nacional. La seguridad, en tanto que concepto complejo, tiene muchas dimensiones, que la autora apunta. Esa amplitud de miras lleva a que el *objeto del trabajo sea doble*, cual Dios Jano, con dos caras de la misma moneda (seguridad energética y medio ambiente). Cual dos gemelos, forman parte de la misma sustancia, pero con enormes diferencias de sentido.

El trabajo tiene una estructura adecuada al objeto. Dividido en siete capítulos, en los que analiza las dimensiones de la seguridad energética, los principales productores y consumidores, la dependencia energética de la Unión Europea y de sus políticas, las energías alternativas a los hidrocarburos fósiles así como la seguridad ambiental. Se trata, pues, de un análisis amplio de las dimensiones del objeto, pero focalizado a la seguridad energética y al medioambiente. Es de alabar ese esfuerzo de comprensión global del problema, que se refleja en una presentación amplia y global del trabajo,

que pone de relieve los principales elementos, datos y problemas.

Se presta una especial atención a la noción y significado de la *seguridad energética*, tanto en cuanto a los abastecimientos o suministros, como a las vías de tránsito e instalaciones. Se analiza la vulnerabilidad energética o los conflictos bélicos producidos por los recursos energéticos —algunos muy recientes como la crisis ruso-ucraniana—. Este planteamiento general también aborda los principales riesgos para la seguridad energética (estabilidad política, violencia político-social, diversidad y desigualdad social y la política de mercado), el uso de la energía como arma política —por países como Rusia— o las medidas para fortalecer la seguridad energética.

El capítulo 2 clarifica la situación de productores (exportadores y proveedores de energía), de manera minuciosa. Se aborda el mercado del petróleo incluido el gas de esquisto, que ha cambiado mediante el *fracking* la situación en reservas y capacidad de producción. Del mismo modo el gas o el carbón y los nuevos escenarios con el incremento de la producción en África. De otro lado se analiza la situación de los grandes consumidores, con especial referencia a China y otros países asiáticos. Pero es la Unión Europea, en el capítulo 3, donde se profundiza de manera mas relevante en la dependencia energética de los diferentes países, con especial referencia a España, así como las relaciones con los proveedores energéticos, en particular con Rusia. Asimismo analiza la cuestión de los oleoductos, gasoductos, de tanta relevancia geopolítica y para las relaciones internacionales de la Unión Europea. En el capítulo 4 aborda la política energética de la Unión Europea desde sus inicios hasta la actualidad, en el Tratado de Lisboa, con tantas limitaciones. Es otro de los déficits de la integración europea, a mi juicio.

De gran interés resulta el capítulo 5, en el que se analizan las energías alterna-

tivas a los hidrocarburos fósiles (como la energía nuclear, las energías renovables y su relevancia para la seguridad energética). Los dos últimos capítulos se dedican a la seguridad ambiental, en el contexto del cambio climático, noción compleja que es objeto de atención, como lo son los efectos del calentamiento global, tanto naturales como políticos. El último capítulo se dedica al análisis de las principales fuentes de energía causantes del efecto invernadero así como de la acción internacional, político-institucional y jurídica en materia de cambio climático, muy señaladamente el protocolo de Kyoto.

to, así como la labor de Organizaciones internacionales como la Unión Europea.

En definitiva el trabajo está cuidado, bien escrito y no es alambicado, lo que es de agradecer. Se trata de una obra de recomendable lectura para los interesados en la seguridad energética y el medio ambiente, analizados en perspectiva global y actual, que abre nuevas vías de investigación en un tema tan complejo e interesante.

Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA

Universidad Carlos III de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.07>

MOVILLA PATEIRO, L., *El Derecho internacional del agua. Los acuíferos transfronterizos*, Barcelona, JMB-Bosch Editor, 2014, 504 pp.

La obra de la Prof.^a Movilla Pateiro, que es objeto de este comentario, deriva de su investigación doctoral, concluida en 2014. Refleja la conciencia que los juristas hemos ido adquiriendo, tal vez tardíamente, de la importancia del agua dulce para el funcionamiento del planeta y para la supervivencia de la vida sobre él.

Está en vigor, desde 1996, en el ámbito europeo, el *Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales*, hecho en Helsinki el 17 de marzo de 1992. Y el 17 de agosto del 2014 entró en vigor la *Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación*; cuyo texto se adoptó el 21 de mayo de 1997 (Resolución 51/229 de la Asamblea General), aunque, por sus características de convenio marco y de resultado de un proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, su impacto ha sido visible en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia o en la práctica internacional mucho antes y basta comprobarlo en la que afecta a los cursos de agua compartidos entre España

y Portugal. Por otra parte, en 2008, la Comisión de Derecho Internacional adoptó el *Proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos* (Anexo a la Resolución 63/124, de 11 de diciembre de 2008, de la Asamblea General), cuya posible concreción normativa es objeto de debate tanto científico como político. Finalmente, en la actualidad existen cerca de 300 cuencas transfronterizas, cerca de 600 acuíferos transfronterizos y más de 300 acuerdos internacionales relativos a recursos hídricos compartidos en todos los continentes. Todos esos datos y muchos otros que aporta la autora avalan la actualidad y el interés de investigar en este ámbito.

La monografía de la Prof.^a Movilla Pateiro se estructura en dos partes, cada una de ellas abierta con una introducción, que responden a lógicas distintas lo que, en mi opinión, es un acierto. En la primera que lleva como título «Del Derecho de los cursos de agua internacionales al Derecho internacional del agua», se presenta la evolución general del Derecho internacional en la materia, organizada en tres capítulos dedicados, específicamente al Derecho de los cursos de agua internacionales (I), al Derecho

internacional del agua (II) y al régimen jurídico de los acuíferos transfronterizos (III). En la segunda, titulada «Soberanía, cooperación e internacionalización sobre los recursos hídricos compartidos», se profundiza en la tensión entre soberanía y cooperación que tradicionalmente ha condicionado la caracterización jurídica de los recursos hídricos compartidos y la práctica internacional de su gestión. Esta parte se desarrolla, a su vez, en otros tres capítulos, que se ocupan de la soberanía sobre los recursos hídricos compartidos (IV), las tendencias internacionalizadoras sobre dichos recursos (V) y, finalmente, la cooperación sobre los recursos hídricos compartidos (VI). Pero entremos en detalles.

Como se ha indicado, la primera parte del libro busca argumentar que se ha producido una transición en el enfoque jurídico del tratamiento del agua dulce en un contexto transfronterizo. En su introducción, sin embargo, no se desarrolla tanto este aspecto sino que se utiliza prioritariamente para introducir, de manera eficaz, la problemática de las aguas subterráneas contenidas en acuíferos transfronterizos, como «tesoro oculto» o gran recurso «olvidado» por el Derecho internacional.

