





REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOLUMEN 70  
2018, NÚM. 2  
JULIO-DICIEMBRE

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—  
MARCIAL PONS

MADRID-2018

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, vLex, HeinOnline y JStor.

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

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

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

*www.marcialpons.es*

ISSN: 0034-9380

E-ISSN: 2387-1253

DOI: *http://dx.doi.org/10.17103/redi*

Depósito legal: M. 520-1958

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.

C/ Antonio Gaudí, 15

Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)

MADRID, 2018

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

## DIRECTORA

Araceli MANGAS MARTÍN  
Universidad Complutense de Madrid

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Montserrat ABAD CASTELOS  
Universidad Carlos III de Madrid

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ  
Universidad de Sevilla

José Luis DE CASTRO  
Universidad del País Vasco

Manuel DESANTES REAL  
Universidad de Alicante

Jaume FERRER LLORET  
Universidad de Alicante

Federico GARAU SOBRINO  
Universidad de las Islas Baleares

Inmaculada MARRERO ROCHA  
Universidad de Granada

Blanca VILA COSTA  
Universidad Autónoma de Barcelona

## CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA  
Universidad de Oviedo

Celestino DEL ARENAL MOYÚA  
Universidad Complutense de Madrid

Antonio A. CAÑADO TRINDADE  
Universidad de Brasilia

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS  
Universidad Complutense de Madrid

José Antonio PASTOR RIDRUEJO  
Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA  
Universidad Nacional de Educación  
a Distancia

Fausto POCAR  
Universidad de Milán

Antonio REMIRO BROTONS  
Universidad Autónoma de Madrid

Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS  
Universidad Complutense de Madrid

Linda SILBERMAN  
New York University

Christian TOMUSCHAT  
Humboldt Universität

Tullio R. TREVES  
Universidad de Milán

## SECRETARÍA DE LA REVISTA

Marta REQUEJO ISIDRO  
Max Planck Institute for Procedural Law, Luxembourg

### *Redactores*

Marta Abegón - María Asunción Cebrián - Arantxa Gandía  
Mercedes Guinea - Francisco Pascual - Antonio Sánchez

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

## Suscripciones

MARCIAL PONS

San Sotero, 6 - 28037 Madrid

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

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

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

---



## SUMARIO/CONTENTS

	Pág.
Editorial. TREVES, T., <i>Expansión, riesgos y capacidad de resistencia del Derecho internacional de hoy</i> .....	13

### I. ESTUDIOS/STUDIES

SÁNCHEZ LORENZO, S. A., <i>El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo</i> .....	17
— The Consistency Principle in European Private International Law	
ATTINÀ, F., <i>Tackling the Migrant Wave: EU as a Source and a Manager of Crisis</i> .....	49
— Afrontando la ola de inmigración. La UE como causa y gerente de la crisis	
CALVET MARTÍNEZ, E. y PONS RÀFOLS, X., <i>El fortalecimiento de la independencia judicial en los procesos de justicia transicional como garantía de no repetición</i> ....	71
— Strengthening Judicial Independence in Transitional Justice as a Guarantee of Non-Repetition	
SANAHUJA, J. A., <i>Reflexividad, emancipación y universalismo: cartografías de la teoría de las Relaciones Internacionales</i> .....	101
— Reflexivity, Emancipation and Universalism: Cartographies of the Theory of International Relations	
REQUEJO ISIDRO, M., <i>El tiempo en el Reglamento 650/2012. Ilustraciones de la práctica española</i> .....	127
— Time in the Regulation 650/2012. First Illustrations of Spanish Practice	
ROBLES CARRILLO, M., <i>La reforma de la corporación para la asignación de nombres y números de internet (ICANN): un análisis en términos de legitimidad</i> ...	155
— The Reform of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN): An Analysis of its Legitimacy	
MONTESINOS PADILLA, C., <i>Los principios Ruggie y la Agenda 2030. Un futuro de recíprocas influencias por explorar</i> .....	183
— The Ruggie Principles and the 2030 Agenda. A Future of Reciprocal Influences to be Explored	

### II. FORO/FORUM

#### 20.º ANIVERSARIO DEL ESTATUTO DE ROMA

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., <i>La Corte Penal Internacional en construcción: nuevos retos veinte años después de la Conferencia de Roma</i> .....	209
KENDALL, S., <i>Restorative Justice at the International Criminal Court</i> .....	217

LA GERONTOMIGRACIÓN: UNA PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN  
GLOBAL PARA ABORDAR EL FENÓMENO COMPLEJO  
DE LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE PERSONAS MAYORES

ECHÉZARRETA FERRER, M., <i>Dimensión jurídica de las relaciones transfronterizas derivadas de la gerontomigración</i> .....	223
DURÁN MUÑOZ, R., <i>Dimensiones extrajurídicas de la gerontomigración</i> .....	231

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

JIMÉNEZ GARCÍA-CARRIAZO, A., <i>La plataforma continental de las islas Canarias: ampliación y cuestiones afines</i> .....	239
---	-----

IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY

<i>Recensiones</i> .....	265
Book reviews .....	
BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (eds.), <i>Encyclopedia of Private International Law</i> , Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2017, LIII+4.033 pp., por Sixto Sánchez Lorenzo .....	265
CERVELL HORTAL, M. J., <i>La legítima defensa en el Derecho internacional contemporáneo (nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 362 pp., por Carmen Márquez Carrasco .....	267
DURÁN Y LALAGUNA, P., DÍAZ BARRADO, C. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (eds.), <i>International Society and Sustainable Development Goals</i> , Navarra, Aranzadi, 2016, 589 pp., por Ángel J. Rodrigo Hernández .....	269
FERNÁNDEZ PÉREZ, A., <i>El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial</i> , Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2017, 304 pp., por Manuel Penadés Fons .....	271
GONZÁLEZ DEL MIÑO, P., <i>Egipto 2011-2107. Alteraciones en las redes de poder</i> , Madrid, Catarata, 2017, por Ferran Izquierdo Brichs .....	272
GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), HERRANZ BALLESTEROS, M. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (coords.), <i>Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 423 pp., por María Jesús Elvira Benayas .....	274
IZQUIERDO BRICHS, F. y ETHERINGTON, J., <i>Poder Global: Una mirada desde la Sociología del Poder</i> , Martorell, Bellaterra, 2017, 242 pp., por Leire Moure .....	277
OTAEGUI AIZPURUA, I., <i>La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor</i> , Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, 378 pp., por María Dolores Ortiz Vidal .....	279
PASTOR PALOMAR, A., <i>La delimitación marítima entre Estados. Formaciones insulares y bajos</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 440 pp., por Nicolás Navarro Batista .....	281

	Pág.
RIPOL CARULLA, S., <i>Derecho Internacional Público. La paz a través del derecho</i> , 2. <sup>a</sup> ed., Madrid, CEF, 2017, 480 pp., por Elena Crespo Navarro.....	283
ROBERTS, A., <i>Is International Law International?</i> , Nueva York, Oxford University Press, 2017, 406 pp., por Nicolás Carrillo Santarelli.....	285
ROLDÁN BARBERO, J. (dir.), <i>La Seguridad Nacional en España. Un enfoque geoestratégico</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 556 pp., por Elena del Mar García Rico.....	286
SÖDERBAUM, F., <i>Rethinking Regionalism</i> , Londres, Palgrave, 2016, 252 pp., por Nicolás Mariscal.....	289
VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., <i>La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica</i> , Oviedo, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2017, 390 pp., por María José Cervell Hortal.....	291



## EDITORIAL

### **EXPANSIÓN, RIESGOS Y CAPACIDAD DE RESISTENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE HOY**

1. Sin duda, el alcance del Derecho Internacional (DI) se ha extendido durante el último siglo. Una serie de circunstancias históricas ha favorecido dicha expansión. Hay que recordar, en primer lugar, los conflictos armados internacionales, especialmente las dos guerras mundiales, porque el horror y la destrucción que le infligieron al mundo fueron el origen de los dos más importantes experimentos de organización internacional universal con el objetivo del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, la Sociedad de Naciones y la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y también de la red de organizaciones especializadas que, favoreciendo la cooperación en la mayoría de los temas de la actividad humana, contribuyen indirectamente al alcance del mismo objetivo. En segundo lugar, hay que mencionar el acceso a la independencia de la gran mayoría de los territorios bajo dominación colonial extranjera. Este fenómeno le dio un significado más completo al concepto de igualdad de los Estados, añadiéndole legitimidad al sistema del DI. En tercer lugar, es necesario recordar la caída de los regímenes comunistas totalitarios en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y en sus antiguos Estados satélites. Este evento contribuyó a mejorar el funcionamiento de la ONU y hacer los mecanismos de arreglo de controversias más atractivos.

Aparte de estos eventos políticos de importancia histórica, la expansión del DI ha sido favorecida por el hecho de que un número amplio y creciente de Estados ha aceptado dar forma jurídica a algunos valores de fuerte alcance ético y ha querido darles una dimensión internacional. La necesidad de proteger los derechos del ser humano en cuanto tal y de proteger el medio ambiente, para el bien de las generaciones presentes y futuras, son ejemplos importantes. La prohibición de la guerra y del recurso y de la amenaza del uso de la fuerza —aunque violada con demasiada frecuencia— fueron un paso fundamental en el intento de moralizar la conducta de los Estados, así como lo fue el desarrollo del *jus in bello* en la humanización de la conducta de las hostilidades. La idea de que los crímenes internacionales no pueden quedar sin punición conllevó el desarrollo del Derecho penal internacional y de sus instituciones judiciales.

Además, la globalización de la economía mundial, junto con la facilidad de las comunicaciones favorecida por el progreso tecnológico, ha alentado el establecimiento de redes de individuos que viven y trabajan en diferentes partes del mundo. Aunque tengan opiniones políticas diferentes, estos individuos tienen un interés común en la continuación y en la expansión del marco transnacional donde actúan y del orden mundial que es el producto de la expansión del DI.

2. La expansión del DI no ha sido constante. Todos los desarrollos mencionados han encontrado oposición y resistencia. Es suficiente recordar la actitud de los gobiernos fascistas y nazis que condenó a la Sociedad de Naciones a la impotencia y a la extinción, así como, en el presente, la llegada al poder en Estados democráticos (el último caso en el Estado democrático por definición, los Estados Unidos de América) de gobiernos que olvidan los beneficios que su país ha obtenido por efecto del Derecho y de la cooperación internacional, y atacan y ponen en peligro los logros de este Derecho y de esta cooperación para obtener una popularidad barata.

El producto más sofisticado de la cooperación internacional y de las técnicas del DI, la Unión Europea, se encuentra en esa circunstancia de peligro, no únicamente por la decisión de uno de sus Estados miembros más importantes de abandonarla, sino también por el éxito de fuerzas políticas que, en algunos casos, han llegado a controlar el gobierno de unos Estados miembros y en otros a dominar la oposición.

Aun así, el éxito de los derechos humanos a nivel internacional queda incompleto. Un continente inmenso como Asia carece de instrumentos eficientes, que se puedan parangonar a los que se aplican en Europa y en América Latina. Además, no se puede olvidar que las potencias más importantes quedan fuera de los instrumentos obligatorios, y completados por mecanismos judiciales, de protección de los derechos humanos y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

3. Sin embargo, el DI tiene fuerza para resistir y reaccionar. En el mundo de hoy el tejido de instituciones internacionales establecido desde 1945 mantiene abiertos canales de comunicación entre los Estados. La ONU, que es ahora prácticamente universal, es el principal —y el más público— de estos canales. Sin embargo, hay muchos otros donde los Estados comunican, arreglan dificultades, cooperan en muchos sectores, como el social, el económico, el humanitario, el marítimo, el de la aviación, etc. En todos estos marcos de comunicación el lenguaje utilizado —por lo menos en parte importante— es el del DI.

Todas las instituciones y marcos de cooperación internacionales tienen su base en la premisa, que era evidente para los Estados que establecieron la ONU y que es aceptada como un hecho cierto por los hombres y las mujeres involucrados en actividades transnacionales, según la cual la cooperación es mejor que el aislamiento, la protección de los derechos humanos es un objetivo esencial y que tiene una dimensión internacional, y el DI es necesario para garantizar el funcionamiento pacífico del sistema internacional.

Esta premisa, así como los fines proclamados en la Carta de la ONU, tiene su base en otra premisa que, sin embargo, no todos los Estados quieren expresar: que el nacionalismo, especialmente el nacionalismo extremo, así como la intolerancia religiosa, racial y política, son la causa de muchos males, como guerras de conquista y de esclavización de poblaciones enteras, violaciones masivas de los derechos de los individuos y de grupos y de la eliminación de la mera existencia de Estados independientes. En tiempos en que esta premisa se olvida o se considera sin importancia en comparación con algunos objetivos políticos, el DI entra en una fase de peligro.

4. Muchos sectores del DI y los marcos de cooperación que él ha establecido resisten a estos ataques. Un ejemplo interesante es el de los mecanismos obligatorios de arreglo de controversias. La no inclusión en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de un mecanismo aplicable a todos los Estados parte para el arreglo de controversias bajo petición unilateral indica que este paso encontró resistencia tanto al establecerse la Corte Permanente de Justicia Internacional como cuando se estableció la Corte Internacional de Justicia. Y el número relativamente bajo de los Estados que han aceptado la cláusula opcional de jurisdicción obligatoria del art. 36.2, así como las reservas importantes que se encuentran en muchas de las declaraciones que han sido presentadas, y el retiro de las declaraciones de los Estados Unidos de América y de Francia, confirman la presencia hasta hoy en día de una fuerte oposición.

Sin embargo, con mas frecuencia en las últimas décadas que en las anteriores, los Estados utilizan la Corte Internacional de Justicia para arreglar sus controversias, no únicamente haciendo hincapié en la cláusula opcional, sino también en acuerdos bilaterales *ad hoc* y en acuerdos multilaterales de alcance regional como el Pacto de Bogotá. No se puede olvidar que la gran mayoría de los Estados se ha vinculado por medio de acuerdos relativos a sectores importantes del DI —como el Derecho del mar y el Derecho del comercio internacional— con mecanismos de arreglo obligatorio, judicial o arbitral, de las controversias y que, entre otros, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio han producido una jurisprudencia importante.

En lo referente a otros mecanismos de arreglo de controversias, se puede recordar que algunos Estados bajo regímenes con fuertes elementos de totalitarismo y represión, siguen siendo parte de la Convención Europea y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de las Cortes Europea e Interamericana. Por lo que se refiere a la Corte Penal Internacional es un hecho que las tres superpotencias y también muchos de los Estados más poblados no han ratificado el Estatuto de Roma. Sin embargo, esto no constituyó obstáculo alguno para la puesta en funcionamiento de un procedimiento frente a la Corte por parte del Consejo de Seguridad de la ONU donde las superpotencias tienen derecho de veto. Cabe también mencionar que de los tres Estados africanos que anunciaron su intención de retirarse del Estatuto de Roma, solo uno parece mantener firme esta decisión.

5. Las fuerzas que pueden poner en peligro la función del DI se encuentran sobre todo en las tensiones experimentadas hacia el interior de las sociedades nacionales. Estas tensiones tienen inevitablemente consecuencias sobre los gobiernos, sus políticas y sus posiciones en las relaciones internacionales. El tejido de las relaciones transnacionales entre individuos, fruto de la globalización, aunque importante, queda frágil. La mayoría de la población mundial no participa en las actividades transnacionales y en las redes de personas con aspiraciones e intereses similares. Las sirenas del nacionalismo y de las interpretaciones fundamentalistas de creencias religiosas tienen un impacto profundo y no trabajan en favor de la expansión y de la consolidación del DI.

Hay una conexión importante entre las dificultades que encuentra el DI y la democracia —o la falta de democracia— en los Estados. Las instituciones democráticas y el respeto para los derechos del individuo son el terreno sobre el cual el convencimiento de que el Derecho y la cooperación internacional trabajan para el interés de todos los Estados puede prosperar.

6. El papel de las grandes potencias, sobre todo de las tres superpotencias, conlleva una responsabilidad especial. Los riesgos más grandes, así como las posibilidades más grandes para el progreso y la expansión del DI dependen de estos Estados. No se puede negar que las tres superpotencias tienen una visión del DI hecha a la medida de sus intereses. A veces se comportan como si las reglas del DI se aplicaran de manera diferente a ellas que al resto de Estados, o fueran diferentes para ellas. Sin embargo, hasta cuándo las superpotencias creerán que la cooperación es mejor que el aislamiento, el DI dará prueba de su elasticidad y resistencia, no obstante las dificultades. Si estas superpotencias abandonaran esta convicción, y pusieran su ambición por encima de toda otra consideración, inclusive la de preservar la paz en el mundo, en ese caso el papel del DI sería el de resistir a los ataques. Su tarea sería la de evitar transformarse otra vez en el Derecho de los *príncipes superiores non recognoscentes*, un pequeño grupo de reglas para los juegos de poder de los gobiernos.