El capítulo primero repasa la evolución del Derecho de los cursos de agua internacionales, poniendo el acento en los aspectos más conflictivos y analizando el alcance de las disposiciones de la Convención de 1997; y lo hace con una enorme claridad y una meritoria capacidad de síntesis, justificada por el carácter instrumental de este capítulo.

La configuración de un Derecho internacional del agua es el objeto del capítulo segundo. La afirmación de su existencia se basa en la constatación del tratamiento, aunque distinto, que se da al agua en diversos sectores del Derecho internacional sectorial: como bien objeto de protección en el Derecho ambiental y también, de manera creciente, en el De-

recho de los cursos de agua internacionales, así como, de manera más indirecta, en el Derecho internacional humanitario, como objeto de un derecho al agua y al saneamiento, en la esfera de los derechos humanos y como mercancía, en el Derecho internacional económico. En él se desarrolla un recorrido exhaustivo por la práctica convencional, la jurisprudencia internacional y otros documentos jurídicamente relevantes que demuestra el excelente conocimiento del tema que la autora ha adquirido. De particular interés y actualidad es el apartado dedicado al agua y el Derecho internacional económico, en que se aborda el agua como mercancía, como servicio y objeto de inversión, poniendo de relieve las potenciales contradicciones entre la regulación comercial del agua embotellada, los procesos de privatización de la gestión y abastecimiento de agua, la aplicación de los acuerdos bilaterales de protección de inversiones, frente al derecho al acceso al agua potable como derecho de todas las personas. La autora llama la atención en especial sobre la ausencia de regulación internacional del comercio de la denominada agua virtual, el agua necesaria para la obtención de un producto. En un contexto de demanda creciente de recursos naturales para una economía que no va por el camino de desmaterializarse, el consumo enorme de agua en la agricultura, asociada directamente al fenómeno del *land grabbing*, en las replantaciones forestales para la industria, en la producción de agrocombustibles, o en las industrias extractivas, puede hacerse incompatible con el derecho de acceso al agua potable. El propio Papa Francisco, por cierto, ha advertido que el control del agua por grandes empresas mundiales puede convertirse en una de las principales fuentes de conflictos de este siglo, en su reciente Encíclica *Laudate Si'*, de mayo de este año (párr. 31).

El capítulo tercero se centra en la regulación de los acuíferos transfronterizos que la autora califica de inci-

piente. Es un capítulo excelente donde son revisados de manera exhaustiva los textos pertinentes, tanto los aportados desde la doctrina, como los derivados de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional —naturalmente con especial atención al Proyecto de Artículos de 2008— como los textos de la práctica convencional, en el plano regional o la referida a aguas subterráneas o, todavía muy escasa, a acuíferos concretos. La Prof.^a Movilla analiza con detenimiento las disposiciones del Proyecto de Artículos y señala como defectos principales el hecho de que no incluye a todos los acuíferos con implicaciones transfronterizas, al separar del concepto de acuífero las zonas de recarga y descarga y el insuficiente tratamiento de los acuíferos no recargables o fósiles. Apunta también las dificultades para que el texto se convierta en un tratado internacional y, en caso de que así fuera, los problemas de compatibilidad con la Convención de 1997 sobre cursos de agua internacionales, derivados entre otros aspectos de la utilización de conceptos distintos (aguas subterráneas y acuíferos) y a la introducción en el texto de 2008 del principio de soberanía del Estado sobre la parte de los acuíferos situada en su territorio. La autora propone, aun asumiendo las dificultades, articular el texto de 2008 como un Protocolo adicional a la Convención de 1997. La ausencia de una práctica significativa y las características específicas de las aguas subterráneas no permite extender el carácter consuetudinario que probablemente posean algunas normas relativas a las aguas superficiales, por lo que la autora califica como emergentes a la mayor parte de las normas contenidas en el Proyecto de Artículos de 2008, salvo la que establece la obligación del intercambio regular de datos e información, que sí considera consolidada.

La segunda parte del libro se dedica a abordar la tensión entre la presión de la soberanía del Estado sobre su territorio y recursos y la interdependencia que ca-

racteriza a los recursos hídricos compartidos. En el capítulo cuarto se revisan los distintos planteamientos teóricos que se han ido superponiendo, incluido el impacto de la más reciente noción de seguridad hídrica, y su plasmación en los textos jurídicos relevantes y, en particular, la formulación del principio de soberanía en el art. 3 del Proyecto de Artículos de la CDI de 2008; y se concluye que el concepto de soberanía, como sucediera en la Convención de 1997, estaría también sometido al juego de los principios de utilización equitativa y razonable, prohibición de causar daños por encima de un cierto umbral y cooperación entre los Estados interesados, aunque la práctica escasa no permitiría, según la prudente posición de la autora, afirmar su carácter consuetudinaria en relación con las aguas subterráneas.

En el capítulo quinto se abordan lo que la Prof.^a Movilla califica de «tendencias internacionalizadoras» sobre los recursos hídricos compartidos. Se refiere a los argumentos a favor de la consideración del agua como bien común global, como patrimonio de la humanidad, como interés común de la humanidad o incluso como recurso vital; a la presencia de actores no estatales en los procesos de gestión del agua (organizaciones internacionales, instituciones híbridas público-privadas, empresas transnacionales y organizaciones de la sociedad civil); y a la leve presencia de aquellos conceptos en la esfera de los acuíferos transfronterizos.

Finalmente el capítulo sexto se centra en el binomio conflicto-cooperación en el caso de los recursos hídricos compartidos analizando primero el alcance creciente de la obligación de cooperación, para pasar a tratar los conflictos, suscitados y potenciales, en torno al aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos así como los instrumentos disponibles para resolver las controversias, para desarrollar de manera amplia los marcos de cooperación en los planos

internacional, regional (CEPE, SADC, UE) e interestatal en la gestión de dichos recursos, así como de los acuíferos transfronterizos (Acuífero Franco-Suizo de Ginebra, Sistema Acuífero de Piedra Arenisca de Nubia, Sistema Acuífero del Noroeste del Sahara, Sistema Acuífero Iullemeden y Sistema Acuífero Guaraní).

La obra se cierra con unas consideraciones finales en las que la Prof.^a Movilla Pateiro resume las principales ideas expresadas a lo largo de sus cerca de 500 páginas. Se trata en fin de un trabajo riguroso, meticuloso, razonado y completo donde aparecen todos y cada uno de los múltiples y diversos aspectos que

suscita la regulación internacional de los recursos hídricos compartidos. Es un libro absolutamente recomendable a quienes deseen adentrarse en un área temática de tanta trascendencia presente y futura para la vida y los derechos de las personas que evidencia, una vez más, la excelente tarea investigadora que se desarrolla en distintas Universidades bajo el cobijo del Instituto Universitario de Estudios Europeos «Salvador de Madariaga» de la *Universidade da Coruña*.

Antoni PIGRAU SOLÉ

Universitat Rovira i Virgili

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.08>

MOYA ESCUDERO, M. (dir.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 285 pp.