Tullio TREVES

Catedrático Emérito de la Universidad de Milán  
y antiguo Magistrado del Tribunal Internacional del Mar



## EL PRINCIPIO DE COHERENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO\*

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO\*\*

**SUMARIO:** 1. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE COHERENCIA.—2. COHERENCIA VERTICAL, HORIZONTAL Y TRANSVERSAL.—3. LAS DIFICULTADES DE UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA SIN SISTEMA: EL MITO DE LAS NOCIONES AUTÓNOMAS.—4. COHERENCIA NO ES PARALELISMO.—4.1. Competencia judicial internacional y Derecho aplicable.—4.2. Derecho conflictual y Derecho material.—5. CONCLUSIÓN: EL JUEGO DE LOS VALORES DEBILITA LA UNIDAD DE LOS CONCEPTOS.

### 1. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE COHERENCIA

1. La formulación de sendos considerandos en los Reglamentos «Roma I» y «Roma II» se reputa como la plasmación legislativa de un principio que ya cabía inferir de la jurisprudencia y de la doctrina en materia de Derecho internacional privado europeo: el principio de coherencia<sup>1</sup>. El principio atiende

---

\* Este trabajo desarrolla una parte de los argumentos expuestos por el autor con motivo de su ponencia en el III Seminario AEPDIRI sobre temas de actualidad de Derecho internacional privado, celebrada el 25 de enero de 2018 en Valencia, y que ya se encuentran apuntados de forma más sintética en la publicación de dicho seminario bajo el título «Cincuenta años de Derecho internacional privado de la Unión Europea: el lado oscuro».

\*\* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

<sup>1</sup> «El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y el Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)» [considerando 7 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L núm. 177, de 4 de julio de 2008]. «El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (5) (Bruselas I), y con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales» [considerando 7 del Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), DO L núm. 199, de 31 de julio de 2007].

esencialmente a la necesidad de una coherencia entre las reglas y conceptos jurídicos que se contienen en las distintas normas de Derecho internacional privado europeo, tanto en su formulación como en su interpretación. En cierto sentido, el principio de coherencia apunta a la idea de «sistema jurídico». Resultaría redundante hablar de «coherencia sistemática», en la medida en que la propia noción de «sistema» y, en concreto, de «sistema jurídico» conlleva la idea de relación y orden entre todas sus reglas.

2. Es posible que la plasmación de este principio en los considerandos de los reglamentos europeos citados haya sido más perjudicial que beneficiosa. Los considerandos mencionan el ámbito de aplicación y las disposiciones de ambos reglamentos como objeto de la coherencia que es preciso garantizar entre ambos reglamentos entre sí y en sus relaciones con el Reglamento «Bruselas I»<sup>2</sup>. La propia evolución de los textos legales y de la jurisprudencia del TJUE sobre las numerosas cuestiones prejudiciales planteadas en torno a la cooperación judicial internacional en materia civil invitaba a entender el principio como «paralelismo», como coincidencia en la delimitación del ámbito de aplicación, en la calificación de las materias (contractual y no contractual), en el sentido de los conceptos («consumidor», «lugar donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo») y en el alcance de las normas jurídicas (consumidores o trabajadores que se benefician al mismo tiempo de los foros de protección y de las normas de Derecho aplicable tuitivas).

3. El objeto de este estudio es demostrar el error de este planteamiento y su esencia involutiva. La univocidad de los conceptos y el paralelismo de las reglas dotan al sistema de Derecho internacional privado europeo de sencillez en la interpretación y mayor seguridad jurídica subjetiva o previsibilidad. Permite construir, además, un modelo apolíneo, rígido y sólido, en que cualquier término jurídico significa exactamente lo mismo con independencia del cuerpo normativo en que aparezca. Pero semejantes virtudes formales traicionan de raíz el principio más elemental de la justicia material, conforme al cual las reglas y su interpretación deben servir al objetivo de política legislativa trazado, a los valores, en suma, a los que sirven las normas como pistas orientativas. El contexto de las normas y de los conceptos se erige, entonces, en un elemento determinante de un modelo dionisiaco, no paradigmático, o posmoderno si se quiere, en el que cada concepto y cada regla se reconstruye de manera singular en cada caso concreto en atención a su ubicación dentro del sistema jurídico y a la articulación de sus objetivos. En suma, se trata de aceptar la realidad del sistema jurídico como una unidad compleja, en el sentido expuesto por Niklas Luhmann<sup>3</sup>. De este modo, es el matiz, la di-

---

<sup>2</sup> Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I, *DO L* núm. 12, de 16 de enero de 2001) sustituido por el Reglamento (CE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis, *DO L* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012).

<sup>3</sup> Véase LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 37.

ferencia o la reconstrucción dialéctica del concepto a la luz del caso concreto los que proporcionan calidad al proceso normativo e interpretativo y afinan *a posteriori* la justicia material *hic et nunc*. En contrapartida, el principio de coherencia entendido como paralelismo habilita un desiderátum, un haz de herramientas simplificado y apriorístico que elimina la diferencia dialécticamente justificada. Por ello, el correcto entendimiento del juego del principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo requiere asumir no solo su falibilidad, sino también su relatividad consustancial.

4. Antes de demostrar de forma empírica los malos resultados a que conduce comprender el principio de coherencia en términos de «paralelismo», necesitamos perfilar con más precisión cuáles son el objeto y las dimensiones del principio de coherencia. La propia referencia a un «principio», se entiende que «jurídico», obliga a reflexionar sobre el sentido del término. El principio de coherencia no es un principio normativo propiamente dicho, ni tampoco ético-jurídico en el sentido «larenziano», sino un principio esencialmente interpretativo. En cierto sentido, el principio apunta a la necesidad de una interpretación sistemática de las distintas normas de Derecho internacional privado, que deberán ser comprendidas las unas por las otras, de forma que se garantice la unidad y la máxima eficacia de todo el sistema jurídico. Desde este punto de vista, el principio de coherencia apunta esencialmente al intérprete y, por tanto, se decanta en la jurisprudencia. De ahí que la cuestión prejudicial sea la piedra angular del principio de coherencia<sup>4</sup>.

5. Pero el principio de coherencia se manifiesta asimismo como principio informador en el plano legislativo previo. El Derecho privado europeo nos proporciona un ejemplo singular del alcance de este principio de coherencia en clave legislativa: los llamados principios *Acquis* o *Acquis Principles* en materia de Derecho contractual europeo. Los trabajos que alumbraron estos principios no pretendían otra cosa que proporcionar al legislador europeo una guía para la coherencia que resolviera los dislates a que habían conducido las sucesivas, variopintas y múltiples directivas europeas en materia de contratos y, singularmente, en materia de consumo, que contenían conceptos y reglas dispares según el tipo de contrato en cada caso, ya se tratara de determinar el juego de derechos básicos como el desistimiento del consumidor, las obligaciones de información del proveedor o la forma del contrato. Estos desajustes, muchas veces injustificados, aconsejaban partir de unos principios básicos que fueran tenidos en cuenta a la hora de refundir, modificar o adoptar nuevas directivas en la materia. En el ámbito del Derecho internacional privado, el principio de coherencia como informador del proceso legislativo cuenta asimismo con ejemplos muy claros, como la incidencia de la evolución del Reglamento «Bruselas I» respecto del Convenio de Bruselas, que tuvo su inmediato trasunto en la evolución del Reglamento «Roma I» respecto del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en particular en lo que se refiere a las normas de protección de consumidores y trabajadores.

<sup>4</sup> Véase *infra* nota 12.

6. El principio, en consecuencia, requiere una atención legislativa y jurisprudencial para configurar e interpretar las normas y conceptos del Derecho internacional privado de forma sistemática, esto es, coherente. La coherencia se refiere a las reglas jurídicas y a su interpretación, en general, y más específicamente a los conceptos contenidos en dichas normas y a los valores subyacentes. El Derecho internacional privado utiliza conceptos o ideas-fuerza, esos excelentes servidores a que se refiere Denis Lloyd<sup>5</sup>: «consumidor», «víctima», «daño», «contrato», «residencia habitual», «domicilio», «lugar de ejecución», «parte débil», etc. Una aproximación formalista y simplista del principio de coherencia apuntaría a una aproximación gramatical típicamente literal y a la necesidad de un concepto único y apolíneo de «consumidor» o «domicilio» cualquiera que sea la norma jurídica del Derecho privado europeo en que el término se encuentre. La aproximación dionisiaca requiere un esfuerzo mayor y genera más inseguridad, pues obliga a una interpretación mediatizada por el contexto, en el sentido más actual de una filosofía analítica del lenguaje: «domicilio» de la sociedad puede significar algo muy distinto si el término se encuentra en un reglamento sobre ley aplicable, sobre procedimientos de insolvencia o sobre competencia judicial internacional, o incluso si se trata de interpretar un foro de competencia judicial internacional exclusivo o general. Pero el contexto al que nos referimos no solo es circunstancial, sino axiológico. La coherencia adquiere su verdadera dimensión, y entonces se relativiza, si más allá de los conceptos como servidores, evitamos que se conviertan en muy malos patronos, como advertía igualmente Denis Lloyd. Y esta perversión de los conceptos unívocos se produce cada vez que interpretamos paralelamente conceptos, nociones o reglas jurídicas que se orientan a objetivos o valores de política legislativa diferentes. Si adoptamos vocablos, conceptos y valores como parámetros de acción del principio, la comparación que exige el principio de coherencia no solo es formal o gramatical, sino sustancial, de forma que el paralelismo o la unidad de interpretación solo es posible si se comparten conceptos, nociones y valores, mientras que la diferencia se habilita al justificar dialécticamente una diferencia de objetivos de política legislativa que aconseja e impone una interpretación diferente. Coherencia, pues, puede ser tanto la unidad como la diversidad en la interpretación de un concepto, si adjetivamos el principio no solo formal o gramaticalmente, sino sustancial y axiológicamente. La opción que defendemos es, ciertamente, más incómoda e imprevisible, *a posteriori*, dialéctica y exigente de un plus de motivación. En contrapartida, es más justa.

7. Puede parecer obvio a un lector neutral que, a la luz de la metodología del Derecho en el siglo XXI, un entendimiento formal del principio de coherencia, ajeno a las oscilaciones axiológicas en los distintos sectores del ordenamiento, resulta absolutamente inapropiado. Sin embargo, la metodología del Derecho europeo presenta singularidades que justifican una que- rencia particular por una lógica de la integración o de la armonización que,

---

<sup>5</sup> LLOYD, D., *La idea de Derecho (¿perversidad represora o necesidad social?)*, Madrid, Civitas, 1985, p. 320.

de manera natural, tiende a procurar la unidad o armonía apolínea de los conceptos, nociones y normas. Esta lógica de la integración o del objetivo de la armonización, como un valor en sí mismo, con excesiva frecuencia anula o mitiga los objetivos o valores de Derecho privado que subyacen en las normas de Derecho internacional privado. Dicho de modo simple, la metodología del Derecho europeo es capaz de sacrificar la justicia por el valor supremo de la armonización. Es una constante que obliga al intérprete y, sobre todo, al analista del Derecho internacional privado europeo, a tratar de corregir, con idéntica dificultad con la que se corrige la querencia hacia las tablas del animal en el arte de Cúchares.

8. Delimitado el juego del principio en sus diversas acepciones y opciones, conviene delimitar, en razón de las fuentes normativas, las manifestaciones del principio de coherencia (2). A renglón seguido, analizaremos el postulado del principio de coherencia, esto es, la existencia y posibilidad de un «sistema de Derecho internacional privado europeo» (3). Finalmente, trataremos de poner de relieve la relatividad del principio de coherencia y los riesgos de su entendimiento en términos de «paralelismo», que es la hipótesis que hemos formulado al inicio de este trabajo (4). A modo de conclusión trataremos de sintetizar la confirmación de la hipótesis formulada (5).

## 2. COHERENCIA VERTICAL, HORIZONTAL Y TRANSVERSAL

9. En razón de las fuentes normativas, cabe referirse a una coherencia vertical, horizontal y transversal, que responden a los distintos supuestos de pluralidad o complejidad de las fuentes normativas del Derecho internacional privado europeo. La pluralidad de fuentes en el Derecho internacional privado europeo se predica, pues, tanto de textos sucesivos sobre la misma materia (vertical) como entre textos relativos a materias o cuestiones diversas (horizontal)<sup>6</sup>. Mientras que «Bruselas I» y «Bruselas I bis» suscitan problemas de coherencia «vertical», «Bruselas I bis» y «Roma I» las plantean en la dimensión «horizontal»<sup>7</sup>.

10. El principio de continuidad de la interpretación y de los precedentes jurisprudenciales del TJUE, por ejemplo, desde el Convenio de Bruselas hasta

<sup>6</sup> Siguiendo la terminología propuesta por CRAWFORD, E. B. y CARRUTHERS, J. M., «Connection and Coherence between and among European Instruments in the Private International Law of Obligations», *ICLQ*, vol. 63, 2004, p. 2.

<sup>7</sup> Ciertamente la codificación conjunta y no parcial suele estar en la agenda, si bien las distintas bases jurídicas por razón de la materia constituyen un obstáculo importante [véase sobre el particular DUTTA, H., «Gemeinsame oder getrennte Kodifikation von IPR und IZVR auf europäischer Ebene (Die bisherige und geplante Verordnungen in Familien und Erbrecht als Vorbilder für andere Rechtsgebiete?)», *Kohärenz im internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 27-43]. Una propuesta sobre la base de la Ley Federal suiza de Derecho internacional privado se encuentra en KADNER GRAZIANO, T., «Gemeinsame oder getrennte Kodifikation von IPR und IZVR (Das Schweizerische IPR-Gesetz als Modell für eine europäische Gesamtkodifikation - Lehren für die EU)», *Kohärenz im internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 27-43.

el Reglamento «Bruselas I bis», es una manifestación del juego de la coherencia vertical, y facilita una interpretación sistemática o coherente entre textos europeos de Derecho internacional privado sucesivos sobre la misma materia.

11. Pero los problemas de coherencia vertical u horizontal no se predicán exclusivamente de textos europeos. La coherencia exige asimismo resolver de forma cabal la sucesión de textos sobre la misma materia de origen diverso y, en particular, las complejas interrelaciones entre los textos europeos y los convenios adoptados en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Estas relaciones, que podríamos englobar en el concepto de «coherencia transversal» o «externa» (frente a la coherencia de fuentes internas o propiamente europeas), tienden a articularse de forma singular, como ocurre en el ámbito de la responsabilidad parental entre el Reglamento «Bruselas II»<sup>8</sup> y el Convenio de La Haya de 1996<sup>9</sup>, o entre el Reglamento «Bruselas III»<sup>10</sup> y el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Sin embargo, esta articulación no siempre puede resolver los problemas que plantea el cruce de relaciones verticales u horizontales. En la coherencia transversal, el primer reto consiste en dotar de coherencia a los respectivos ámbitos de aplicación, singularmente al espacial<sup>11</sup>. Pero una vez delimitados los ámbitos de aplicación espacial, la existencia de una compatibilidad o diálogo entre las normas

<sup>8</sup> Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, *DO L* núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>9</sup> Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

<sup>10</sup> Reglamento (CE) núm. 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DO L* núm. 7, de 10 de enero de 2009.

<sup>11</sup> La materia de alimentos constituye un excelente ejemplo al respecto [véase SCHULZ, A., «Die EU und die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht», *Kohärenz im internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 110-144, esp. pp. 134-136]. El Protocolo de La Haya de 2007 es un convenio sucesivo respecto de los Convenios de 1958 y 1973. En efecto, el Protocolo de 2007 viene a sustituir al Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que a su vez sustituía al Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre la misma materia. En puridad, el Protocolo solo sustituye a los Convenios de La Haya en las relaciones entre los Estados parte (art. 18), lo que excluye las relaciones entre España y países como Liechtenstein, Albania, Japón, Suiza y Turquía. En el caso de Liechtenstein, resultaría aplicable el Convenio de La Haya de 1956 en materia de obligaciones alimenticias respecto de menores de veintiún años solteros que residen en Liechtenstein [GARAU SOBRINO, F., defiende que la aplicación de los Convenios de La Haya se producirá cuando la ley designada por tales convenios sea la de un Estado parte (Liechtenstein, Japón, Suiza o Turquía): véase «Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias: ¿Hacia un Derecho internacional privado extravagante?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, 2011, núm. 2, p. 137]. Tanto el Protocolo como el Convenio de La Haya de 1973 parten de la aplicación universal de sus normas, sin contener otros criterios de delimitación o compatibilidad especial. En puridad, pues, España mantiene un compromiso internacional con dichos Estados que le obliga a aplicar las reglas del Convenio de La Haya de 1973, al menos cuando exista una vinculación con nacionales o personas domiciliadas en dichos Estados. En la práctica, es muy posible que los tribunales españoles apliquen en todas las hipótesis las reglas de Derecho aplicable del Protocolo, singularmente diferentes a las del Convenio de La Haya de 1973, sin que sea de esperar ninguna reclamación internacional de los Estados respecto de los que aún estamos obligados a aplicar el Convenio de La Haya de 1973.

de Derecho internacional privado de origen europeo y convencional imponen lógicas limitaciones al principio de coherencia.

12. La primera de ellas es el debilitamiento de la propia competencia interpretativa del TJUE y, como consecuencia, la imposibilidad de inducir o extrapolar interpretaciones o nociones autónomas inducidas para el Derecho internacional privado europeo. Los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado están sujetos, como textos internacionales, a las reglas de interpretación de tratados propias del Derecho internacional, y en particular a lo dispuesto en los arts. 31 a 33 del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. En las relaciones con terceros Estados, los Estados miembros están obligados a acomodar su interpretación a estas reglas de Derecho internacional y no pueden invocar como elemento interpretativo ni las nociones autónomas del Derecho europeo ni las propias exigencias de coherencia del Derecho europeo. En cambio, cabe plantearse si el principio de coherencia y las nociones autónomas pueden ejercer su papel, y el TJUE requerirlo, cuando se trata de aplicar tales convenios en el marco de las relaciones entre Estados miembros. La base jurídica para ello la proporciona el propio art. 31.3.c) del Convenio de Viena, en la medida en que contempla como elemento a tener en cuenta en la interpretación toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable entre las partes. El Derecho europeo, como orden jurídico propio de una organización internacional, debe ser considerado como Derecho internacional a los efectos de interpretación de los tratados; en particular, las exigencias del Derecho europeo puedan ser determinantes a la hora de establecer, en especial, el ámbito de aplicación en la Unión Europea de determinados tratados<sup>12</sup>. Fuera de estas cuestiones de compatibilidad o desconexión, en las relaciones intracomunitarias no parece concebible una interpretación diferenciada de convenios como los aprobados

<sup>12</sup> La cuestión se ha suscitado, en particular, en relación con la aplicabilidad en el interior de la Unión Europea del Tratado sobre la Carta Europea de la Energía en el ámbito del arbitraje de inversiones en las relaciones intracomunitarias entre Estados miembros o relaciones *inter se*. Es un hecho que los tribunales de inversiones han establecido que el Derecho europeo forma parte del Derecho internacional y solo por esta razón sería ya relevante (véase BERMANN, G., «European Union law as a Jurisdictional and Substantive Defense in Investor-State Arbitration», *European International Arbitration Review*, 2017/2, pp. 51-58). La Comisión Europea, actuando como *amicus curiae* en muchos de estos arbitrajes de inversiones vinculados a los incentivos públicos a las energías renovables, ha mantenido la inaplicación de este Tratado en las relaciones intra-europeas. La posición de la Comisión se ha visto reforzada por la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Achmea* (asunto 284/16, ECLI:EU:C:2018:158), que considera ineficaz el acuerdo arbitral contenido en un Tratado bilateral de protección de inversiones entre dos Estados miembros cuando la disputa afecta a un inversor de un Estado miembro frente a otro Estado miembro. La base jurídica para esta afirmación es esencialmente que el Derecho europeo puede ser interpretado y aplicado en tales procedimientos arbitrales, sin que por otra parte el tribunal arbitral pueda cursar o considerar oportuna una cuestión prejudicial, a diferencia de las jurisdicciones nacionales que se enmarcan en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea y cuya intervención se orienta por el principio de confianza mutua. En suma, como reconoce el TJUE expresamente, el principio de coherencia está en la base de la polémica «doctrina *Achmea*»: «La piedra angular del sistema jurisdiccional así concebido es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el art. 267 TFUE, que, al establecer un diálogo de juez a juez precisamente entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía» (FJ 37).

en la Conferencia de La Haya, que habilite una interpretación distinta de conceptos como la «residencia habitual», según que se aplique un Convenio de La Haya u otro en el ámbito intra o extracomunitario. La uniformidad en la interpretación de los tratados internacionales es un valor en sí mismo que no avala semejante esquizofrenia.

13. Por lo demás, en las relaciones transversales de fuentes normativas, las propias cláusulas de compatibilidad implican una evidente claudicación del principio de coherencia, que viene impuesta por el respeto a las obligaciones adquiridas con terceros Estados en virtud de previos compromisos convencionales. Basta señalar la pervivencia de los convenios de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de los accidentes de circulación por carretera o de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos. El art. 28 del Reglamento (CE) núm. 865/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») habilita dicha compatibilidad, al igual que se ha mantenido en materia de competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en los sucesivos textos «Bruselas». El resultado práctico de estos convenios no puede ser más desafortunado para la armonización, en particular cuando se trata de convenios sobre ley aplicable. Los convenios en materia procesal permiten diferenciar según que las relaciones sean intracomunitarias o extracomunitarias, desconectando la aplicación de sus normas en los supuestos intracomunitarios, pero la universalidad o carácter *erga omnes* que caracteriza las normas sobre Derecho aplicable conduce a resultados poco deseables: así, mientras que un tribunal inglés requerido como lugar del domicilio del demandado aplica a un accidente de circulación ocurrido en Alemania con partes británicas la ley aplicable que determina el reglamento «Roma II»<sup>13</sup>, los tribunales españoles aplicarán, a un accidente similar con partes española y domicilio del demandado en España, la ley que determina el Convenio de La Haya de 1971. Pero si el accidente ocurre en España y el demandado reside en el Reino Unido, la demanda puede presentarse indistintamente en España o en el Reino Unido sobre la base del reglamento «Bruselas I», pero la ley aplicable seguirá siendo diferente. No puede extrañar, por tanto, que el principio de coherencia requiera en estos casos de una actuación unilateral de los Estados parte de los Convenios de La Haya, procurando su denuncia<sup>14</sup>.

14. Mención aparte merece la particular relación transversal existente entre los reglamentos «Bruselas I» y «Bruselas I bis» y los convenios de Lugano I y Lugano II<sup>15</sup>. En apariencia, dado que tales textos se aplican en ám-

---

<sup>13</sup> Es el caso *Gaynor Winrow v. Ageas Insurance Ltd* [2014] EWHC 3164 (QB). Véase nota de SÁNCHEZ LORENZO, S., *Annuaire de droit de l'Union Européenne*, 2014, pp. 478-485.

<sup>14</sup> Véase GARAU JUANEDA, L., «La conveniencia de una denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 sobre responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación», *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 497-504.

<sup>15</sup> La historia de esta relación transversal es significativa: el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Lugano I) se ratificó para extender inicialmente el espacio judicial europeo creado por el Convenio de Bruselas de 1968 a aquellos países que no siendo Estados miem-



bitos territoriales y espaciales diferenciados, el desajuste o incoherencia no debería resultar problemático. Pero nada más lejos de la realidad. En esencia, el Reglamento 4/2009 no contiene reglas específicas de compatibilidad con el Convenio de Lugano. Con carácter general, el art. 69.1 del Reglamento prevé su compatibilidad con los acuerdos bilaterales y multilaterales vigentes, que pueden afectar a las relaciones de los Estados miembros con terceros Estados. Por otra parte, las reglas de compatibilidad del Convenio de Lugano con el régimen de Bruselas (art. 64 del Convenio), aplicables por analogía<sup>16</sup> o por extensión<sup>17</sup>, sugieren que se apliquen las reglas del Convenio cuando exista sumisión a los tribunales de un Estado parte que no sea miembro de la Unión Europea (Suiza, Noruega o Islandia) o, en su defecto, el demandado se encuentre domiciliado en uno de estos Estados.

15. Estas reglas de delimitación no son, sin embargo, infalibles. Para ilustrar los desajustes, basta recordar ciertas dificultades para conjugar la aplicación del Reglamento (CE) núm. 4/2009 («Bruselas III») en materia de alimentos con las disposiciones del Convenio de Lugano II<sup>18</sup>. Por otra parte,

---

bros de las Comunidades Europeas participaban de la Asociación Europea de Libre Cambio. Acabaría sirviendo, asimismo, para la adhesión de Estados que se aproximaban desde el Este como candidatos firmes a incorporarse a la Unión (Polonia). La «comunitarización» del Convenio de Bruselas y su conversión en el Reglamento 44/2001 provocó un divorcio o desajuste que tuvo que ser remediado con la renovación por el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 del mismo nombre («Lugano II»), circunstancia que permitió al TJUE incidir en la competencia exclusiva de la Comunidad Europea para su celebración [Dictamen 1/03 del TJUE (Pleno) de 7 de febrero de 2006]. Pero apenas este Convenio empezó a funcionar, el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) dio al traste con la convergencia y provocó la necesidad de un próximo «Lugano III». Ciertamente, las velocidades nomogénicas no son las mismas en un proceso de negociación de un convenio internacional que en una acción institucional de la Unión Europea. Por ello, es previsible que «Lugano III» llegue al mismo tiempo que se sustituye «Bruselas I bis» por un hipotético «Bruselas I ter».

<sup>16</sup> Véase en este sentido ANDRAE, M., «EGUnt-VO», *Europäisches Zivilprozessrecht und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR Kommentar* (T. Rauscher Hrg.), Munich, Sellier, 2010, p. 756.

<sup>17</sup> Así lo afirma la STJUE (Sala 2.<sup>a</sup>) de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-467/16. *Brigitte Schlömp/Landratsamt Schwäbisch Hall*), en sus fundamentos 41 a 43 (ECLI:EU:C:2017:993).

<sup>18</sup> El Reglamento «Bruselas III» contempla la *prorrogatio fori*, de forma que permite a las partes acordar por escrito, con carácter general, la competencia «exclusiva», salvo pacto en contrario, de los Tribunales del Estado miembro de la residencia habitual o de la nacionalidad (*domicile* en el caso del Reino Unido e Irlanda) de cualquiera de las partes (art. 4). Esta posibilidad se extiende, en el caso de cónyuges y excónyuges, a los órganos jurisdiccionales que resulten competentes para conocer de la causa matrimonial de conformidad con el Reglamento «Bruselas II bis» o a los coincidentes con su última residencia habitual común durante al menos un año. Los foros señalados deben concurrir bien en el momento de celebrarse el acuerdo de elección de fuero, bien en el momento de presentar la demanda. La posibilidad de sumisión expresa resulta excluida cuando se trata de obligaciones alimenticias respecto de menores de dieciocho años (art. 4.3). Pues bien, si el acuerdo de las partes designa la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de un Estado parte del Convenio «Lugano II», que no sea Estado miembro de la Unión Europea (Suiza, Noruega o Islandia), la competencia se determinará de conformidad con el Convenio «Lugano II». El problema que se plantea es si dicha sumisión en favor de unos tres Estados se refiere a las obligaciones alimenticias respecto de menores de dieciocho años, en que según el Reglamento la *prorrogatio fori* no está reconocida. En tales circunstancias, si se descarta la *prorrogatio fori* y se aplican los foros de competencia del Reglamento vistos en su defecto, se plantearía una interferencia del legislador europeo en las opciones de sumisión que sí habilita el art. 23 del Convenio «Lugano II» [véanse ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Reglamento 4/2009 CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas», *Revista Jurídica Española La Ley*, 31 de julio de 2009, núm. 7.230, pp. 2-3; RUEDA VALDIVIA, R., «Cambios en el sistema de fuentes de Derecho internacional privado en materia de alimen-

aun en los ámbitos bien delimitados, el paralelismo de unas normas pensadas para extender un espacio judicial europeo requiere una interpretación uniforme que no puede ser garantizada conforme a las reglas que caracterizan a la transversalidad de fuentes. De ahí que la solución se haya alcanzado en este caso concreto a través del propio Protocolo núm. 2 al Convenio de Lugano, relativo a la interpretación judicial uniforme del Convenio y al Comité Permanente, que permite extender *de facto* la función interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### 3. LAS DIFICULTADES DE UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA SIN SISTEMA: EL MITO DE LAS NOCIONES AUTÓNOMAS

16. Hemos definido el principio de coherencia como un instrumento esencialmente orientado a una interpretación sistemática del Derecho internacional privado europeo. Sin embargo, la pretensión es en sí misma paradójica. El Derecho internacional privado europeo es una rama del ordenamiento jurídico, inseparable de hecho, cuando menos, del Derecho privado en su conjunto. Aunque la evolución del Derecho internacional privado europeo ha sido imparable, y hoy por hoy cubre una buena parte del Derecho internacio-

---

tos», *El arreglo pacífico de controversias internacionales (XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales - AEPDIRI. Córdoba, 20-22 de octubre de 2011)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 610]. En defecto de sumisión expresa o tácita, el Reglamento «Bruselas III», de forma parecida a lo previsto en el Reglamento «Bruselas I» o en el Convenio «Lugano II», prevé la competencia concurrente de los tribunales de los Estados miembros correspondientes a la residencia (en lugar del domicilio) del demandado y a la residencia (y no al domicilio) del acreedor de alimentos [art. 3.a) y b)]. Apparently, the rule cited facilitates the compatibility of the Regulation with the Convention «Lugano II». Si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro o en un tercer Estado, no debe existir problema en aplicar los foros de competencia del Reglamento. Sin embargo, la situación puede ser más dudosa si, por ejemplo, el domicilio del demandado se encuentra en un Estado parte del Convenio «Lugano II», no miembro de la Unión Europea. Según las reglas de compatibilidad entre el Convenio «Lugano II» y el Reglamento «Bruselas I» [art. 64.2.a) del Convenio], en este caso las normas de competencia aplicables deberían ser las de los arts. 3 y 5.2 del Convenio «Lugano II», que no son exactamente coincidentes, pues se refieren al «domicilio» del demandado o al «domicilio o residencia habitual» del acreedor de alimentos. No existe una regla de compatibilidad específica en este punto entre el Reglamento «Bruselas III» y el Convenio «Lugano II», con excepción de la regla general del art. 69 del Reglamento «Bruselas III»; lo más lógico será mantener, pues, el mismo criterio de compatibilidad. Aunque en la práctica es difícil que se susciten conflictos, debe tenerse en cuenta que mientras la «residencia habitual» es un concepto europeo autónomo, el «domicilio» depende de los sistemas jurídicos nacionales (art. 59 del Convenio Lugano II). Esto quiere decir que es factible que, aplicando la ley nacional, se considere que el domicilio del acreedor o deudor de alimentos demandado se encuentra en Suiza, Noruega o Islandia y, al mismo tiempo, utilizando el concepto autónomo de «residencia habitual» se estime que esta se encuentra ubicada en un Estado miembro. En tal caso, es fácil que el tribunal del Estado miembro en que reside el demandado tienda a declararse competente en virtud de lo dispuesto en el art. 3.a) del Reglamento, cuando en puridad las reglas aplicables resultan ser las del Convenio de Lugano II en virtud del domicilio del demandado [art. 64.2.a)], que precisamente utilizan como foro general dicho «domicilio» (art. 2), lo que justificaría, a salvo de foros especiales, la competencia del tribunal suizo, islandés o noruego donde se estima que el demandado tiene su domicilio. Este último ejemplo nos conduce, en realidad, a un problema más general, fuente de múltiples incoherencias, que enfrenta la autonomía de los conceptos fácticos a la nacionalidad de los conceptos jurídicos y que será analizado con detalle más adelante.

nal privado de los Estados miembros, el hecho es que no existe un sistema de Derecho privado europeo ni una armonización relevante en este ámbito, como hemos puesto de relieve en otros lugares<sup>19</sup>. En consecuencia, mientras el Derecho internacional privado cae bajo la competencia más amplia de la armonización europea, el Derecho privado se mantiene en la órbita de los Derechos nacionales, fuertemente impermeable a la armonización europea. Esta circunstancia ha lastrado la propia armonización del Derecho internacional privado, multiplicando sus imperfecciones y, en consecuencia, los riesgos de incoherencias difícilmente solubles<sup>20</sup>. En buena medida, el Derecho internacional privado europeo adolece de falta de solidez sistemática.

<sup>19</sup> Véase SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado europeo*, Comares, 2002, pp. 193-292.