Esta obra realizada de forma colectiva se enmarca en el Proyecto de Investigación de Excelencia de la Junta de Andalucía (SEJ-4738) denominado «Análisis transversal de la integración de mujeres y menores nacionales de Terceros Estados en la sociedad andaluza. Problemas en el ámbito familiar» y su finalidad es analizar y profundizar en algunas situaciones a las que, en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones, se enfrentan aquellas familias que se encuentran en España y cuyos miembros son todos, o algunos de ellos, nacionales marroquíes. El libro está dirigido por la Prof.^a Mercedes Moya Escudero, la cual sin duda ha realizado un excelente trabajo en la dirección y coordinación del Proyecto de Excelencia.

El tema objeto de estudio constituye un gran acierto, el análisis de estas cuestiones cumple con el objetivo que los autores se proponen al abordar tales aspectos, procediendo además a un riguroso estudio de Derecho comparado y a un análisis crítico de la regulación que se lleva a cabo desde el Derecho internacional privado, tratando con ello de encontrar soluciones eficientes. El establecimiento

de un marco jurídico transnacional para la reglamentación de las relaciones familiares y sucesorias se realiza en esta obra desde la coordinación entre la teoría y la práctica, las cuales han de ir de la mano para alcanzar este objetivo. Se abordan en primer lugar las cuestiones relativas a la ley aplicable al estatuto personal, a las diversas relaciones familiares (reagrupación familiar, celebración del matrimonio, relaciones paterno-filiales, la *kafala*, obligación alimenticia) para concluir con las sucesiones.

El estatuto personal lo aborda el Prof. Andrés Rodríguez Benot, las propuestas del autor para acercar la regulación de esta materia entre los países musulmanes y los europeos se basan en varias premisas: conseguir el respeto a la igualdad de todos, evitar soluciones unilaterales, dando paso a la cooperación internacional y apertura en relación con la realidad de los países magrebíes.

La Prof.^a Mercedes Soto Moya se centra en la reagrupación familiar en España, por español o por ciudadano de un tercer Estado, del cónyuge o pareja de hecho marroquíes, realizando especial

hincapié en la dificultad que entraña dicho procedimiento a la luz del sistema general español de extranjería. Debido a lo tortuoso de dicho procedimiento, en ocasiones los cónyuges o parejas de hecho acaban entrando en territorio español con un visado de estancia y, cuando éste caduca permanecen en nuestro país en situación irregular hasta que se dan las circunstancias necesarias para solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razón de arraigo.

La forma de celebración del matrimonio por ciudadanos marroquíes es analizada por la Prof.^a Irene Blázquez Rodríguez desde un punto de vista eminentemente práctico exponiendo las principales dificultades que se detectan en el ordenamiento jurídico español en relación con la misma cuando uno o ambos contrayentes son ciudadanos marroquíes. Desde esta óptica pone de relieve la necesidad de crear puentes para un reconocimiento de la institución matrimonial tal y como se consagra en uno y otro país ya que, a pesar de sus diferencias, las diferentes formas están llamadas a convivir. La filiación y los «efectos maliciosos» de la paternidad legítima marroquí en España son examinados por la Prof.^a Carmen Ruiz Sutil, la cual pone de relieve la diferencia existente entre ambos sistemas, ya que, mientras para el sistema español la filiación se fundamenta en el *favor filii*, en el sistema marroquí ésta tiene su base sobre el *favor legitimatis*. A partir de estas divergencias realiza un análisis minucioso de los efectos que la filiación hispano-marroquí lleva aparejados cuando la acción de filiación se plantea ante los tribunales españoles o cuando la misma se esgrime ante los tribunales de Marruecos, poniendo de relieve las soluciones contradictorias a las que llegan uno y otro. Para dar solución a estos desajustes la autora propone un cambio en el sistema marroquí para la filiación que acoja una regulación conflictual, en lugar de legeforista.

La Prof.^a Nuria Marchal Escalona realiza un estudio de los problemas actuales del reconocimiento de la *Kafala* marroquí ante las autoridades españolas. Al ser una institución desconocida para el Derecho español, las autoridades españolas no han adoptado una postura unívoca respecto de los efectos que la *kafala* ha de desplegar en España, sino que, los posicionamientos han sido diversos dependiendo del ámbito en el que la misma ha de desplegar sus efectos jurídicos (ámbito de la extranjería, registral, asimilándola a instituciones tales como el acogimiento o la tutela). La equivalencia de instituciones del Derecho marroquí y del Derecho español (*kafala*=acogimiento o tutela), debe predicarse en tanto en cuanto se dirija a la consecución del *favor minoris*. La modificación en España de resoluciones marroquíes sobre alimentos la estudia el Prof. Ricardo Rueda Valdivia, poniendo en relación los diferentes instrumentos internacionales que actualmente se encuentran en vigor. Existen importantes paralelismos entre ambos sistemas, así, el juez español ante el que se solicite la modificación de una resolución judicial marroquí sobre alimentos ha de verificar que se dan las condiciones de modificabilidad de la misma, procediendo a su reconocimiento, para lo cual aplicará el Convenio entre España y Marruecos. La ley rectora de la modificación, se regirá por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007. Concluye con la importancia que reviste la ratificación por parte de España y de Marruecos del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos.

La Prof.^a Ángeles Lara Aguado analiza las relaciones sucesorias hispano-marroquíes y los efectos que sobre las mismas tendrá la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. A tal efecto pone de manifiesto los cambios significativos que este Reglamento introduce en el sistema español de Derecho internacional privado sucesorio, en particular en lo

referente a la ley aplicable. No obstante, esta nueva regulación no supondrá una alteración sustancial en la regulación de las relaciones sucesorias hispano-marroquíes.

Una vez analizados los temas objeto de estudio que se contienen en este libro, podemos concluir afirmando que los mismos resultan de suma utilidad, ya que ponen de manifiesto las diversas cuestiones más relevantes y más controvertidas que existen en la actualidad

en las relaciones hispano-marroquíes referentes al Derecho de familia y a las sucesiones, ofreciendo soluciones reales y eficaces para dar continuidad a las relaciones creadas al amparo de cualquiera de los ordenamientos jurídicos en presencia como objetivo fundamental del Derecho internacional privado.

M.^a Dolores ADAM MUÑOZ

Universidad de Córdoba

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.09>

PASTOR PALOMAR, A. (ed.), *Fuentes de energía y Derecho internacional. Conflictos, principios, sanciones y seguridad*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Comité Provincial de Soria de Cruz Roja Española, 2014, 185 pp.