<sup>20</sup> Por otra parte, la armonización del Derecho internacional privado no ha podido prescindir de los lastres que caracterizaban las soluciones convencionales o intergubernamentales. Hay, en los reglamentos europeos, demasiadas concesiones o soluciones transaccionales. Un buen ejemplo puede ser la imperfección que deriva del ámbito de aplicación del Reglamento «Roma II» al excluir los daños producidos por violación de la intimidad o de los derechos de la personalidad. Es bien sabido que esta exclusión obedeció al deseo de que el Reino Unido, como así fue, participara en el Reglamento. La reticencia de los demás Estados a incluir la regla británica de la «*double actionability*», que satisface a los potentes *lobbies* de la comunicación en el Reino Unido, aconsejaba una prudente exclusión. Tras el Brexit, ya se anuncia una reforma del Reglamento para incluir la materia excluida por motivos transaccionales. El elemento transaccional está presente asimismo en claras involuciones de contenido, como la que se puede apreciar en el tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados si comparamos el art. 7 del Convenio de Roma y el art. 9 del Reglamento «Roma II» (nos remitimos a las consideraciones críticas que vertimos en SÁNCHEZ LORENZO, S., «Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts after Rome I», *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, pp. 81-86). La restricción de los supuestos en el Reglamento fue igualmente un guiño al Reino Unido, que había reservado la aplicación del art. 7.1 del Convenio de Roma, para que se sumara al Reglamento, como así fue. La consecuencia fue una limitación injustificada de la aplicación de normas imperativas de terceros Estados distintos a los del lugar de ejecución del contrato, tales como las del Estado de origen en caso de comercio de bienes culturales, las del Estado de establecimiento de la sociedad en relación con ciertas actividades sujetas a autorización o conductas medioambientales o sanitarias, o las del Estado cuyo mercado resulta afectado sin ser el de ejecución del contrato en supuestos de infracción de normas sobre la competencia. Aunque tal vez lo más paradójico del caso es que el Derecho internacional privado inglés, aun aplicando el Reglamento «Roma I», es capaz de aplicar estas normas internacionalmente imperativas de terceros Estados distintos al país de la ejecución a partir de la noción de *comity* y de la cláusula general de orden público (véase, para más detalle, SÁNCHEZ LORENZO, S., *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 159-162). Las distintas velocidades constitucionales, con las facultades de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido, han contribuido, asimismo, a la incoherencia normativa, que dificulta la coherencia interpretativa. Este Derecho internacional privado a distintas velocidades afecta, como es sabido, a ámbitos del Derecho de familia como los Reglamentos «Roma III» y los referidos a los regímenes económicos matrimoniales o de las parejas registradas, además de a otros en los que se detecta la ausencia del Reino Unido o Dinamarca. El efecto producido recuerda, *mutatis mutandis*, a los perniciosos efectos para el Derecho privado europeo de las denominadas «directivas de mínimos» o de armonización mínima, que, por ejemplo, establecen un marco común de protección habilitando a los Estados, al mismo tiempo, para aumentar dicho umbral. La consecuencia final es la misma: un Derecho internacional privado deforme (remedando a FERRARA, F., «La lege difforme cambiaria», *Scritti Minori, t. III: Titoli di crédito. Le Banche e le operazioni di banca*, Milán, 1971, pp. 41-81), más que uniforme, que al final provoca impredecibilidad y complejidad. Los riesgos de las directivas de mínimos ya fueron advertidos por las instituciones europeas desde un inicio. Como señalaba el Comité Económico y Social, en relación con la Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas): «Se mantienen diferencias notables en los niveles de protección de los consumidores, facilitadas por el carácter minimalista de la Directiva, que permite que determinados Estados miembros instituyan regímenes más estrictos —pero no armonizados— de protección de los consumidores, lo que no contribuye a la realización del mercado interior, sino que más bien la perjudica» [Dictamen del

17. El argumento se vincula en primer término a la ausencia de una auténtica «Parte General» del Derecho internacional privado y entronca con las conocidas reivindicaciones, bastante quiméricas, orientadas a la redacción de Reglamentos «Bruselas-0» y «Roma-0», o de un Código europeo de Derecho internacional privado<sup>21</sup>. Hasta cierto punto es incorrecto pensar que el Derecho internacional privado europeo no alcanza en modo alguno a una «parte general» del Derecho internacional privado. Al menos, muchos de los problemas generales de la competencia judicial internacional (litispendencia, conexidad, sumisión tácita, control de oficio) y de Derecho aplicable (normas imperativas, orden público, remisión a sistemas plurilegislativos, reenvío) tienen una reglamentación clara en los distintos textos, variable en algunos casos, pero no exenta de cierta coherencia. En el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones y actos la inducción de una auténtica parte general es más evidente y se antoja menos necesaria. Pero también es cierto que esa ausencia de Parte General debilita en muchos casos el efecto útil de la armonización. El ejemplo más evidente viene dado por la diversidad de sistemas nacionales en el mecanismo de alegación, prueba y aplicación del Derecho extranjero<sup>22</sup>. De poco sirve implementar normas de Derecho aplicable comunes, si no se garantiza una aplicación de oficio del Derecho extranjero o se facilita procesalmente el legeforismo con una aplicación «residual» de la *lex fori* más común de lo deseable. No mejora el problema el hecho de que el conocimiento e información del Derecho extranjero, en particular de los propios Estados miembros, haya empeorado en los últimos tiempos, por la vía de eliminar el cauce de la cooperación consular sobre la falsa hipótesis de la accesibilidad al Derecho de otros Estados miembros mediante las redes judiciales y mecanismos propiamente europeos, de todo punto insuficientes.

18. En todo caso, las imperfecciones del sistema de Derecho internacional privado europeo (y el hecho cierto de un no-sistema de Derecho privado

---

Comité Económico y Social sobre el tema «Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores» (DOCE C 116, de 20 de abril de 2001, pp. 117-127)]. El mismo resultado se obtiene en aquellas Directivas que, sin pretender una armonización mínima, introducen posibilidades de excepción por razones de orden público o moralidad. Es el caso del art. 6 de la Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, que excluye la patentabilidad de las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, interpretadas de forma discrecional por las autoridades nacionales en el contexto social y cultural de cada Estado miembro (STJCE de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98, *Países Bajos/Parlamento*, ECLI:EU:C:2001:523).

<sup>21</sup> Véanse LEIBLE, S. y UNBERATH, H. (eds.), *Brauchen Wir ein Rome-0 Verordnung?: Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, Jena, JWV, 2013; LEIBLE, S. y MÜLLER, M., «A General Part for European Private International Law? The Idea of a Rome 0 Regulation», *Yearbook of Private International Law*, vol. 14 (2012-2013), pp. 137-152; LAGARDE, P., «Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé», *Rebels Z.*, vol. 75, 2011, pp. 673-676; FALLON, M., LAGARDE, P. y POILLOT-PERUZZETTO, S. (dirs.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, Bruselas, Peter Lang, 2011.

<sup>22</sup> Véanse las demoleadoras conclusiones del informe de ESPLUGUES MOTA, C., «General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe», en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, Sellier, 2011, pp. 3-94, esp. pp. 90-91.

européo) cargan en las espaldas del intérprete una labor interpretativa hercúlea. Con los imperfectos mimbres que le proporciona el legislador europeo, el TJUE actúa como una especie de juez inglés creando reglas de *common law* en ausencia de Derecho escrito. El inconveniente es que el TJUE se compone de aficionados en el campo del Derecho privado y, por supuesto, en el Derecho internacional privado. La mayor parte de jueces y abogados generales son especialistas de Derecho público o Derecho internacional público: internacionalistas, constitucionalistas y administrativistas. Su competencia queda fuera de duda cuando se trata de aplicar e interpretar el Derecho institucional, pero a menudo resulta muy dudosa al enfrentarse a principios y razonamientos de puro Derecho privado, como tendremos ocasión de evidenciar. Las instituciones europeas deben afrontar la necesidad de especializar las Salas del TJUE y, en particular, se hace necesaria una Sala que extienda su competencia a los sectores más vinculados al Derecho privado<sup>23</sup>, tales como la cooperación judicial en materia civil o la política de consumidores.

19. Con todo, la labor del TJUE es limitada; y es un hecho contrastado que los órganos jurisdiccionales nacionales, e incluso las propias partes, son reacias a sufrir las demoras que provoca la interposición de una cuestión prejudicial. Con excesiva frecuencia, los tribunales nacionales se arriesgan a interpretar el Derecho internacional privado aun cuando su alcance o el problema planteado disten mucho de poder calificarse como claros. Es paradigmática en este sentido la diversidad de interpretaciones por los jueces nacionales acerca de la posibilidad de una elección tácita de la ley aplicable prevista en el art. 3 del Reglamento «Roma I»<sup>24</sup>. Como expusimos en otro lugar<sup>25</sup>, la divergencia en la interpretación de esta peculiar cuestión viene dada de forma inevitable por un círculo vicioso. Inducir una elección de la ley aplicable en virtud de una voluntad tácita exige aplicar reglas de interpretación del contrato, que difieren de un Estado a otro. Si la interpretación del contrato se rige por la *lex contractus*, ¿cómo podemos resolver la cuestión si aún no sabemos cuál es la *lex contractus*? La solución es sencilla: cada juez aplica su propio Derecho contractual o *lex fori* y las soluciones finales sobre la *lex causae* son divergentes. De esta forma, la coherencia exige, como advierte el TJUE en el caso *Achmea*, hacer de la cuestión prejudicial la clave de bóveda del principio. Pero siendo este un postulado, aún queda por ver en qué medida el TJUE, incluso sirviéndose de jueces y abogados generales expertos en Derecho privado e internacional privado, puede ser capaz, sin contar con un sistema de Derecho privado, de crear un catálogo de nociones autónomas de

<sup>23</sup> Véase en este sentido LEIBL, S., «Die Rolle der Rechtsprechung der Europäischen Gerichtshofes bei der europäischen Privatrechtsentwicklung», *Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch*, Frankfurt, Springer, 1999, pp. 59 y 80-83.

<sup>24</sup> Véanse PLENDER, R. y WILDERSPIN, M., *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 2.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 92-100; WILDERSPIN, M., «Les perspectives d'une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, París, Dalloz, 2004, p. 177.

<sup>25</sup> Véase SÁNCHEZ LORENZO, S., «Choice of Law...», *loc. cit.*, *op. cit.*, nota 20, pp. 79-81.

Derecho internacional privado o instrumentales para la interpretación de las normas de Derecho internacional privado<sup>26</sup>. Como veremos, la posibilidad de generar nociones autónomas en el marco europeo, constantemente reivindicada por el TJUE, es limitada, de forma que la invocación de este principio pertenece más al mito que a la realidad.

20. Los conceptos autónomos son posibles y funcionan eficientemente cuando se trata de datos o elementos fácticos, incluso con relevancia jurídica. Así, es posible un concepto europeo de «residencia habitual», aunque pueda ser variable según los ámbitos materiales. Si se trata de determinar la residencia habitual del menor a efectos de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental (art. 8 del Reglamento «Bruselas II»), el concepto se orientará a la acotación de las circunstancias de la permanencia del menor en un territorio que apunten a la determinación de su entorno social y familiar<sup>27</sup>. El concepto puede resultar muy próximo al de la residencia habitual en materia sucesoria o alimenticia, con las debidas matizaciones en razón de las peculiaridades de la materia y de los objetivos de política legislativa que persigue el foro en cada caso, pero lo relevante es que el TJUE, una vez determinado ese objetivo, juega esencialmente con elementos fácticos para elaborar una noción autónoma: duración, regularidad, condiciones y razones de permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, nacionalidad del menor, lugar y condiciones de escolarización, conocimientos lingüísticos, relaciones familiares y sociales en dicho Estado, compra un alquiler de vivienda por los padres o solicitud de una vivienda social, etc. La ausencia de un Derecho privado europeo no es un obstáculo insalvable, pues la creación del concepto autónomo puede prescindir de la forma diferente en que se entiende el concepto de residencia habitual en los distintos ordenamientos jurídicos: a lo sumo, existirá una diferencia de criterio en la apreciación de circunstancias fácticas o del modo en que se orienta el propio concepto.

21. La misma facilidad para alcanzar una noción autónoma de contenido fáctico se encuentra al determinar el concepto de «lugar de entrega» o «lugar de prestación del servicio» en materia de obligaciones contractuales. En el primer caso, la circunstancia fáctica retenida atiende al lugar en que la entrega material se efectuó o debía efectuarse y en virtud de la cual el comprador adquiere la facultad de disponer efectivamente de tales mercancías en el destino final de la operación de compraventa<sup>28</sup>. En el segundo, el TJUE ha tendido hacia el lugar de prestación «principal» o «efectiva», estableciendo

---

<sup>26</sup> Sobre las nociones autónomas, véanse RIESENHUBER, K., «§ 10. Die Auslegung», *Europäische Methodenlehre*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlín, De Gruyter, 2015, pp. 201-202. *Id.*, «§ 10. Interpretation of EU Secondary Law», *European Legal Methodology*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 233-235; MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, A., «Qualification et concepts autonomes dans l'élaboration d'un code européen de droit international privé», *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, Bruselas, Peter Lang, 2011, pp. 319-326.

<sup>27</sup> STJCE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 2 de abril de 2009 (asunto C-523/07, A, ECLI:EU:C:2009:225).

<sup>28</sup> STJUE (Sala 4.<sup>a</sup>) de 25 de febrero de 2010 (asunto C-381/08, *Car Trim GmbH/KeySafety Srl*, ECLI:EU:C:2010:90).

criterios subsidiarios en caso de duda, tales como el domicilio del agente<sup>29</sup>, o habilitando reglas para el caso de multiplicidad de lugares de entrega o prestación de servicios<sup>30</sup>. Tampoco habría sido particularmente complejo elaborar una presunción autónoma europea en relación con el lugar del pago, aunque la jurisprudencia del TJUE haya incorporado a cada caso la presunción, potencialmente diversa, prevista en la *lex contractus*<sup>31</sup>.

22. El foro especial en materia de responsabilidad extracontractual es asimismo representativo de las posibilidades positivas de construcción de nociones autónomas. La jurisprudencia del TJUE en este punto ha partido de un valor negativo para proporcionar una noción autónoma del lugar de daño: la ausencia de un principio de *favor laesi*<sup>32</sup>. Sobre esta base ha construido la noción a partir de un análisis estricto del principio de proximidad definido a partir de ventajas en la organización del proceso, ya sea para determinar la culpabilidad o el daño. A partir del asunto *Minas de Potasa*<sup>33</sup>, el TJUE ha dictado múltiples decisiones cuya función ha sido acotar, precisamente, la circunstancia fáctica del elemento causal o del lugar de producción del daño aplicado a diversos ámbitos y sectores.

23. La posibilidad de proporcionar nociones autónomas queda, sin embargo, en entredicho, cuando más allá de las circunstancias fácticas determinantes de la precisión de un foro o punto de conexión de carácter fáctico, el TJUE no se limita a determinar la relevancia jurídica de los hechos o, dicho de otra manera, la elevación de una circunstancia fáctica al orden de los conceptos jurídicos, sino que debe lidiar con conceptos o nociones propiamente jurídicas, que implican una clara pre-comprensión por parte de los sistemas jurídicos. En estos casos, sin un Derecho privado propiamente europeo, no es verosímil que pueda definirse en términos europeos qué es «materia contractual» o «extracontractual», «enriquecimiento injusto» o «buena fe».

24. La historia del fracaso en la delimitación de la materia «contractual» o «extracontractual» en el marco del Reglamento «Bruselas I» (y «Bruselas I bis») es reveladora a este respecto. La calificación contractual requería la exis-

<sup>29</sup> STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 11 de marzo de 2010 (asunto C-19/09, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, ECLI:EU:C:2010:137); STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 10 de septiembre de 2015 (asunto C-47/14, *Ferho*, ECLI:EU:C:2015:574); STJUE (Sala 7.<sup>a</sup>) de 8 de marzo de 2018 (asunto C-64/17, *Saey Home & Garden NV/SA c. Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais SA*, ECLI:EU:C:2018:173).

<sup>30</sup> STJCE de 6 de mayo de 2007 (asunto C-386/05, *Color Drack*, ECLI:EU:C:2007:262); STJCE (Sala 4.<sup>a</sup>) de 9 de julio de 2009 (asunto C-204/08, *Rehder*, ECLI:EU:C:2009:439); STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 7 de marzo de 2018 (asuntos C-274/16, 447/16 y 447/18, *flightright GmbH/Air Nostrum, Roland Becker/Hainan Airlines y Barkan y otros/Air Nostrum*, ECLI:EU:C:2018:160).

<sup>31</sup> STJCE de 6 de octubre de 1976 (asunto 12/1976, *Tessili/Dunlop*, ECLI:EU:C); STJCE de 26 de junio de 1994 (asunto C-288/1992, *Custom Made Commercial Ltd/Stawa Metallbau GmbH*, ECLI:EU:C:1994:268); STJCE de 28 de septiembre de 1999 (asunto C-440/1997, *Concorde*, ECLI:EU:C:1999:456); STJCE de 5 de octubre de 1999 (asunto C-420/1997, *Leathertex Divisione Sintetici SpA/Bodetex BVBA*, ECLI:EU:C:1999:483); STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) de 14 de marzo de 2013 (asunto C-419/11, *Česká spočitelna*, ECLI:EU:C:2013:165).

<sup>32</sup> STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) de 25 de octubre de 2012 (asunto C-133/11, *Folien Fischer Fofitec/Ritrama SpA*, ECLI:EU:C:2012:664).