Si existe una temática vinculada al Derecho internacional público sobre la que todos los especialistas coinciden respecto a su relevancia para comprender el complejo contexto geopolítico de nuestros días, esa es precisamente la cuestión energética, con las múltiples ramificaciones que de la misma se derivan. Y ésta es la cuestión crucial sobre la que versa la obra colectiva que paso a comentar. La misma plasma por escrito —con sus adaptaciones y actualizaciones de las que debo destacar el esfuerzo que los autores han realizado para su puesta al día— las que constituyeron un brillante ciclo de conferencias desarrollado en los que han venido a ser un emblema para el verano y nuestra disciplina: los Coloquios auspiciados por el Comité Provincial de Soria de Cruz Roja Española, bajo la batuta del Prof. Pastor Ridruejo, ya en su XVIII edición. Dichos Coloquios han permitido formar a buen número de internacionalistas, constituyendo sin duda una tradición, que desde estas líneas animamos a continuar.

Constituye una magnífica noticia que dicha edición del Coloquio de Soria, desarrollada en 2013, haya podido plasmarse en esta obra colectiva en la

que consagrados especialistas ofrecen luz acerca de cómo abordar uno de los grandes retos del siglo xxi: el dilema de la «cuestión energética» en el ámbito internacional. Una incógnita a la que los Estados, las Organizaciones Internacionales de todo tipo e inclusive el ámbito empresarial han de hacer frente. Y que no solamente conforma un escenario de incertidumbre para los actores internacionales sino que, además, puede llegar a constituir un riesgo para la seguridad estatal. Así lo puso de relieve, sin ir más lejos, la Estrategia de Seguridad Española de 2013, conforme a la cual la denominada «vulnerabilidad energética» constituye uno de los riesgos y amenazas para la seguridad nacional. De ahí la actualidad de la temática abordada en este estudio, no solamente para los especialistas, sino para el público en general.

Se trata de un acercamiento desde, al menos, una triple vertiente, tantas como Partes componen la obra, coincidentes con el subtítulo de la misma: principios, sanciones y seguridad. El marco de este trípode lo conforman los conflictos más actuales de la escena internacional. El eje fundamental sobre el que giran sus casi doscientas páginas, desprendido de

su título, del Prólogo con el que el Prof. Pastor Palomar las presenta, así como de su contenido, es la seguridad energética, así como diversas variables e interrogantes que conforman este concepto multidimensional.

Una comprensión de este dilema no resultaría completa si no se sientan previamente las bases que el Derecho internacional público —y de manera particular el Derecho internacional humanitario— plantea, con el objetivo de analizar con posterioridad la práctica específica en la materia. La Primera Parte de la obra tiene en mente este objetivo, de la mano de dos consagrados especialistas en la temática. Así, sus cimientos conformadores son abordados en el capítulo inicial por el Prof. Pastor Ridruejo, que ofrece el marco ideal para comprender numerosos interrogantes: la necesaria distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil, el tratamiento de las fuentes de energía que se desprende de los principales instrumentos conformadores del Derecho internacional humanitario, así como el necesario análisis de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en temas conexos (bombardeos de plataformas petrolíferas o el papel del arma nuclear). Todos estos aspectos sin duda alguna permiten entrever lo que constituye un dato objetivo: el Derecho internacional —y el Derecho internacional humanitario, así como el *ius ad bellum*— no pueden desentenderse de la temática concerniente a las fuentes de energía, sino que se trata de aspectos cada vez más imbricados, como las páginas siguientes de esta obra colectiva dejan entrever.

Igualmente dentro del ámbito conformador de los principios de esta Primera Parte, el capítulo segundo corre a cargo de José Luis Rodríguez-Villasante, cuya vinculación con la Cruz Roja y su labor le permiten, desde una atalaya privilegiada, abordar una temática específica pero esencial para el tema que nos ocupa: el suministro por mar de

productos petrolíferos a los beligerantes, así como la noción de guerra marítima y la evolución experimentada por este concepto a lo largo de todo el siglo xx. La indeterminación de estas figuras, así como las respuestas que se pretenden ofrecer desde diferentes ángulos normativos y doctrinales, ofrecen al lector un prisma completo para adentrarse en la práctica internacional más reciente: las sanciones.

Sin duda alguna, la que constituye parte central de esta obra colectiva —la más extensa, de cien páginas— es la dedicada al estudio pormenorizado del régimen internacional de sanciones; nos adentramos así en la Segunda Parte, subdividida en tres capítulos que siguen una lógica clara, permitiendo al lector acercarse al régimen de sanciones internacionales desde un punto de vista triple, que convergen de manera particular —si bien no única— en casos fundamentales para comprender el suministro de petróleo y gas, especialmente. La imposición de sanciones frente a Irak, Irán y Libia, entre otros, resultan ineludibles para abordar el dilema de la seguridad energética en la actualidad.

La visión global en lo referente a las sanciones —del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas— viene de la mano de la Prof.^a Elena del Mar García Rico que, en el Capítulo III ofrece una visión enormemente clarificadora unida a un análisis profuso de la práctica del Consejo de Seguridad en las últimas décadas, con particular énfasis en todo lo concerniente al petróleo y al gas, como materias primas esenciales. Y por supuesto, la disyuntiva entre las sanciones planteadas frente a un Estado y el conjunto de su población a la puesta en práctica de las denominadas *smart sanctions*, con los problemas diversos que de su aplicación se han derivado (los destinatarios de las sanciones, su ámbito de aplicación temporal, así como su objeto). Sin duda alguna, los cambios experimentados en el escenario internacional de las

últimas décadas han motivado esta estrategia del Consejo de Seguridad, que la autora pone de relieve, mediante una presentación enormemente original y documentada de las actuaciones en este sector, con sus luces y sombras, llevadas a cabo por este órgano principal de Naciones Unidas.

El análisis planteado previamente por la Prof.^a García Rico resulta esencial para adentrarnos en el Capítulo IV, que, con Irán como telón de fondo, analiza las sanciones o medidas restrictivas de la Unión Europea respecto de este Estado. De esta forma, el Prof. Pastor Palomar, a cargo de quien corre el tratamiento de esta temática específica, aborda la correlación necesaria entre las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, su plasmación en el escenario de la Unión Europea y los pronunciamientos judiciales recientes del Tribunal de Justicia que, sin duda alguna, han marcado un antes y un después en nuestra disciplina. Los casos *Kadi I y II*, *Mahmoudian* o *Fulmen*, entre otros, constituyen ejemplos estudiados con profusión a lo largo de este capítulo, dadas sus implicaciones prácticas. La cuestión iraní, con el eje de atención en el programa nuclear, las medidas vinculadas al petróleo y al gas, a lo que se suma la situación de los derechos humanos, son aspectos relevantes para comprender globalmente el régimen de sanciones impuesto a este país, así como la evolución experimentada tras el cambio de Gobierno acaecido en el mismo.

El Capítulo V, de la mano de Rafael Bernar, Subdirector General de Relaciones Internacionales de REPSOL, cierra el círculo respecto a lo concerniente a Irán y Libia, explicando en su trabajo la manera en que las sanciones son aplicadas y su impacto en la labor desarrollada por esta empresa. Ofrece así un punto de vista de enorme interés que permite complementar perfectamente las dos

contribuciones anteriores de esta misma obra centradas en el régimen de sanciones internacionales vinculadas con la energía.

La tercera y última Parte de esta obra colectiva, se refiere, como no podía ser de otra forma, a la seguridad energética y al carácter multidimensional que la misma adquiere en la actualidad. En su contribución, la Prof.^a Elena Conde Pérez, estudia con detenimiento las diversas variables de este concepto, junto con la exposición de la práctica desde un doble ángulo: la energía vista como factor de conflicto (con el petróleo y el gas como elementos ineludibles de la geoestrategia mundial —y particularmente en el escenario de la Unión Europea—); a ello se suma la energía como medio de cooperación, unida a un análisis muy completo de la seguridad energética europea y los retos que la misma plantea (con Rusia como telón de fondo). La búsqueda necesaria de alternativas y nuevos escenarios (como el Ártico), cierran la obra, ofreciendo así un broche magistral a la misma.

Qué duda cabe que, el desequilibrio del mundo, del que hace años nos hablaba Amin Maalouf, así como la inestabilidad que estas primeras décadas del siglo XXI han traído consigo no pueden comprenderse sin realizar un acercamiento a las cuestiones que esta obra desarrolla: las sanciones internacionales, impuestas desde diferentes ámbitos a Estados considerados «díscolos» del sistema, junto con la dependencia energética y la inseguridad que ello genera para nuestra supervivencia futura. Por ello, resulta clave la lectura de esta obra de reciente aparición, que constituye un acierto, para ayudarnos a atisbar uno de los retos de la compleja realidad internacional de nuestro tiempo.

María Isabel TORRES CAZORLA

Universidad de Málaga

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.10>

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, 429 pp.

1. La gestación del Reglamento 650/2012 ha supuesto una ocasión inmejorable para que la doctrina española preste atención a una parcela del tráfico privado externo, las sucesiones por causa de muerte, que tradicionalmente había desatendido. Fruto de este interés por el tema, en los últimos años han ido apareciendo en nuestra literatura científica numerosos artículos sobre cuestiones de actualidad del Derecho sucesorio internacional, así como un selecto puñado de monografías al que ahora se incorpora, en un lugar preeminente, la que motiva la presente recensión.

2. Ante todo, debemos felicitarnos por la publicación de una obra tan sólida sobre un tema tan difícil. Si, no hace mucho, afirmaba el Prof. S. Álvarez González [«La ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento 650/2012: algunos temas seleccionados», en CALVO VIDAL, I. A. (coord.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, p. 45] que «el Derecho de sucesiones es complejo [y] el DIPr de sucesiones [...] muy complejo», nosotros añadiríamos que el Derecho material de los pactos sucesorios es enormemente complejo y el DIPr de los mismos extraordinariamente complejo. En efecto, si en el plano sustantivo los pactos sucesorios complican todo el fenómeno sucesorio, qué no ocurrirá cuando, por contener algún elemento de extranjería, se proyectan internacionalmente poniéndose en contacto con sistemas materiales y conflictuales que pueden tratarlos de forma bien dispar. Por el sólo hecho de haber acometido un estudio de esta dificultad, la autora ya es merecedora del mayor de los elogios.

3. Pero es que, además, estamos ante un trabajo excelente, compuesto por cuatro capítulos que, habida cuenta del

espacio de que disponemos, procedemos a describir sucintamente. El primero de ellos se dedica a delimitar el perímetro material al que circunscribir el posterior análisis conflictual, comenzando por la noción de pacto sucesorio —¿por qué no hacer en ella una breve alusión, siquiera en nota, a los testamentos mancomunados (recíprocos) cuya suerte el Reglamento hermana a la de los pactos?—; continuando por las clases —adviértase como la tradicional división civilista entre pactos de institución, de renuncia y sobre la herencia de tercero (éstos, en buena lógica, excluidos del estudio, p. 26)cede protagonismo en DIPr a la clasificación que los separa según afecten a la sucesión de una o de más personas—; prosiguiendo por la controvertida naturaleza de los pactos y por los intereses que concurren en su otorgamiento —apartado, éste, sumamente instructivo (pp. 36-48)—; y acabando por su trayectoria histórica —origen, evolución y situación actual—.

4. El capítulo II pasa revista a las soluciones que, en cuanto a la ley aplicable a los pactos sucesorios, ofrece el Derecho conflictual comparado, poniendo de manifiesto la importancia que, en su establecimiento, tiene la concepción —contractual o sucesoria— de tales pactos, admisible por la naturaleza híbrida de los mismos (pp. 34-35). El panorama existente se puede explicar combinando la previsión —o imprevisión— normativa con la calificación de las pretensiones que derivan de ellos como propias de los contratos o de las sucesiones y, en este último caso, en función de si se está ante un sistema sucesorio de unidad o de fraccionamiento. La clave de las soluciones adoptadas se encuentra en una correcta articulación de los intereses contractuales y sucesorios en juego y en la constatación de que, para adaptarse a los rasgos particulares de la sucesión paccionada,

la respuesta más frecuente —la aplicación de la ley sucesoria— precisa de un nuevo anclaje temporal en el que el momento de otorgamiento del pacto resulta determinante. En este contexto, cabe hablar del recurso al *Errichtungsstatut*; esto es, a la ley sucesoria hipotética o ley sucesoria anticipada (p. 152).

5. En la segunda parte del trabajo (capítulos III y IV), se pormenorizan las mejores opciones para regular los pactos sucesorios en DIPr, separando la solución subjetiva, fundada en la autonomía de la voluntad, de la objetiva, operativa en ausencia de designación de ley. En el capítulo III, tras hacerse un exhaustivo repaso de la noción de autonomía conflictual, de su desarrollo y justificación y de las características que tiene en el ámbito sucesorio (pp. 181-211), se explica la intrincada malla de relaciones existentes entre los arts. 22 y 25 del Reglamento (en especial, pp. 235-281). Incluso para alguien al que el tema no le venga de nuevo, las interacciones entre la designación de la ley sucesoria y la elección de la ley rectora del pacto son de una complejidad abrumadora, y el mérito de la autora es ponerlas de relieve, sistematizarlas y hacerlas comprensibles recurriendo, para ello, a indispensables ejemplos ilustrativos (por cierto, a la vista de su abundancia, ¿no hubiera sido preferible ubicarlos a pie de página al objeto de no restar fluidez al discurso expositivo?). Siendo innumerables los aspectos de detalle dignos de comentario, nos quedamos con uno: la imposibilidad de que los apátridas escojan la ley sucesoria, que la autora infiere de la inaplicabilidad a esta cuestión de las normas autónomas o convencionales vigentes (pp. 225-227). Aun compartiendo esta segunda apreciación, pensamos que, antes de privar a las personas carentes de nacionalidad de la facultad de designar la *lex successionis*, deberían explorarse —siempre respetando la filosofía del Reglamento— otras posibles soluciones menos restrictivas para ellos, como la de permitirles acogerse a

la legislación de su residencia habitual al tiempo de la elección (A. Dutta, «Art. 22 EuErbVO», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 10, *Internationales Privatrecht I*, Múnich, 6.^a ed., Beck, 2015, núm. 5, p. 1529); o, teniendo en cuenta las causas —políticas o técnico-jurídicas— que suelen dar lugar a la apátridía, aceptar una opción en favor de la ley de la última nacionalidad poseída.