<sup>33</sup> STJCE de 30 de noviembre de 1976 (asunto 21/1976, *Mines de Potasse d'Alsace*).

tencia de una obligación libremente acordada entre las partes<sup>34</sup>. La ausencia de dicha obligación implicaba la calificación no contractual de la responsabilidad derivada de un hecho ilícito propiamente dicho o de la vulneración de una obligación legal en materia de propiedad industrial o intelectual, libre competencia o fraude fiscal. La dificultad, evidentemente, radica en calificar la acción o el derecho en aquellos casos en que existiendo una obligación contractual, libremente consentida por las partes, se dilucida una responsabilidad eventualmente extracontractual. El primer tropezón de cierto calibre se produce en la solución del asunto *Brogssitter*<sup>35</sup>. En el caso concreto, la acción se fundó en el Derecho alemán sobre competencia desleal con el objeto de reclamar la responsabilidad extracontractual derivada de la comercialización de mecanismos de relojería por parte del relojero que se había comprometido contractualmente a fabricar dichos mecanismos para el demandante, presuntamente en virtud de un pacto que implicaba exclusividad. La pretensión del TJUE de elaborar una delimitación autónoma de la materia contractual y extracontractual le impulsaba a partir de una calificación ajena a la configuración o base legal de la acción en los Derechos nacionales. El TJUE invocó la necesidad de «interpretar el contrato» en la calificación contractual, de forma que se trataría de materia contractual «si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo». El argumento conduce al absurdo. La interpretación del contrato puede ser necesaria para determinar el incumplimiento de una obligación contractual, pero también puede ser determinante para establecer la existencia de una obligación de exclusividad que puede condicionar un supuesto de competencia desleal ilícita. Pero, lo que es más evidente, interpretar un contrato no es una mera cuestión de hecho, sino de Derecho, que depende de la ley que rige el contrato [art. 12.1.a) del Reglamento «Roma I»]. En todos los sistemas jurídicos, el contrato no solo obliga a lo que las partes han convenido, sino a las obligaciones legales (no convenidas) previstas por la ley rectora del contrato o, incluso, por la ley de un tercer Estado (art. 9 del Reglamento «Roma I»)<sup>36</sup>. Se trata de obligaciones contractuales que no emanan del contrato, sino del Derecho de los contratos, y cuya exigencia o incumplimiento no requieren de la interpretación del contrato, sino de la Ley<sup>37</sup>. Del mismo modo, la equidad o la buena fe son, en muchos, aunque no en todos los sistemas, fuentes de obligaciones contractuales externas al propio contrato.

25. En suma, para la calificación contractual la necesidad de interpretar el contrato no es operativa ni determinante. El TJUE puede intentar

<sup>34</sup> STJCE de 17 de junio de 1992 (asunto C-26/1991, *Handte*, ECLI:EU:C:1992:268); STJUE (Sala 7.<sup>a</sup>) de 17 de octubre de 2013 (asunto C- 519/12, *OTP Bank*, ECLI:EU:C:2013:674).

<sup>35</sup> STJUE (Sala 7.<sup>a</sup>) de 13 de marzo de 2014 (asunto C-548/12, *Brogssitter*, ECLI:EU:C:2014:148).

<sup>36</sup> Véase, en este sentido, la Nota de AFFERINI, G., *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005/1, p. 108.

<sup>37</sup> Véase DORNIS, T. W., «Von Kalfelis zu Brogssitter - Künftig enge Grenzen der Annexkompetenz in europäisches Vertrags- un Deliktsgerichtsstand», *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 6/2014, pp. 352, 354.



calificar la naturaleza de la relación jurídica a partir de criterios sustanciales autónomos, y en ocasiones tales criterios existen en el Derecho europeo. Así ocurre con la calificación contractual de la restitución del pago en caso de nulidad del contrato en razón del propio art. 12.1.e) del Reglamento «Roma I»<sup>38</sup>, pero en general es una labor imposible en ausencia de un Derecho privado europeo<sup>39</sup>. La alternativa, pues, obliga a tener en cuenta cómo se configura la *causa petendi* conforme al Derecho nacional en que se funda la acción, renunciando a una noción propiamente autónoma de «materia contractual», cosa que por otra parte ha hecho el propio TJUE en alguna ocasión<sup>40</sup>. De otra forma, el TJUE o, de forma más comprometida aún, las jurisdicciones nacionales deben dilucidar si el incumplimiento de la obligación (explícita o implícita) de exclusividad es una vulneración del contrato o una violación de las condiciones de protección del mercado en condiciones de competencia leal, sin que se vea muy bien con qué herramientas se puede llegar a una u otra conclusión en ausencia de un Derecho privado europeo.

26. Al hilo del asunto *Brogstetter*, me atreví a profetizar que algún día el TJUE se perdería en un caso de ruptura abrupta de las relaciones comerciales<sup>41</sup>, y ese día llegó casi de forma inmediata en el asunto *Granarolo*<sup>42</sup>. La ruptura abrupta de las relaciones comerciales cuando el contrato no contempla reglas de terminación merece una calificación contractual en sistemas como el español, el alemán o el inglés. Pero la eventual necesidad de un preaviso no emana del contrato, ni siquiera de la Ley, sino de la buena fe que, como la equidad, en algunos sistemas es una fuente autónoma de obligaciones contractuales (art. 1.258 del CC). La fuente de la responsabilidad no es el contrato, sino el Derecho contractual. En el Derecho inglés, aunque la materia sea contractual, simplemente se admite el derecho a romper abruptamente

<sup>38</sup> Cabe recordar a estos efectos la reserva realizada por el Reino Unido a la aplicación del art. 10.1.e) del Convenio de Roma.

<sup>39</sup> Véase, en este sentido, la Nota de SUJECKI, B., *EuZW*, 10/2014, pp. 384-385.

<sup>40</sup> «En cuanto al fundamento jurídico de la demanda formulada por los Commissioners, la acción ejercitada por estos contra Sunico se basa, no en la legislación del Reino Unido en materia de IVA, sino en la presunta participación de Sunico en una conspiración para defraudar a la que se aplica el Derecho de ese Estado miembro sobre responsabilidad civil delictual o cuasidelictual» [STJUE (Sala 3.ª) de 12 de septiembre de 2013 (asunto 49/12, *Sunico*, ECLI:EU:C:2013:545, pt. 37)].

<sup>41</sup> «On peut se demander ainsi si la rupture brutale des relations commerciales sans aucun préavis donne lieu à une action contractuelle ou délictuelle. Selon le droit anglais (et la plupart des systèmes juridiques européens) il faudra interpréter le contrat afin de déterminer l'existence d'une obligation contractuelle implicite. Le droit anglais qualifierait la question comme contractuelle, interprétant le contrat et concluant que le préavis n'est pas en réalité un *implied-in-fact term*. Des systèmes juridiques, tels l'allemand ou l'espagnol, ont également besoin d'interpréter le contrat, mais ils arriveront peut-être à la conclusion de l'existence d'une obligation implicite imposée par le principe contractuel de la bonne foi. Par contre, même si la considération en France était purement délictuelle sur la base de l'article L 442-6-1, 5.º du Code de commerce, on peut tout de même compter avec une interprétation du contrat, surtout compte tenu du fait que les parties ont toujours l'option d'une action contractuelle» (SÁNCHEZ LORENZO, S., «Délimitation ente "matière contractuelle" et "matière délictuelle" dans l'Espace judiciaire européen», *Annuaire de droit de l'Union Européenne*, 2014, pp. 476-477).

<sup>42</sup> STJUE (Sala 2.ª) de 14 de julio de 2016 (asunto C-196/15, *Granarolo SpA/Ambrosi Emmi France SA*, ECLI:EU:C:2016:559).

los contratos, si las partes no han previsto nada<sup>43</sup>. En cambio, en el Derecho francés la calificación es extracontractual, y la obligación de preaviso emana de la obligación legal dispuesta en el art. L-442-6-1-5 del CCo.

27. Para solucionar el problema, a través de un concepto autónomo, el TJUE se saca de la chistera la calificación contractual si es que existe una obligación implícita o tácita de preaviso. Para lograr su calificación autónoma, el TJUE convierte en un hecho una cuestión que es de Derecho: la interpretación jurídica. Con ello acredita su condición de diletante en materia de Derecho privado. En efecto, la existencia de una obligación tácita no es una cuestión de hecho, sino de Derecho, de interpretación del contrato, y para determinarla hay que aplicar alguna ley. En el caso de la ruptura abrupta, la ley española dice que la obligación tácita existe, por imponerla la buena fe; el Derecho inglés, que no existe porque el preaviso no es un *implied-in-fact term*. Y el Derecho francés, que ni falta que hace, porque es una obligación legal cuya invocación ha de ser extracontractual. Si pretendemos una calificación autónoma que no se sirva de las distintas opciones nacionales, la solución es fácil: para interpretar si hay una obligación tácita, apliquemos las reglas de interpretación (integración) del contrato del Derecho privado europeo, y no los Derechos nacionales. El TJUE propone algunos indicios, incluida la buena fe, como si se tratara de una cuestión puramente fáctica. Tales indicios son casi insultantes para el Derecho contractual inglés, y el TJUE se convierte de esta forma en legislador del Derecho contractual europeo formulando una aparente teoría general de la interpretación en Derecho de los contratos. Pero no existe un Derecho privado europeo al respecto, a menos que los Principios Lando o el *Draft Common Law of Reference* hayan entrado en vigor sin que lo hayamos advertido; ergo estamos como al principio y la solución es imposible en los términos que la plantea el TJUE.

28. La solución es posible, pero solo si se abandona la vana pretensión de crear conceptos jurídicos autónomos de Derecho privado, cuando no existe un Derecho privado europeo. La respuesta, ya implícita en normas como el art. 12 del Reglamento «Roma II», es sencilla y funcional: entre partes contratantes, deben utilizarse los foros en materia contractual, con independencia de que la reclamación sea contractual o no. Finalmente, será un foro previsible y operativo<sup>44</sup>. Dicho de otra forma, utilicemos soluciones autónomas de Derecho internacional privado sin recurrir a conceptos jurídicos autónomos de Derecho privado que no tenemos.

<sup>43</sup> *Baird Textile Holdings Ltd. versus Mark & Spencer plc.* [2001] EWCA Civ 271.

<sup>44</sup> El Abogado General DARMON ya había expuesto este planteamiento en sus conclusiones al asunto *Kalfelis*. Véase, en el mismo sentido, la nota a dicho caso de GAUDEMET-TALLON, H., *Rev. crit. DIP*, 1989, pp. 120-123. También FONT I SEGURA, A., «La responsabilidad del porteador efectivo en el Convenio de Bruselas de 1968», *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1999, pp. 187 y 204-206. Y los comentarios al asunto *Brogssitter* de HAFTEL, B., *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 872; USUNIER, L., «Torsions et contorsions des situations contractuelles en droit international privé», *RTD civ.*, 2014, p. 848; y SÁNCHEZ LORENZO, S., «Délimitation...», *loc. cit.*, nota 41, p. 472. Recientemente, MÜLLER, M., «Objektive Anknüpfungsmomente für Schuldverhältnisse im europäischen IPR und IZVR: Die Behandlung vertraglicher Sachverhalte», *Kohärenz im internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, p. 275.

29. La naturaleza mítica de las nociones autónomas para el Derecho internacional privado europeo sin un Derecho privado europeo es palpable en otros ámbitos. La STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) de 20 de abril de 2016 (asunto C-366/13, *Profit Investment SIM SpA/Stefano Ossi y otros*) suscita precisamente la cuestión de la calificación de la acción de nulidad o anulación del contrato<sup>45</sup>. Las acciones vinculadas a la nulidad del contrato en el Derecho inglés se reconducen a la *restitution* y presentan una naturaleza extracontractual o cuasicontractual<sup>46</sup>. De hecho, calificar una acción de restitución por nulidad radical del contrato por un vicio de consentimiento como «contractual» es contradictorio con la jurisprudencia del TJUE que exige, para dicha calificación, la existencia de una obligación libremente asumida por las partes, y pese al fundamento 55 de la sentencia citada resulta difícil concebir cómo puede afirmarse que existe un vínculo entre el contrato y la restitución y una obligación libremente asumida cuando, por ejemplo, un contrato se considera radicalmente nulo o inexistente por falta absoluta de consentimiento o de libertad al prestarlo. La misma paradoja se detecta acerca de la calificación de la responsabilidad frente a terceros de auditores, expertos o empresas clasificadoras<sup>47</sup>.

30. En suma, en este caso los conceptos jurídicos autónomos, contrariando a Denis Lloyd, no solo son pésimos servidores, sino también fantasmales patronos del Derecho internacional privado, al menos hasta que quepa una armonización igualmente avanzada del Derecho privado europeo. Entretanto, como afirma Haimo Schack, la coherencia en el Derecho internacional privado a fuerza de nociones autónomas será más ilusión que realidad<sup>48</sup>.

## 4. COHERENCIA NO ES PARALELISMO

### 4.1. Competencia judicial internacional y Derecho aplicable

31. Como es lógico, el principio de coherencia aplicado a las nociones, conceptos y soluciones utilizados en los distintos textos de Derecho internacional privado suele alcanzarse de forma más natural en el caso de sucesión de reglamentos o textos sobre la misma materia (coherencia vertical) y suscita mayores dudas cuando se trata de textos sobre distintas cuestiones o materias (coherencia horizontal).

32. Los considerandos 7 de los Reglamentos «Roma I» y «Roma II» formulan el principio de coherencia referido, precisamente, a las relaciones ho-

<sup>45</sup> Véase CRAWFORD, E. B. y CARRUTHERS, J. M., *loc. cit.*, nota 6, pp. 13-14.

<sup>46</sup> Véase, más en detalle, SÁNCHEZ LORENZO, S., *El Derecho inglés...*, *op. cit.*, pp. 139-141.

<sup>47</sup> Véase BASEDOW, J., «Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea», *AE-DIPr*, t. XVI, 2016, pp. 66-67; «Kohärenz im Internationalen Privat-und Verfahrensrecht der Europäischen Union», *Kohärenz im internationalen Privat -und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 14-15.

<sup>48</sup> SCHACK, H., «Kohärenz im europäischen Internationalen Deliktsrecht», *Kohärenz im internationalen Privat -und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, p. 280.

horizontales entre los Reglamentos «Bruselas I», «Roma I» y «Roma II», lo que implica a distintas materias (obligaciones contractuales y no contractuales) y cuestiones (particularmente competencia judicial internacional y ley aplicable). El régimen paralelo de la definición y protección de consumidores pasivos en el art. 6 del Reglamento «Roma I» y en los arts. 17 a 19 del actual Reglamento «Bruselas I bis» se ha invocado como muestra característica del juego de este principio de coherencia horizontal, por más que existan algunas diferencias o aristas en la simetría de ambos textos<sup>49</sup>. El ejemplo, sin embargo, no debe obnubilarnos. El valor esencial en ambos textos es el mismo, y el principio inspirador es idéntico y se inspira en una regla de *favor*. Ambos textos son coherentes entre sí, en la medida en que se inspiran en el mismo principio de *favor*. Igual ocurre, por ejemplo, cuando se trata de determinar el lugar de prestación habitual del trabajador, que juega como foro de competencia y como punto de conexión, y cuya interpretación paralela, sobre la base del principio de coherencia, es patente y expresa en la jurisprudencia del TJUE<sup>50</sup>. Otro supuesto de coherencia por «paralelismo axiológico» podría venir dado por la delimitación de la noción de «daño directo» tanto en el Reglamento «Bruselas I bis» como en el Reglamento «Roma II», como acredita la STJUE (Sala 4.ª) de 10 de diciembre de 2015 (asunto C-350/14, *Florin Lazar/Allianz Spa*)<sup>51</sup>. En este caso, la idéntica delimitación del concepto se vincula tanto en el foro de competencia como el punto de conexión a las mismas razones de previsibilidad y seguridad jurídica.

33. Sin embargo, el paralelismo se difumina y el principio se pone en cuestión cuando los valores u objetivos a los que responde un foro de competencia y un punto de conexión no son coincidentes, tal y como indicó el TJUE en el asunto *Kainz*<sup>52</sup>. Frente al paralelismo en la interpretación del concepto

<sup>49</sup> Las discordancias entre ambos textos en materia de consumidores existen, pero la incoherencia del respectivo tratamiento de los contratos de seguro resulta más llamativo. Véase, al respecto, KIENINGER, E. M., «Der Schutz schwächerer Personen im Schuldrecht», *Kohärenz im internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 307-335, esp. pp. 322-329.

<sup>50</sup> Véanse STJUE (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011 (asunto C-29/10, *Heiko Koelzsch*, ECLI:EU:C:2011:155); STJUE (Sala 4.ª) de 15 de diciembre de 2011 (asunto C-384/10, *Jan Voogsgeerd/Navimer SA*, ECLI:EU:C:2011:842); STJUE (Sala 2.ª) de 14 de septiembre de 2017 (asuntos C-168 y 169/2016, *Sandra Nogueira y otros/Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar/Ryanair*, ECLI:EU:C:2017:688). Sin embargo, el punto de conexión, aun cuando coincide con el foro de competencia y ambos son definidos de idéntica forma, no despliega una función semejante en la consecución del *favor laboratoris*. En el ámbito de la ley aplicable, la cláusula de excepción contenida en el art. 8 del reglamento «Roma I» puede significar la elusión del punto de conexión a favor de una ley más conectada, sin que semejante excepción atienda a consideraciones materiales [véase VAQUERO LÓPEZ, C., «La determinación del lugar de ejecución de la prestación de vuelo como foro de competencia judicial internacional», *La Ley (Unión Europea)*, diciembre de 2017, núm. 54, pp. 8-9]. El criterio, como foro de competencia, despliega una función muy distinta. En las normas de competencia no existe la necesidad característica del ámbito del Derecho aplicable de elegir una sola ley; el criterio juega, pues, como un foro alternativo más a favor del trabajador demandante. En suma, como señala PAILLER, L., aun cuando existan conceptos de significado paralelo, no conviene confundir los géneros (véase Nota a la sentencia *Nogueira*, en *Journal du droit international*, 2018/2, pp. 14-15).