6. El capítulo IV es el colofón del estudio, porque está consagrado a las soluciones conflictuales que, en defecto de elección de ley, deben gobernar los pactos sucesorios, dedicando una especial atención al Reglamento cuyas disposiciones se contrastan con las de otros sistemas vigentes en Derecho comparado, así como con las previstas en el Convenio de La Haya de 1989 y en la Propuesta de 2009. En síntesis, la regulación europea distingue entre la admisibilidad, la validez material y los efectos de los pactos, cuestiones que trata diferentemente según estemos ante la sucesión de una o de más personas. En el primer supuesto, los tres aspectos se sujetan a la ley sucesoria hipotética; en el segundo y en contraste con lo dispuesto en la Propuesta, la admisibilidad del pacto debe ser refrendada por todas las leyes sucesorias anticipadas, mientras que la validez material y los efectos vinculantes del pacto se rigen por aquélla de las leyes que lo admitan con la que presente los vínculos más estrechos. La autora disecciona las ventajas y los inconvenientes de cada una de las soluciones retenidas, mostrándose conforme con las dos principales modificaciones —en los pactos sucesorios que afectan a una única sucesión, la supresión de la regla de validación (pp. 331-333); en los pactos concernientes a la sucesión de varias personas, la adopción de una solución cumulativa acerca de su admisibilidad (pp. 355-356)— introducidas en el texto definitivo.

7. No nos resta sino poner en valor la claridad y el rigor con que está tejida esta magnífica monografía, cuyos logros

dicen mucho —y bien— de la autora, del entorno jurídico en el que se ha formado y, por extensión, de la doctrina española —a menudo injustamente preterida fuera de nuestras fronteras—. No creamos, sin embargo, que esto último vaya a sucederle a la obra reseñada, porque cualquiera que, a partir de ahora, quie-

ra acercarse a la cuestión de los pactos sucesorios en DIPr deberá leer este libro, destinado a ser una referencia ineludible durante largo tiempo.

Josep Maria FONTANELLAS MORELL

Universidad de Lleida

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.11>

SOBRINO, J. M. (dir.), *La contribution de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer à la bonne gouvernance des mers et de océans/La contribución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos/The Contribution of the United Nations Convention on the Law of the Sea to Good Governance of the Oceans and Seas*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2014, 2 vols., 908 pp.

Esta obra es el resultado del IV Coloquio ordinario de la *Association Internationale du Droit de la Mer* que, celebrado en la Universidad da Coruña durante los días 13 y 14 de diciembre de 2012, tuvo como tema *La contribución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*. El objetivo de la Asociación era conmemorar el 30 aniversario de la apertura a la firma de la CNUDM por medio del examen de «su incidencia sobre la evolución del orden jurídico marítimo, su adaptabilidad a las transformaciones experimentadas por las relaciones marítimas y la conveniencia o no de desarrollar o revisar esta convención o algunas de sus normas e instituciones».

La obra recoge los trabajos presentados al coloquio en las lenguas en las que fueron presentadas (inglés, francés y español) e incluye, además, una presentación del Prof. J. M. Sobrino, editor de la obra, y unas conclusiones muy bien sistematizadas de N. Ros. Su contenido está dividido en cuatro grandes partes. La primera, denominada *La incidencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sobre la codificación y el desarrollo del Derecho internacional del mar*, aborda algunas cuestiones generales relativas a la convención como son

el modelo de negociación internacional seguido (J. A. Pastor Ridruejo), sus pretensiones de universalidad y generalidad (R. Casado Raigón) y el lento y complejo proceso de ratificación (G. Cataldi). Asimismo, contiene algunos trabajos sobre diferentes aspectos específicos como los posibles límites al principio de jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón (L. Carballo Piñeiro, I. Claro Quintáns y M. Hinojo Rojas).

La segunda parte de la obra, *La incidencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sobre el proceso de judicialización y de institucionalización del Derecho internacional del mar*, analiza la práctica institucional del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (R. Virzo y J. M. Cortés Martín), de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (F. Loureiro Bastos y M. E. Salamanca Aguado) y la actividad de las organizaciones regionales pesqueras (M. Arenas Meza y E. Vázquez Gómez).

En la tercera parte, dedicada a *La práctica internacional y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, se examina la tensión existente entre la gobernanza «zonal» y la gobernanza «global» en tres ámbitos concretos: la conservación y gestión de recursos pesqueros (J. M. Sobrino y C. Teijo), la pro-

tección del medio ambiente (M. Abad, J. Juste Ruiz, L. Marill y V. Rossi) y la prevención y represión de actos ilícitos en el mar (D. Momtaz, G. Belilacqua y K. Neri).

En la cuarta parte, alrededor del tema *La Convención de las Naciones Unidas frente a las nuevas realidades jurídico-marítimas*, se estudian la situación jurídica de las aguas polares, en especial en el Ártico (T. Henriksen, A. Caliguri y C. Cineilli); la protección del patrimonio cultural subacuático (M. Aznar Gómez, E. Pérez Álvaro y F. González Zalba) y algunos problemas particulares que se plantean en el Mediterráneo como el régimen de algunas aguas portuarias (M. A. Acosta Sánchez y J. Verdú) y la delimitación de algunos espacios marinos (I. González García y V. L. Gutiérrez Castillo).

En la actualidad existe un amplio acuerdo sobre la importancia que la CNUDM tiene tanto para el Derecho internacional en cuanto ordenamiento jurídico como para la regulación jurídica de nuevos espacios y actividades en los mares y océanos. En este sentido, como afirma J. M. Sobrino en su presentación, la Convención es «un texto fundador de un orden jurídico devenido en la referencia y la fuente de toda actividad humana marina y marítima, aplicable a todos los mares y océanos, sobre el agua y bajo el agua hasta los fondos marinos. Ha devenido una verdadera *Constitución de los océanos* que corona la codificación del Derecho consuetudinario y contribuye al desarrollo progresivo del Derecho internacional, en la medida en la que precisa el Derecho existente, define las reglas aplicables a los nuevos ámbitos y proporciona igualmente un marco para promover el desarrollo de zonas específicas del Derecho del Mar» (p. xvi) (traducción propia).