<sup>51</sup> ECLI:EU:C:2015:802.

<sup>52</sup> «Debe precisarse, acto seguido, que, si bien se deduce ciertamente del considerando 7 del Reglamento núm. 864/2007 que el legislador de la Unión pretendió garantizar la coherencia entre, por una

de «daño directo», que acabamos de mencionar, resulta curioso comprobar la forma en que dicho paralelismo se esfuma sin aparente motivo cuando de lo que se trata es de determinar la localización del daño en relación con la víctima directa o indirecta. Mientras que, con carácter general, el TJCE había limitado el juego del foro especial en materia de responsabilidad no contractual en relación con los daños provocados a las víctimas directas<sup>53</sup>, en el caso de una acción directa ejercitada por parte de un organismo público que empleaba a la víctima directa y que se subroga en sus derechos (art. 11.2 del Reglamento «Bruselas I»; art. 13.2 del Reglamento «Bruselas I bis»), el TJUE amplía el concepto de víctima del daño a las víctimas que denomina «indirectas» en su reciente decisión en el asunto *KABEG*<sup>54</sup>. La aparente incoherencia responde a una diversidad de valores u objetivos de política legislativa en el diseño de los foros. Mientras que el foro general en materia de daños no se inspira en un principio de *favor laesi*<sup>55</sup>, este principio está muy presente en las reglas en materia de seguros en que se recoge asimismo la competencia judicial internacional en materia de acciones directas. La diversidad axiológica puede ponerse en cuestión, pero explica una desviación, solo aparente, del principio de coherencia en el asunto *KABEG*.

34. Resulta igualmente paradigmática la variedad de soluciones que, según los casos, se conjugan para localizar a las personas jurídicas, lo que no menoscaba un principio de coherencia bien entendido. La sede social juega en el ámbito del Derecho societario, aunque la administración central o el lugar en que se ubica la agencia imperan en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales. Ambas se combinan con el centro de actividad principal para determinar el foro del domicilio de la sociedad demandada, y se prescinde de ese concepto autónomo si se trata de una competencia exclusiva. En materia de concurso el centro de intereses principales prevalece. La administración central se considera para ubicar el daño, si bien el acontecimiento causa se vincula más al lugar en que despliega su actividad... salvo excepciones<sup>56</sup>.

35. Otro buen ejemplo nos lo sirve el asunto *Folien Fischer Fofitec/Ritrama SpA*<sup>57</sup>. El Tribunal confirma sin atisbo de dudas, como ya indicamos, la

---

parte, el Reglamento núm. 44/2001, y, por otra, el ámbito de aplicación material y las disposiciones del Reglamento núm. 864/2007, de ello no se desprende, no obstante, que las disposiciones del Reglamento núm. 44/2001 deban, por tanto, interpretarse a la luz de las del Reglamento núm. 864/2007. En ningún caso la congruencia pretendida puede llevar a interpretar las disposiciones del Reglamento núm. 44/2001 de una manera ajena al sistema y a los objetivos de este» [STJUE (Sala 4.<sup>a</sup>) de 16 de enero de 2014 (asunto C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, FJ 20)].

<sup>53</sup> STJCE (Sala 6.<sup>a</sup>) de 11 de enero de 1990 (asunto C-220/1988, *Dumez*, ECLI:EU:C:1988:8).

<sup>54</sup> STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 1 de julio de 2017 (asunto C-340/16, *KABEG*, ECLI:EU:C:2017:576).

<sup>55</sup> Véase *supra* nota 32.

<sup>56</sup> Acaso la sede social debería retenerse para las competencias exclusivas, o la administración central para determinar el lugar del acontecimiento causal de un daño [véase el análisis de WEDEMANN, F., «Die Verortung juristischer Personen im Europäischen IPR und IZVR», *Kohärenz im internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 182-201].

<sup>57</sup> Véase *supra* nota 32.

ausencia de un principio de *favor laesi* en los foros especiales en materia de obligaciones no contractuales, algo que por otra parte ya venía afirmando el TJUE desde *Minas de Potasa*. El desdoblamiento entre el foro del acontecimiento causal y el lugar de manifestación del daño no respondían a un valor de protección de la víctima o *favor laesi*, sino a condicionantes puramente procesales, pues tanto los tribunales de un lugar como de otro están bien situados para la organización del proceso, el primer para determinar la responsabilidad, culpa y causalidad el daño, y el segundo sobre todo para evaluar dicho daño. En el ámbito de la ley aplicable, sin embargo, el valor que sustenta al punto de conexión es diverso y sustantivo, como sugiere el TJUE en el asunto *Kainz*. De ahí que el art. 4 del Reglamento «Roma II» haya optado por un criterio distinto a la ubicuidad (*lex loci damni*) que responde mejor a la tendencia hacia modelos sustantivos de responsabilidad objetiva. Salvo en un caso: el de los daños ambientales (art. 7), en que el principio de ubicuidad se retiene aquí por un motivo propio, vinculado no tanto a la protección de la víctima medioambiental como a la consecución de políticas activas de protección del medioambiente. La ubicuidad en competencia judicial internacional y en Derecho aplicable no solo no se justifica de la misma forma, sino que cuando concurren lo hacen por motivos diversos: la coherencia, entendida como «paralelismo», carece entonces de sentido<sup>58</sup>.

36. Por ello, el riesgo de «excesos de coherencia», por retomar la expresión utilizada por Eduardo Álvarez Armas en su comentario<sup>59</sup> al asunto *Kareda*<sup>60</sup>, es evidente. La sentencia *Kareda* es un caso paradigmático de invocación incorrecta del principio de coherencia. En este asunto, el TJUE calificó como contractual una acción de repetición entre codeudores solidarios de un préstamo. Para reforzar esta calificación, el TJUE invocó expresamente el principio de coherencia y el art. 16 del Reglamento «Roma I» que vendría a establecer la aplicación de la ley rectora del préstamo a la acción de repetición del deudor que ha abonado el crédito contra un codeudor solidario. El primer yerro del TJUE es entender que la obligación de cobertura o corresponsabilidad de los codeudores emana del contrato de préstamo. Este contrato únicamente contempla la obligación solidaria de los codeudores en relación con el prestamista, que puede dirigirse contra cualquiera de ellos por toda la deuda. La obligación solidaria contenida en el contrato de préstamo es simplemente un presupuesto o causa de la obligación de corresponsabilidad entre deudores, que emana de una obligación legal y no convencional, que deriva de la ley aplicable al contrato de préstamo y no del contrato de préstamo, que no es exactamente lo mismo. Al margen de esta circunstancia, la utilización del art. 16

<sup>58</sup> Véase en particular SCHACK, H., *loc. cit.*, *op. cit.*, *passim*, nota 48.

<sup>59</sup> ÁLVAREZ ARMAS, E., «Continuidad interpretativa (en materia de competencia judicial internacional respecto a acciones de repetición entre codeudores) o exceso de coherencia jurisprudencial por parte del TJUE? (Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2017, asunto C-249/16, *Kareda v. Benkő*)», *La Ley (Unión Europea)*, enero de 2018, núm. 55.

<sup>60</sup> STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 15 de junio de 2017 (asunto C-249/16, *Saale Kareda/Stefan Benkő*, ECLI:EU:C:2017:472).

del Reglamento «Roma I» resulta desafortunada. Estima el TJUE que, dado que el art. 16 del Reglamento «Roma I» somete la relación entre codeudores a la ley rectora del préstamo, la calificación de la acción es contractual. Este argumento, sin embargo, no es del todo convincente: el art. 12 del Reglamento «Roma II» prevé la aplicación de la ley hipotética del contrato a la responsabilidad precontractual, que no por eso deja de ser extracontractual, en particular en el ámbito de la competencia judicial internacional, como acredita el asunto *Tacconi*<sup>61</sup>. Por el mismo motivo, a pesar de lo dispuesto en el art. 16 del Reglamento «Roma I», la acción entre codeudores solidarios podría ser no contractual a efectos del Reglamento «Bruselas I bis». Pero aunque admitamos una calificación contractual, lo más significativo del caso es que el TJUE, haciendo una aplicación paralela del art. 16 del Reglamento «Roma I», lleva la cuestión competencial al ámbito del contrato entre el acreedor y el deudor; esto es, al contrato de préstamo, que, como contrato de servicios, llama a la aplicación de la letra *b*) del art. 7.1 del Reglamento. Sin embargo, la obligación libremente asumida por ambos codeudores, que sirve de base a la demanda, no es una obligación de servicios, sino una obligación de responsabilidad, cobertura o garantía solidaria frente a una deuda, que debe tener su propio lugar de ejecución. Las paradojas que se derivan de haber entendido en este caso la coherencia como paralelismo resultan llamativas. Cabe imaginar a una pareja española que reside en España y es captada por un operador dominicano para adquirir un inmueble en Punta Cana, financiado por una entidad de crédito local. Dado que se trata de un contrato de préstamo al consumo, en caso de impago, en virtud del art. 17 del Reglamento «Bruselas I bis», la entidad financiera deberá reclamar ante los tribunales españoles. En contrapartida, como el servicio financiero se presta en la República Dominicana, la obligación entre los codeudores, ambos consumidores y, por tanto, excluidos de los foros de protección en materia de contratos de consumo<sup>62</sup>, quedaría regida por el Derecho dominicano (art. 16 del Reglamento «Roma I») mientras el art. 7.1.b) del Reglamento «Bruselas I bis» resultaría inoperante al determinar la competencia de los tribunales dominicanos. Lo correcto sería, sin embargo, estimar que la obligación de corresponsabilidad entre los codeudores españoles debía cumplirse en España, lugar de la residencia común de la pareja en el momento de constituirse la obligación solidaria, incluso si uno de ellos hubiese trasladado su domicilio posteriormente a otro Estado miembro, como ocurría en el supuesto del caso *Kareda*.

37. En consecuencia, el principio de coherencia entre las normas de competencia judicial internacional y las normas de Derecho aplicable no puede implicar un paralelismo automático. Requiere un análisis caso por caso y un *plus* de motivación que desvele la coincidencia no solo de conceptos o nociones, sino de los valores, principios y motivos de política legislativa en ambos textos, sectores o materias. En ciertos casos, igual que ocurre con el

<sup>61</sup> STJCE de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-334/2000, *Tacconi*, ECLI:EU:C:2002:499).

<sup>62</sup> STJUE de 5 de diciembre de 2013 (asunto C-508/12, *Vapenik*, ECLI:EU:C:2013:790).

alcance del principio de ubicuidad en materia de daños<sup>63</sup>, las discordancias o aparentes incoherencias están plenamente justificadas en variaciones en tales valores, principios o motivos. Así, el lugar de ejecución del contrato no puede interpretarse de la misma forma en el art. 7.1 del Reglamento «Bruselas I bis» y en el art. 9 del Reglamento «Roma I»: el sentido que tiene la aplicación correctiva de las leyes de policía del país de ejecución del contrato justifica una interpretación restrictiva que no tiene por qué coincidir necesariamente con la del foro de competencia, que busca facilitar el acceso a la justicia<sup>64</sup>. La regla del «mosaico» que se desprende de forma natural del art. 4 del Reglamento «Roma II» podría ser aplicada a la diversidad de leyes derivadas de una violación de un derecho de la personalidad, aunque esta cuestión esté actualmente excluida de su ámbito de aplicación; sin embargo, razones vinculadas al derecho a la tutela judicial efectiva podrían justificar llevar más lejos incluso de lo que propone la sentencia *eDate Advertising*<sup>65</sup> la ruptura de la regla a favor de la acumulación de las reclamaciones ante un solo tribunal. También resulta razonable que nociones comunes, como residencia habitual, domicilio o establecimiento, se interpreten de forma diferente según se trate de foros de competencia o de puntos de conexión. Aunque en ambos ámbitos se predica el principio de proximidad, mientras que los foros de competencia orientan dicho principio teniendo en cuenta la tutela judicial efectiva y los derechos de defensa, los puntos de conexión aquilatan más el concepto por razones de eficiencia económica y siempre sobre la base del carácter excluyente de la ley aplicable, frente a la posibilidad concurrente de foros de protección. La propia materia puede justificar modulaciones. El principio de *favor* en materia alimenticia o de responsabilidad parental puede justificar un concepto más amplio de residencia habitual que en materia sucesoria o de obligaciones<sup>66</sup>.

38. En contrapartida, algunas veces las discrepancias o ausencias de paralelismo sí pueden reflejar incoherencias lógicas o axiológicas. En el ámbito de la responsabilidad por productos impera la denominada «cláusula de comercialización», que permite al productor evitar la aplicación de la ley de la residencia habitual de la víctima, del lugar de adquisición del producto o del lugar en que se produjo el daño, si el producto no se comercializó en dicho país (art. 5 del Reglamento «Roma II»). La regla se fundamenta aparentemente en la previsibilidad, pero su razón de ser más profunda es una regla clásica de análisis económico del Derecho, de reparto de costes y riesgos. El productor no debe asumir un riesgo que no le produjo ningún beneficio y que es imputable a la conducta del consumidor. En esencia, el productor pasivo

<sup>63</sup> Véase SCHAK, H., *loc. cit.*, *op. cit.*, nota 48, pp. 279-303.

<sup>64</sup> No parecen compartir esta idea CRAWFORD, E. B. y CARRUTHERS, J. M., *loc. cit.*, nota 6, p. 8.

<sup>65</sup> STJUE (Gran Sala) de 25 de octubre de 2011 (asuntos C-509/09 y C-161/10, *e-Date Advertising/X Oliver Martínez y Robert Martínez/MGN Limited*, ECLI:EU:C:2011:685).

<sup>66</sup> Sobre las posibles diferentes interpretaciones de la «residencia habitual» en los textos europeos, véase LURGER, B., «Die Verortung natürlichen Personen im europäischen IPR und IZVR (Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt, Staatsangehörigkeit)», *Kohärenz im internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.), Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 202-236.



tiene una protección equivalente al consumidor pasivo, y el consumidor activo su justo castigo en ambos casos. Pero este valor es perfectamente trasladable al ámbito de la competencia judicial internacional, de forma que debería excluirse el foro del lugar de manifestación del daño en supuestos similares<sup>67</sup>. De hecho, el TJUE llega por otra vía a esta conclusión en el asunto *Kolassa*<sup>68</sup>, donde la previsibilidad de comercialización en realidad aparece implícita en la solución del caso respecto de un producto financiero<sup>69</sup>. En el ámbito de la competencia judicial internacional la aplicación del análisis económico del Derecho conduce en este caso a limitar el foro de competencia por implicar una carga procesal irrazonable para el demandado. La razonabilidad, en estos casos, se mide en términos económicos de costes, beneficios y riesgos.

39. Otro buen ejemplo de incoherencia por falta de paralelismo puede hallarse en la exclusión de los foros de protección respecto de las partes no débiles que se subrogan en los derechos de la parte débil. En el caso de los organismos públicos que se subrogan en los derechos del acreedor alimenticio, tanto la jurisprudencia del TJUE<sup>70</sup> como el propio Reglamento «Bruselas III» (art. 2.10) han excluido la extensión del foro a partes no débiles. Aunque el TJUE había mantenido un criterio muy similar en los supuestos de acción directa contra el asegurador en caso de subrogación de un organismo público en los derechos de la víctima<sup>71</sup>, en el asunto *KABEG* modifica su doctrina y aplica un criterio particular que va a poner en cuestión el principio de coherencia. Por una parte, señala que la noción de «parte más débil» tiene una acepción más amplia en materia de seguros que en materia de contratos celebrados por consumidores o de contratos de trabajo (o en materia de alimentos, cabría añadir). Por otra, como ya señalamos más arriba, va a mantener un concepto amplio de «víctima indirecta», permitiendo al empleador público que se subroga en los derechos de la víctima la utilización del foro de su propio domicilio. En el asunto *ÖFAB*<sup>72</sup>, el TJUE había mantenido que una cesión de créditos operada por el acreedor inicial pueda tener incidencia en la determinación del tribunal competente en razón del foro especial en materia de daños sería contrario a uno de los objetivos del Reglamento «Bruselas I», a saber, la previsibilidad de los foros contemplada en su considerando 11. A la luz del asunto *KABEG*, cabe preguntarse legítimamente si los principios de proximidad y previsibilidad no sufren las consecuencias de una interpretación extensiva de la noción de «víctima» en relación con las acciones direc-

<sup>67</sup> Así lo hemos defendido en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 9.ª ed., Cizur Menor, Rhomson-Reuters, 2016, p. 644.

<sup>68</sup> STJUE (Sala 4.ª) de 28 de enero de 2015 (asunto C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37).

<sup>69</sup> Véase, con más detalle, SÁNCHEZ LORENZO, S., «Prévisibilité du lieu où le dommage survient: vers une règle spéciale en matière de “produits”, même financiers», *Journal de droit international*, 2016/4, pp. 1461-1464.