Ahora bien, con la perspectiva que da el transcurso de más de treinta años desde su apertura a la firma, se pueden apreciar algunas disfunciones y limita-

ciones que su aplicación y la práctica internacional y estatal han puesto de manifiesto. Y en este punto es donde esta obra colectiva adquiere toda su importancia porque, por un lado, del conjunto de trabajos resulta un diagnóstico de la situación relativa a la convención: se identifican dificultades, problemas, limitaciones, malas prácticas, etc. Y, por otro lado, contiene algunas propuestas que podrían contribuir a paliar algunos de esos problemas. La obra, por tanto, constituye una magnífica radiografía científica de la convención y de su funcionamiento que ha realizado el IV Coloquio de AIDM. Del conjunto de esta evaluación destacan, en mi opinión, dos cuestiones de enorme transcendencia. La primera es la consideración de la convención no como un punto de llegada sino como un punto de partida para la regulación de mares y océanos que vertebre todo el régimen internacional relativo al Derecho del Mar. En este sentido, un buen número de trabajos detectan las carencias y los límites de la regulación actual y proponen algunas soluciones para ellas. La segunda cuestión fundamental es la relativa a la tensión entre la territorialización de los espacios marinos (*la gobernanza zonal*) que produce la regulación de la convención y la tendencia a la internacionalización de algunos espacios, recursos e intereses generales (*la gobernanza global*) que comienza a operarse en la práctica internacional.

Hace unos años ya, T. Trèves afirma que la convención no sólo había que considerarla un punto de llegada sino también un punto de partida (TREVES, T., «L'Etat du droit de la mer à l'approche du XXI^{ème} siècle», *Annuaire du Droit de la Mer*, 2000, t. V, p. 124). Desde su entrada en vigor en 1994, la práctica relativa a la convención ha puesto de manifiesto el rendimiento de algunas de las partes y de sus correspondientes regulaciones jurídicas pero, a la vez, las insuficiencias de otras que hacen aconsejable completarlas con una nueva regulación. Los tra-

jos de R. Casado Raigón y de G. Cataldi ponen de manifiesto los principales problemas que se han planteado en la práctica bien por «*omissions involontaires*», bien por «*omissions délibérées*» o ya sean resultado de «*ambiguïté constructive*» de algunas disposiciones que permitió en su momento el acuerdo pero que su aplicación práctica evidencia diferencias sustantivas. R. Casado identifica como ejemplos de estas insuficiencias o de imprecisiones la falta de concreción de la longitud de las líneas de base rectas para la medición del mar territorial, la definición genérica de la piratería, la ausencia de regulación de las especies vivas de los fondos marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional, las disposiciones sobre pesca en alta mar, la «relación auténtica» entre el pabellón del buque y los Estados que lo otorgan.

Asimismo, y en segundo lugar, estos autores reconocen que para hacer frente a los nuevos desafíos que se plantean es preciso adaptar algunas normas y desarrollar otras como ya ha ocurrido, entre otras, respecto a las poblaciones de peces transzonales o altamente migratorios (Acuerdo de 1995), sobre la pesca ilegal, no declarada y no regulada (Acuerdo de la FAO de 2009 sobre medidas del Estado rector del puerto) y sobre el patrimonio cultural subacuático (Convenio de París de 2001).

Los trabajos contenidos en esta obra muestran un tercer tipo de efectos que se están produciendo sobre la Convención, los derivados de las relaciones con otros regímenes internacionales que protegen intereses generales. Como consecuencia de ello, han aparecido nuevos límites a algunos principios y normas básicas del Derecho del Mar como el principio de libertad de los mares, el principio de jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón, o el derecho de paso inocente. En el primer caso, G. Cataldi apunta el asunto *Hirsi c. Italia*, de 22 de febrero de 2012, del TEDH, que ha reconocido la progresiva reducción de los efectos del principio de libertad de los mares a los fines

de la aplicación del principio de *non-refoulement* a súbditos extranjeros que demandan derecho de asilo al asimilar la alta mar al territorio del Estado (p. 31). En el segundo caso, L. Carballo Piñeiro examina cómo la adopción por la OIT del Convenio sobre Trabajo Marítimo de 2006 y el Convenio sobre el Trabajo en la Pesca de 2007 han armonizado las condiciones socio-laborales en los buques que han supuesto una limitación a la discrecionalidad del Estado de pabellón a la vez que atribuyen responsabilidades al Estado de puerto y al Estado suministrador de mano de obra (pp. 33-53). Asimismo, I. Claro Quintáns aborda la evolución que la excepción de la piratería ha tenido en la práctica de los últimos años (pp. 55-64). Y, por último, R. Casado identifica un nuevo límite al derecho de paso inocente por el mar territorial derivado de las exigencias de notificación y consentimiento previo del Estado ribereño (sea el de importación o el de tránsito) impuesto por la Convención de Basilea de 1989 sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (p. 17).

La segunda gran cuestión que subyace a muchos de los trabajos reunidos en esta obra es la tensión entre la gobernanza zonal de los mares y océanos derivada de la territorialización a la que contribuye la CNUDM y la tendencia a la gobernanza global que empieza a aparecer en la práctica internacional por medio de la gestión internacionalizada de espacios, recursos e intereses generales. La CNUDM de 1982 consolidó la extensión de la soberanía de los Estados ribereños sobre los espacios marinos y la compartmentalización de los mares y océanos en una pluralidad de zonas marítimas con regímenes jurídicos específicos. En definitiva, la Convención acogió «una perspectiva zonal del Gobierno de los mares». Frente a este enfoque, y a causa de los límites que se derivan de la territorialización de los mares y océanos, se está consolidando en la práctica

internacional una tendencia a la gestión internacionalizada de ciertos problemas, espacios y recursos o intereses globales en beneficio de toda la comunidad. La lógica y los presupuestos de estos dos enfoques es bien diferente y las relaciones entre la tradicional gobernanza zonal con las nuevas modalidades de gobernanza global generan importantes tensiones.

Estos problemas se plantean, como examina D. Momtaz en su trabajo, en los casos de prevención y represión de actos ilícitos en el mar (pp. 441-453), en los que los Estados son reticentes a aceptar la inspección de sus buques en alta mar, a aceptar la intervención de otros Estados en su mar territorial, dan lugar en ocasiones a una concurrencia de jurisdicciones represivas competentes y en otros casos se da una reticencia de los Estados a ejercer tal jurisdicción. La tensión entre territorialización e internacionalización se manifiesta también en el caso de las actividades que se realizan en aguas polares, en especial, en el océano Ártico, como muestra el trabajo de T. Henriksen (pp. 667-687). Pero es en el capítulo de J. M. Sobrino sobre la conservación y gestión de los recursos pesqueros donde mejor se muestra dicha tensión entre gobernanza zonal y gobernanza global.