<sup>70</sup> STJUE (Sala 5.ª) de 15 de enero de 2004 (asunto C-33/2001, *Freistaat Bayern/Jan Blijdenstein*, ECLI:EU:C:2004:21).

<sup>71</sup> STJUE (Sala 3.ª) de 13 de diciembre de 2009 (asunto C-347/08, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse*, ECLI:EU:C:2009:561).

<sup>72</sup> STJUE (Sala 5.ª) de 18 de julio de 2013 (asunto C-147/12, *ÖFAB*, ECLI:EU:C:2013:490).

tas contra los aseguradores, que podrían implicar a varias víctimas directas e indirectas así como a distintas acciones directas bastante imprevisibles y consistentes en opciones diversas entre los foros alternativos, sobre todo si el domicilio de la víctima directa difiere del domicilio de la víctima indirecta. En contrapartida, el TJUE estima en el asunto *KABEG* que el alto grado de previsibilidad estaría en entredicho si hubiera que apreciar caso por caso la debilidad de la víctima.

40. Finalmente, cabe hacer una mención a la coherencia de ciertos principios de Derecho internacional privado general, que parecen obedecer a reforzar el principio de coherencia entre la dimensión judicial y la dimensión sustantiva del Derecho internacional privado. Acaso el más socorrido sea la recurrente aparición fantasmal del principio *lex fori in foro proprio*, particularmente en materias de estatuto personal<sup>73</sup>. No es un principio, sin embargo, que se sustente más allá de la específica coyuntura de cada texto. Este efecto no se consigue, por ejemplo, con el juego de las normas de competencia judicial del Reglamento «Bruselas II bis» y de las normas de conflicto del Reglamento «Roma III» en materia de divorcio. Tampoco en ámbitos de protección como los contratos de seguro, al menos en materia de acciones directas: la jurisprudencia *Odenbreit*<sup>74</sup> abrió una vía para sortear este principio de forma que el domicilio de la víctima sirviera a la competencia judicial internacional al tiempo que la ley aplicable se determina con normalidad a través del *forum delicti commissi*. Pero incluso cuando el principio es evidente, como en materia de medidas de protección de menores (art. 15 del Convenio de La Haya de 1996), la complejidad transversal obliga a algunas piruetas interpretativas, pues la norma de ley aplicable no se refiere a la aplicación de la *lex fori*, sino de la ley del tribunal que conoce en virtud de las disposiciones del Capítulo III del Convenio, que no son exactamente iguales que las contenidas en materia de competencia judicial internacional en el Reglamento «Bruselas II bis».

## 4.2. Derecho conflictual y Derecho material

41. Los argumentos expuestos no se circunscriben a las relaciones horizontales entre textos europeos relativos a la competencia judicial internacional y al Derecho aplicable. Idéntico análisis cabe realizar respecto al juego del principio de coherencia entre reglamentos europeos que contengan soluciones conflictuales o materiales a la cuestión del Derecho aplicable en materias diversas, así como a las relaciones entre las normas de competencia judicial internacional y las reglas de Derecho privado material.

<sup>73</sup> Véase al respecto GRUBER, U. P., «Der Schutz schwächerer Personen im Familien-und Erbrecht», *Kohärenz im internationalen Privat -und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 350-354.

<sup>74</sup> STJCE (Sala 2.ª) de 13 de diciembre de 2007 (asunto C-463/06, *FBTO Schadeverzekeringen NV/ Jack Odenbreit*, ECLI:EU:C:2007:792). Véase BASEDOW, J., «Coherencia...», *loc. cit.*, nota 47, pp. 69-70; «Kohärenz...», *loc. cit., op. cit.*, nota 47, pp. 17-18.

42. Destaca, en particular, la diversidad de fórmulas con que se aborda la cuestión de la autonomía conflictual. No extraña que la posibilidad de elegir la ley aplicable se restrinja en materias como las causas matrimoniales o las sucesiones, pero es más sorprendente que en materia de obligaciones, por ejemplo, las condiciones para inferir una elección tácita sean diferentes en los Reglamentos «Roma I» y «Roma II», según las versiones lingüísticas. Mientras que en español o francés en ambos textos se requiere que dicha elección sea «inequívoca» o «*certaine*», en otras versiones (inglés o alemán) la elección tácita debe ser «clara» en «Roma I» y «con certeza razonable» en «Roma II», sin que se atisbe a adivinar la razón de la diversa locución<sup>75</sup>. Por otra parte, como hemos dicho, es lógico que el alcance de la elección sea distinto en materia patrimonial y en el Derecho de familia sucesiones, y también que la validez de la elección se someta en los ámbitos disponibles a soluciones conflictuales, mientras que en el sector más comprometido con el interés público o la protección de los sujetos del Derecho de familia o sucesiones las condiciones de validez formal sean sustanciales. Pero otras diferencias se antojan menos razonables. Cabe reseñar, por ejemplo, que mientras el momento de elección de la ley aplicable a las obligaciones contractuales es flexible (art. 3 del Reglamento «Roma I»), la elección de la ley aplicable al divorcio tras la interposición de la demanda no está permitida (art. 5 del Reglamento «Roma III»)<sup>76</sup>.

43. Al margen de esta cuestión, las soluciones conflictuales no siempre abocan a una coherencia perfecta. La compleja cuestión de la responsabilidad precontractual es un buen ejemplo. El art. 1 del Reglamento «Roma I» excluye de su ámbito de aplicación, sin distinción, las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato, y el considerando 10 lo justifica por haberse regulado en el art. 12 del Reglamento «Roma II». Pero, en realidad, el art. 12 del Reglamento «Roma II» sí distingue, y solo contempla y resuelve la responsabilidad precontractual en la medida en que la obligación precontractual sea «extracontractual», lo que deja abierto en todo caso el problema calificadorio<sup>77</sup>.

44. Las incoherencias aumentan a la hora de conjugar soluciones procesales, materiales y conflictuales<sup>78</sup>. Así, la validez de las cláusulas de elección de fuero encuentran una solución conflictual en el Reglamento «Bruselas I

<sup>75</sup> Véase BASEDOW, J., «Coherencia...», *loc. cit.*, nota 47, p. 63; «Kohärenz...», *loc. cit.*, *op. cit.*, nota 47, pp. 11-12.

<sup>76</sup> Véase BASEDOW, J., «Coherencia...», *loc. cit.*, nota 47, p. 64; «Kohärenz...», *loc. cit.*, *op. cit.*, nota 47, p. 12; KOHLER, Ch., «L'autonomie de la volonté en droit international privé. Un principe universel entre libéralisme et étatismes», *R. des C.*, t. 359, 2013, pp. 28 y ss.

<sup>77</sup> Véase una visión diferente y más amable con la coherencia formal, aunque con consecuencias poco funcionales, en ARENAS GARCÍA, A., «La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento "Roma II"», *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. VII, 2007, pp. 322-336; CRAWFORD, E. B. y CARRUTHERS, J. M., *loc. cit.*, nota 6, p. 9.

<sup>78</sup> Véase MAULTZSCH, F., «Parteiautonomie im Internationalem Privat- und Zivilverfahrensrecht», *Kohärenz im internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 153-181.

bis»: mientras que la validez formal se resuelve en el propio art. 25, la validez sustancial se somete a lo previsto en la legislación del tribunal elegido, que podrá someter la cuestión a la ley del foro o a la propia *lex contractus*. La nulidad de pleno Derecho de la cláusula de elección de fuero conforme a la *lex fori* puede, sin embargo, fundarse en motivos sustanciales (vicios de consentimiento) muy cercanos a las exigencias de forma. Es el caso de las cláusulas contenidas en condiciones generales dentro de contratos de adhesión, incluso al margen de que formalmente se cumplan las condiciones formales referidas en el art. 25, tal y como las interpreta el TJUE<sup>79</sup> o, en el ámbito de los contratos de consumidores, a pesar de respetar lo contemplado en el art. 18 del Reglamento «Bruselas I bis». Se da la circunstancia de que la validez sustancial de estas cláusulas está mediatizada por las propias directivas europeas en materia de protección del consumidor, que actúan como una *lex fori* u orden público del foro cualificados.

45. El mismo análisis cabe en el ámbito de las cláusulas de elección de ley aplicable, permitidas *a priori* por el art. 3 o por el art. 6 del Reglamento «Roma I», pero nulas de conformidad con los Derechos nacionales que en muchos casos transponen directivas europeas<sup>80</sup>. Así, la STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 28 de julio de 2016 (asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl*)<sup>81</sup> ha ido más allá de esta protección conflictual, pues establece que, de conformidad con la Directiva 93/13, una cláusula de elección de la ley aplicable introducida en condiciones generales que designe la aplicación de la ley del establecimiento del proveedor o co-contratante del consumidor se considerará abusiva y, en consecuencia, nula si induce a error o engaño al consumidor, al no hacer una referencia expresa a la mayor protección que le cabe al consumidor conforme a las normas imperativas de la ley de su residencia habitual en virtud del art. 6.2 del Reglamento «Roma I»<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> STJCE de 14 de diciembre de 1976 (asunto 24/1976, *Salotti*); STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) de 20 de abril de 2016 (asunto C-366/13, *Profit Investment SIM SpA/Stefano Ossi y otros*, ECLI:EU:C:2016:282); STJUE (Sala 2.<sup>a</sup>) de 7 de julio de 2016 (asunto C-222/15, *Höszig Kft./Alstom Power Thermal Services*, ECLI:EU:C:2016:525); STJUE (Sala 7.<sup>a</sup>) de 8 de marzo de 2018 (asunto C-64/17, *Saey Home & Garden NV/SA c. Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais SA*, ECLI:EU:C:2018:173). El Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Moncada, de 10 de mayo de 2017, mantiene una restricción para la validez de las cláusulas de sumisión a favor de los tribunales de terceros Estados contenidas en contratos de adhesión, incluso entre profesionales, sobre la base de la protección del adherente en la legislación sobre condiciones generales de contratación.

<sup>80</sup> Debe tenerse en cuenta que, más allá del propio art. 6.2, una cláusula de elección de ley aplicable en un contrato celebrado por consumidor activo o pasivo, protegido o no, puede ser considerada abusiva y nula en razón del propio Derecho europeo y de la transposición de la Directiva 93/13/CEE en los sistemas nacionales. Así lo han pronunciado, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, núm. 113/2013, de 30 de septiembre, o la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, núm. 37/2017, de 16 de febrero, en relación con la sumisión al Derecho irlandés de un contrato de adhesión de transporte aéreo de pasajeros suscrito por un consumidor residente en España.

<sup>81</sup> ECLI:EU:C:2016:612.

<sup>82</sup> La complejidad de las relaciones entre Derecho internacional privado conflictual y Derecho material se acentúan en virtud de los déficits de armonización del segundo. El art. 3.4 del Reglamento «Roma I» es paradigmático en este sentido. Se diseñó por analogía con los contratos puramente internos (art. 3.3), sobre la base dos presupuestos falsos: la existencia de un Derecho contractual europeo y la identidad de razón con los supuestos internos. La regla resulta innecesaria e incompleta. Por una

46. El riesgo de que el paralelismo sea incompatible con la coherencia es mucho mayor cuando la coherencia se plantea entre normas de Derecho internacional privado y normas de Derecho material. La razón parece obvia: mientras que las normas de conflicto o de competencia judicial internacional comparten ciertos objetivos comunes, como la proximidad o la previsibilidad, las normas de Derecho material suelen atender a objetivos diversos, que a su vez se distancian más en el caso de normas materiales de Derecho público. Los asuntos *Nogueira*<sup>83</sup> proporcionan un ejemplo explícito de la lejanía de los valores de las normas de competencia judicial internacional en relación con las normas de Derecho material, que es puesta de manifiesto por el propio TJUE. En los dos asuntos acumulados se trataba de interpretar el foro de competencia del art. 19.2 del Reglamento «Bruselas I» en relación a contratos de trabajo de determinado personal de transporte aéreo. En lo que aquí interesa, la cuestión estribaba en determinar si para precisar el lugar de prestación habitual del trabajo debía utilizar la noción de «base de afectación»<sup>84</sup> contemplada en el Anexo III del Reglamento (CEE) núm. 3922/91, del Consejo, de 16 de diciembre, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil, noción que sirve asimismo para determinar la legislación de seguridad social aplicable a los miembros de las tripulaciones de vuelo y cabina de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Al negar la extrapolación automática de la noción de «base de afectación» al foro de competencia, el TJUE subrayó la falta de paralelismo axiológico. Mientras que el Reglamento «Bruselas I» tiene como objetivos facilitar el acceso a la justicia, la previsibilidad de los foros de competencia judicial internacional y la protección de los trabajadores (FJ 47), el Reglamento (CEE) núm. 3.922 persigue la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil (FJ 66) y el Reglamento núm. 833/2004, «además de la libre circulación de las personas, contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de estas» (FJ 74), de forma que «el concepto de “lugar en el cual, o a partir del cual, el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo” no puede asimilarse a ningún otro concepto que figure en otro acto de Derecho de la Unión» (FJ 65).

---

parte, el Derecho derivado introduce normas imperativas cuyo ámbito de aplicación se extiende incluso si solo una circunstancia se encuentra vinculada a territorio europeo (situación del inmueble en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, lugar de distribución para los contratos de agencia, etc.), y además con independencia de que el contrato se rija por la ley de un tercer Estado en virtud de la elección de las partes (art. 3 del Reglamento) o en defecto de elección (art. 4), como confirman la STJCE de 9 de noviembre de 2000 (asunto C-381/98, *Ingmar*, ECLI:EU:C:2000:605) y la STJUE (Sala 1.ª) de 16 de febrero de 2017 (asunto C-507/15, *Agro Foreign Trade & Agency Ltd c. Peter-sime NV*, ECLI:EU:C:2017:129). Véase *in extenso* sobre esta cuestión, SÁNCHEZ LORENZO, S., «Choice of Law...», *loc. cit.*, nota 20, pp. 77-79.

<sup>83</sup> Véase *supra*, nota 50.

<sup>84</sup> «Lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios periodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante».

## 5. CONCLUSIÓN: EL JUEGO DE LOS VALORES REDUCE LA UNIDAD DE LOS CONCEPTOS

47. La afirmación del TJUE en el asunto *Nogueira* debe servirnos de colofón: el principio de coherencia no es una herramienta interpretativa *a priori*. El paralelismo de nociones, conceptos y soluciones no puede ser automático. La diversidad axiológica, el juego de los valores, limita y reduce la unidad de los conceptos. Los ejemplos analizados a lo largo del trabajo nos permiten confirmar la hipótesis formulada en la introducción. Para ser coherentes con el principio de coherencia, este únicamente puede ser entendido de forma dialéctica, relativa y dionisíaca. Requiere un análisis caso por caso de la correspondencia de valores y objetivos perseguidos por las distintas normas jurídicas de Derecho europeo en que se inserta un concepto, una noción o una determinada solución. El principio de coherencia no puede ser entendido en clave funcional o práctica, como una herramienta de consistencia puramente formal para allanar el camino a la interpretación del Derecho internacional privado europeo. En otros términos, el principio de coherencia no puede ser asimilado a un paralelismo meramente formal de conceptos, nociones o soluciones, sino que opera únicamente a partir del postulado de un paralelismo axiológico de tales conceptos, nociones y soluciones. La jurisprudencia de valores se impone a la de los conceptos o, remedando nuevamente a Denis Lloyd, los conceptos europeos se erigen como buenos servidores, y no como malos patronos azuzados por la burda lógica de la integración.

### RESUMEN

#### EL PRINCIPIO DE COHERENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

El presente estudio contiene un análisis crítico del alcance del principio de coherencia en el ámbito del Derecho internacional privado europeo. Se analizan en primer término los planos en que se manifiesta la exigencia de coherencia jurídica entre conceptos, nociones y soluciones jurídicas: vertical (textos normativos sucesivos sobre la misma materia), horizontal (textos normativos sobre distintas materias) y transversal (textos normativos europeos y no europeos). La lógica de la integración puede conducir a una comprensión formal del principio de coherencia entendida como mero paralelismo entre conceptos y soluciones jurídicas en la interpretación sistemática del Derecho internacional privado europeo. A partir de un análisis casuístico, se pone de manifiesto no solo la realidad de este riesgo, sino la necesidad de una comprensión axiológica, relativa y dialéctica del principio de coherencia, que requiere una comparación de objetivos y valores jurídicos en cada caso concreto, así como descartar cualquier posibilidad recurrir a un paralelismo automático de conceptos o soluciones jurídicas.

**Palabras clave:** conceptos jurídicos autónomos en la EU, Derecho internacional privado europeo, interpretación sistemática, principio de coherencia.