La concepción zonal de la conservación y gestión de los recursos pesqueros fue estimulada y es el resultado del nacionalismo marítimo de algunos Estados ribereños, como bien se ha estudiado ya en diferentes trabajos realizados en la doctrina española durante los últimos veinte años (M. Badenes, R. Casado, M. Iglesias, J. A. Pastor, J. M. Sobrino y J. A. Yturriaga). La proyección sobre el mar del concepto de soberanía produjo una territorialización de los espacios marinos y, en consecuencia, una fragmentación jurídica de mares y océanos que dejó la mayoría de los recursos pesqueros sometidos a la jurisdicción estatal e incrementó el papel de los Estados ribereños. Además de la extensión de la jurisdicción de estos Estados hasta las

200 millas, en la práctica, algunos de ellos pretenden ejercer su jurisdicción de forma expansiva por medio de la reivindicación de «un interés especial sobre los recursos pesqueros que se encuentran en aguas de alta mar adyacentes a sus ZEE» y de la utilización de algunas organizaciones regionales pesqueras para defender sus intereses al dificultar el acceso de otros Estados a dichas organizaciones (es lo que E. Vázquez, en su colaboración a esta obra, llama «*creeping jurisdiction* institucionalizada», pp. 429-438). J. M. Sobrino concluye en su trabajo que la gobernanza zonal, salvo contadas excepciones, no ha beneficiado a los Estados ribereños ni ha mejorado la conservación y gestión de los recursos marinos por varios motivos: porque con el estímulo de subvenciones y ayudas estatales se han incrementado las capacidades de captura sin disponer a la vez de medidas y medios de vigilancia y control de la pesca (véase en este sentido la colaboración de C. Teijo en esta obra sobre la necesidad de reformar los subsidios pesqueros en la OMC y en la Unión Europea, pp. 643-663); porque algunos de estos Estados han sido los primeros en desarrollar la pesca intensiva; y porque otros países han abierto sus registros a flotas de conveniencia que pueden mantener así sus prácticas pesqueras ilegales. Esta práctica «nos pone frente a un escenario marítimo pesquero en el que algunos Estados no pueden disfrutar de los derechos que la Convención les otorga y otros se las ingenian para eludir las obligaciones que la misma les impone» (p. 464), dando lugar a diferentes modalidades de pesca ilegal.

Frente a esta tendencia, J. M. Sobrino destaca que en la práctica internacional se puede identificar otra de signo contrario que tiene por objeto la conservación y gestión sostenible de los recursos naturales vivos mediante diferentes modalidades de gobernanza global. Este autor concluye que «se va abriendo paulatinamente camino la idea de que la respon-

sabilidad en la pesca no es del Estado ribereño o del Estado de pesca a distancia, la responsabilidad en la pesca incumbe a todos los Estados y es expresión de la obligación que tienen de conservar los recursos marinos vivos en interés de la Comunidad internacional en su conjunto» (p. 472). Con base jurídica en ciertas disposiciones de la CNUDM (arts. 63, 64, 116 y 118), interpretadas de forma evolutiva para proteger el interés público global [cfr. BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRIGO, A. J. (dirs.), y PAREJA, P. (coord.), *La gobernanza del interés público global*, Madrid, Tecnos, 2015], y en algunos tratados internacionales e instrumentos de *soft law* que las han desarrollado normativamente, han aparecido diferentes fórmulas favorables a la gobernanza global. J. M. Sobrino identifica y examina en su capítulo las siguientes (pp. 470-481): la primera es la gestión de los recursos pesqueros basada en el enfoque de ecosistemas (cfr. SOBRINO, J. M., LÓPEZ, E. y REY, A., *La integración del enfoque ecosistémico en la política pesquera de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Banch, 2010); la segunda consiste en la aplicación de diferentes principios jurídicos que permiten defender el interés general de la comunidad internacional por medio de la gestión internacionalizada desde la alta mar hasta las aguas adyacentes de los Estados ribereños; la tercera ha sido la elaboración de un conjunto de instrumentos jurídicos de diferente alcance para combatir la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada; la cuarta es la exigencia al Estado de pabellón de una «relación auténtica» con el buque para conceder su pabellón, entendida dicha relación como «la capacidad que tiene el Estado de pabellón de asegurar la inocuidad internacional del navío imponiéndole el respeto de una serie de normas» de seguridad, de actividades pesqueras y de control (p. 478); la quinta fórmula tiene por objeto reforzar la aplicación efectiva de la normativa pesquera que hoy se ve penalizada «por el relajo, en unos casos, o el exceso de celo, en otros»; y, por

último, mediante la mejora de medios humanos y técnicos de los Estados ribereños para frenar la pesca ilegal, propia o de terceros, en sus aguas, incluida la posibilidad, como defiende este autor, de una autorización del Consejo de Seguridad para que «navíos oficiales de terceros Estados puedan intervenir en estas aguas adoptando las medidas necesarias para combatir y erradicar la pesca ilegal» (p. 481).

En suma, en este trabajo J. M. Sobrino elabora con más y mejores argumentos una idea básica que viene defendiendo desde hace algunos años ya (véanse entre otros trabajos previos «La cooperación internacional en la conservación y gestión de los recursos pesqueros de la Alta Mar», *CEBDI*, vol. II, 1998, pp. 429-525) y que cada vez es más convincente y plausible, incluso en nuestro entorno socio-académico, que «si no se adoptan medidas concretas desde una perspectiva de la gobernanza global, los recursos pesqueros que se encuentran en espacios marinos sujetos formalmente a la soberanía y jurisdicción de los Estados ribereños, seguirán abiertos a la rapiña de las flotas poco escrupulosas. Se está respetando formalmente el principio de soberanía de esos Estados sobre sus recursos pesqueros, pero se estaría conculcando otro principio esencial para el interés general, el de la pesca responsable y sostenible, de indispensable cumplimiento ante la imperiosa necesidad de gestionar los decrecientes recursos marinos vivos en interés de la humanidad» (p. 481).

Esta obra, en conclusión, es un buen diagnóstico del estado actual del Derecho del Mar por la amplitud de las cuestiones tratadas, por la identificación de las limitaciones de la convención que la práctica de estos más de veinte años de aplicación ha puesto de manifiesto y por las propuestas que se formulan para mejorar su eficacia. Tiene, además, otro valor añadido, ofrece la perspectiva de la doctrina mediterránea europea que proporciona una visión complementaria a la de la domi-

nante doctrina anglosajona. En definitiva, aquellos juristas interesados en conocer la aplicación práctica de la CNUDM, sus límites actuales y las soluciones que se están implementando (o tan sólo las

tendencias que se apuntan) tiene en ella una referencia imprescindible.

Ángel RODRIGO HERNANDO

Universidad Pompeu Fabra

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.5.12>

B) LIBROS RECIBIDOS

- BLANC ALTERMIR, A. (dir.), *The European Union and the BRICS (Brazil, Russia, India, China and South Africa)*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, 205 pp.
- BOU FRANCH, V., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, 300 pp.
- BOU FRANCH, V. y CASTILLO DAUDÍ, M., *Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 623 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 (jjforner@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 Delaygua 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 Jurisprudencia, 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 Espósito 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.rodríguez@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).