**ABSTRACT****THE CONSISTENCY PRINCIPLE IN EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

The present study contains a critical analysis of the scope of the principle of coherence or consistency principle in the field of European private international law. First, the author analyzes the areas in which the requirement of legal coherence between concepts, notions and legal solutions is required: vertical (successive normative texts on the same subject), horizontal (normative texts on different subjects) and transversal (European and non European legal rules). The logic of integration can lead to a formal understanding of the principle of coherence as a mere parallelism between concepts and legal solutions in the systematic interpretation of European private international law. A casuistic analysis tries to demonstrate such a risk as well as the need for an axiological, relative and dialectical understanding of the coherence principle, which requires a comparison of legal objectives and values issue-by-issue, discarding any possibility to resort to an automatic parallelism of concepts or legal solutions.

**Keywords:** autonomous EU legal concepts, consistency principle, european private international law, systematic interpretation.





## TACKLING THE MIGRANT WAVE: EU AS A SOURCE AND A MANAGER OF CRISIS

Fulvio ATTINÀ\*

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION.—2. THE DRIVERS OF THE PRESENT MIGRATION WAVE.—3. EUROPE AS A SOURCE OF THE MIGRATION CRISIS.—4. THE EU IMMIGRATION REGIME.—5. THE FIVE PHASES OF THE EU MANAGEMENT.—6. ASSESSMENT OF THE EU MIGRATION CRISIS MANAGEMENT.—7. CONCLUSIONS.

### 1. INTRODUCTION

The domestic conditions of the countries of origin of the migrants are generally assessed as the cause of migration. Ethnic violence, civil conflict, political repression, bad governance, the corruption of the ruling class and public servants, and, above all, the backward stage of the national economy are seen as the undisputed causes of migration. The international sources of migration, instead, draw little attention. The impact of the international economic regimes, the role of international organisations and human rights ideologies, and the synergic impact of these and other features of the world system are understudied by the international studies community.

Migration broke in international studies and course books about 20 years ago. A wave of authors, struck by the breaking of globalization in international affairs, offered a chapter of their books to migration as one of the most troubling issues of globalisation<sup>1</sup>. Generally, the chapters informed about the nature of migration and the increasing number of migrants. Recently, the policies of the global institutions towards migration came to the front<sup>2</sup> but these works have only a small impact on scholarship. Migration did not go

---

\* Professor of International Relations, University of Catania ([attinaf@unict.it](mailto:attinaf@unict.it)).

<sup>1</sup> See, for example, BRETHERTON, C. and PONTON, G. (eds.), *Global politics. An introduction*, Oxford, Blackwell, 1996; HELD, D. and MCGREW, A., *Global transformations. Politics, Economics and Culture*, Polity Press, 1999; SNARR, M. T. and SNARR, N. (eds.), *Introducing global issues*, Boulder, Lynne Rienner, 2002 and WHITE, B., LITTLE, R. and SMITH, M., (eds.), *Issues in world politics*, London, MacMillan, 1997.

<sup>2</sup> ATTINÀ, F., *The global political system*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011, and BEESON, M., and BISLEY, N. (eds.), *Issues in 21<sup>st</sup> century world politics*, Houndsmill, Palgrave MacMillan, 2014.

on stage as a popular topic of research in international studies. It remains mostly a topic studied by sociologists and demographers. The sources of the increasing wave of migrants and the political response of state governments and international organisations remains an understudied object. While the governments of Europe, North America, and Australia frenetically deal with migration<sup>3</sup>, international law and politics scientists continue to be little concerned with this issue.

In the early Nineties the community of the migration scientists did claim that the *age of migration* was on, but only recently the phrase *management of the migration crisis* became a great success in politics and the media. The phrase points out the problem of responding to increasing migration and curbing the negative impact in the inflow countries. The popular saying advises that *the immigrants arrive in waves* to meaning that migration on occasion turns into an unusual phenomenon. Indeed, migration is normal because always the human beings use either to settle or migrate, and the migrants use either to go and come back to their own country or to delocalize themselves permanently in a foreign country. The phrase *migration* or *migrant wave* means that migration turns to being unusual on occasion, *i. e.* on some conditions a huge number of migrants, much larger than the usual one, travel towards a definite area. There is reason to look for knowledge about why a huge number of persons do so, why the routes of normal migration become exceptionally crowded, and why a country or a group of countries are the settlement place most sought by migrants. Similarly, the phrase *age of migration* means that a set of conditions inexorably raise the size of the migration flows for a long period of time or produce frequent waves of migrants. Migration scientists divide the global and local or macro and micro conditions they label as the causes, drivers, pressures, incentives, or sources of migration. They offer evidence and theories about the causes that are mentioned later in this article, but at this moment, let's go back to the *migration wave* and *migration crisis* concepts and elucidate the linkage that exists between the referent objects of the two concepts since this linkage is at the core of the analysis of the response of the EU political leaders and institutions to the current flow of migrants across the Mediterranean Sea.

The policy-makers of the inflow countries respond to the migrant wave by actions and rules aimed at getting through a situation that is not automatically a crisis situation. The right allocation of resources to well-managed policies of reception and integration will certainly reduce the negative effects

---

<sup>3</sup> LITTLE, A. and VAUGHAN-WILLIAMS, N., «Stopping boats, saving lives, securing subjects: Humanitarian borders in Europe and Australia», *European Journal of International Relations*, vol. 23, 2017, num. 3, pp. 533-556; SQUIRE, V., *Post/Humanitarian Border Politics Between Mexico and the US*, Basingstoke and New York, Palgrave Macmillan, 2015; SQUIRE, V., «Governing migration through death in Europe and the US: Identification, burial and the crisis of modern humanism», *European Journal of International Relations*, vol. 23, 2017, num. 3, pp. 513-532, and WILLIAMS, J. M., «From humanitarian exceptionalism to contingent care: Care and enforcement at the humanitarian border», *Political Geography*, vol. 47, 2015, pp. 11-20.

of the arrival of numerous migrants and keep the country within normal life conditions. On the contrary, a migrant inflow turns into a crisis after the citizens perceive the migrants as a threat to normal life conditions before the government starts responding by consequential actions though the effect of the actions is uncertain and the knowledge about the situation is scant. In agreement with this conception of crisis, the situation in Europe turned into a crisis situation after a large number of citizens shared the messages of anti-immigrant groups and parties and perceived the increasing migration wave as a threat. Since the crisis hit all the European countries, the governments decided to coordinate the national response and also develop a common management policy within the European Union.

Certainly, the migrants that arrive to Europe today meet a Europe very much different from the one the migrants met in the past decades. In post-World War Two, the economies of Western Europe welcomed foreign labour force from countries like Turkey, Morocco and Algeria. In the 1970s, the West European governments turned towards restricting immigration to curb the effects of the world market crisis on the national markets. In the 1990s, irregular migration towards Europe increased enormously after the political change of the Central-Eastern Europe countries and after the effect of the global trends on the economies of the Third world countries. The migration experts warned about the increasing wave of immigrants<sup>4</sup>; the experts of demography<sup>5</sup> advised about the flywheel effect that the mix of high birth rate, low income level, and missing job opportunities had on migration from Africa; and the students of economic migration<sup>6</sup> recalled the need of reforming the rules and institutions of the world market to cut the unemployment rate and the number of migrants from the countries of the world periphery.

The wide-range knowledge about the growing pressure of the migration drivers clashes with the lateness of the response of the European policy-makers to the increase of Mediterranean migration in the early 2000s and with the short sightedness of the late response. In 2011, when the number of Mediterranean migrants and drowned persons grew further up, the European leaders were trapped in a sea of doubt and quarrel about how to respond to the phenomenon while they were coping with the post-2008 economic crisis problems, the Greek debt issue, and the increasing wave of extremist and populist parties. These parties blamed the mainstream political parties and the governments for the permissive immigration policies of the past decades

---

<sup>4</sup> CASTLES, S. and MILLER, M., J., *The age of migration. International population movements in the modern world*, Macmillan, 1993; MASSEY, D. S., et al., *Worlds in Motion. Understanding International Migration at the End of the Millennium*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

<sup>5</sup> HATTON, T. J. and WILLIAMSON, J. G., *The age of mass migration: Causes and economic impact*, Oxford University Press, 1998, and KRITZ, M., «Population growth and international migration: is there a link?», *Global Migrants, Global Refugees: Problems and Solutions*, 2001.

<sup>6</sup> CORNELIUS, W. A., MARTIN, P. L. and HOLLIFIELD, J. F. (eds.), *Controlling immigration: a global perspective*, Stanford, Stanford University Press, 1995; PIORE, M., *Birds of passage. Migrant labour and industrial societies*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

that were worsening the already shattered economy and jeopardizing domestic security. The political leaders responded to the critics by claiming that the blowing number of migrants was mostly the outcome of the unforeseen combination of the poor economic conditions and the high demographic growth of the origin countries with the political uprisings and civil wars that were changing the Middle East and North Africa after the Arab Spring. The governments also reassured the citizens about the determination to dominate the problem through the existing capabilities and to halt the migrants at the border by the available control means. No policy-makers and political party leaders drew attention towards the nature of the flow that apparently was a mixed migration flow or towards the warnings of the experts that had already reached the institutional and public fora of the MSs and the Union.

In line with the foregoing introduction, the baseline argument of the present article is twofold<sup>7</sup>. First, the enlarged wave of migrants towards Europe that has been going on in the past years is driven by global conditions and trends and by the conditions of the countries of origin of the migrants. Second, a migration wave turns into a crisis situation in the countries of destination in the event of some contingencies that produce the citizen perception of the migrants as a threat while the political leaders make no timely, effective and legitimate decisions to both manage the migrant entry and influence the citizen perception. Accordingly, since in the past years the European leaders engaged themselves in responding to the migration wave by developing national response policies and by activating the European Union crisis management capabilities, the objective of the present article is also a twofold objective. First, it wants to develop knowledge about the question whether the European political leaders responded to the enlarged migration wave to follow up to the perception of the large majority of the citizens of the migrants as a threat to the normal conditions of life in their countries. Second, the present article analyses the EU leaders management in order to assess the effectiveness and legitimacy of the outcomes.

The first section of the present article exploits the existing knowledge about the global and local causes of migration and addresses the theme of the drivers of migration in the present world and the increasing wave of migrants towards Europe. The second section faces the issue of why the European citizens and political leaders are hostile to the massive arrival of the people that have left home under the pressure of the global and local causes of migration and want to enter into the EU countries with no legal permit. The third section reviews the immigration regime of the European Union since the Member State (MS) governments decided to manage the migration crisis collectively besides developing their own national response. The fourth section examines the five-phase building process of the EU management of

---

<sup>7</sup> This article presents in a condensed manner the findings of a research that has been developed within the Horizon 2020 project named TransCrisis and has been funded by the European Union under grant number 649484. See <http://www.transcrisis.eu>.

the crisis which has not been a process as timely as expected and did not get to a common strategy as cohesive as it was needed to achieve effective results. The process resulted in the two-pillar architecture of the strict border control and the migration partnership agreements. The fifth and last section assesses the building process and the implementation of the European management of the migration crisis by exploiting an expert model for the analysis of trans boundary crisis management. The concluding section draws the attention towards the flaws of the EU management in coping with the drivers of the increasing wave of migration and in making out durable solutions.

## 2. THE DRIVERS OF THE PRESENT MIGRATION WAVE

The mostly used categories of the present debate about migration are the refugee or asylum seeker, the economic migrant, the forced migrant, and the irregular migrant category. The first and second one are recognised by the meaning they have in international law. The definition of refugee that is stated in the 1951 Refugee Convention works as the universal yardstick of this category of persons<sup>8</sup>. The economic migrant category is stated in national laws and regulations and in the treaties signed by the governments of sending and receiving states. It is also the object of the 1990 UN Convention on the migrant workers<sup>9</sup>. The forced migrant category, an old migration studies concept<sup>10</sup> and a recognised humanitarian law term, has hit the headlines recently but many in Europe doubt the migrants that cross the Mediterranean are forced to leave their country for escaping hard-to-remove conditions of insecurity, starvation, and deprivation, and for improving their living conditions in a European country. Since forced migrants go unlawfully through the border of states, they are called instead irregular (sometimes illegal) migrants. The regular/irregular migrant dichotomy is specific to the law of the state of entry but, in the current European discourse about migration, the term «irregular migrant» is used as an alias to name all the migrants of the present wave towards Europe. In reality, in the last years, the European leaders blurred the lines between the different categories by tackling all the migrants through almost the same actions. This blurring approach is explained by the argument, explicitly stated by EU documents like the 2016 agreement with

---

<sup>8</sup> In the Convention, the term refugee applies to any person who *owing to well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country.*

<sup>9</sup> In the «International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families», which was approved by the United Nations General Assembly in December 1990, the term «migrant worker» is the person *who is to be engaged, is engaged or has been engaged in a remunerated activity in a State of which he or she is not a national.*

<sup>10</sup> See CASTLES, S., «Toward a sociology of forced migration and social transformation», *Sociology*, vol. 37, 2003, num. 1, pp. 13-34 and DAVENPORT, C., MOORE, W. and POE, S., «Sometimes you just have to leave: Domestic threats and a migration, 1964-1989», *International Interactions*, vol. 29, 2003, num. 1, pp. 27-55.

Turkey, that all the migrants should stay home, and the refugees should go to countries on the border of their home country since the pressure to migrate is the effect of events, conditions and problems of local range and temporary duration that will be removed by international cooperation programmes. But the opinion of the experts does not fit to such argument.

Migration researchers assert that, in contemporary times, bad governance, violence, corruption, and civil wars, not to mention the ever-existing ethnic and cultural differences that were ignored or underestimated at the time of the decolonisation and the building of the states, push people to seek better life conditions elsewhere out of the home country<sup>11</sup>. Furthermore, in almost all the countries of the periphery of the world economy, the shortage of financial and industrial resources that existed at the time of the rebuilding of the world economic regimes after the Second World War has not been changed by the aid to development that has been given by the rich countries for the last sixty year. On the contrary, the dependent economy of these countries fell down under the effect of the unfavourable rules of the world economic regimes, the climate change shocks, and the persistence of political instability, inefficient administration, and corrupt civil servants. In addition to the local conditions, the present migration wave is the outcome of incentives and drivers that impact on all the countries and especially on those of the weakest areas of the world.

The current migration wave is the first to come out of an unprecedented mix of local and global conditions<sup>12</sup>. The sources of the current wave are rooted in the structure of the world capitalist economy that is quite different from the traditional one. In the post-World War Two world, the joint effect of the economic policies and international treaties of the richest countries and the rules and programmes of the world economic, trade, and financial institutions extended the gap between the rich and poor economies and soured the economic sources of migration. Later, new features and trends came into play. Technological advancement upgraded the role of transportation and communication means as drivers and incentives of migration. Small and fast transportation means reduce the time of relocation and enable migrants to travel almost hidden to the authorities, frequently with the support of smugglers<sup>13</sup>. Cell phones and the web<sup>14</sup> provide to the potential migrant with instanta-

<sup>11</sup> AFIFI, T., «Economic or environmental migration? The push factors in Niger», *International Migration*, vol. 49, 2011, num. 1, pp. 95-124; CASTLES, S., *op. cit.*, nota 10, p. XX; DAVENPORT, C., MOORE, W. and POE, S., *op. cit.*, nota 10, p. xx, and GIBNEY, M., APODACA, C. and MCCANN, J., «Refugee flows, the internally displaced and political violence (1980-1993): An exploratory analysis», *Wither refugee*, 1996, pp. 45-66.

<sup>12</sup> ATTINÀ, F., «Migration drivers, the EU external migration policy and crisis management», *Romanian Journal of European Affairs*, vol. 16, 2016, num. 4, pp. 15-31.

<sup>13</sup> YILDIZ, A., *Perception of smuggling business and decision-making processes of migrants*, Ankara, IOM, 2017.

<sup>14</sup> KOEN, L. and SMETS, K., «Five Questions for Digital Migration Studies: Learning From Digital Connectivity and Forced Migration In(to) Europe», *Social Media + Society*, vol. 4, 2018, num. 1, pp. 1-16.

neous information about job and welfare opportunities in foreign countries and about the fast transportation means and routes to go for crossing state borders with no entry permit. Moreover, digital communication keeps the migrant connected to the family and home community; lessens the human costs of breaking personal relationships; enables the migrants to keep their own identity in countries of different culture; and promotes business transnationalism<sup>15</sup>. These technological conditions give strong sustain to the personal linkages that diaspora studies<sup>16</sup> and the network theory of migration<sup>17</sup> consider the determinant of the decision to reach the country of settlement of relatives and community peers also if in this country job opportunities are missing. The growing demographic gap between rich areas like Europe and poor areas like Africa is a further source of migration, and is enlarged by the climate change damages that worsen the living conditions of the overpopulated areas. The diffusion of human rights by international organisations and civil society groups is an incentive to migrate towards countries that protect human rights. The UN agencies and international organisations of human rights promote migration by their own and in partnership with non-governmental organisations. They also do their best to push the governments of potential destination countries to comply with the human right of migration in normal and especially in exceptional circumstances since the treaties were conceived mainly for coping with such circumstances. Last, also today smugglers and crime organisations, civil society associations, and ordinary citizens provide services to migrants and play incentives to migration. Smugglers assist migrants to bypass barriers for profit and often with little regard for the well-being of the migrant. Experts assess migrant smuggling as a complex service that is operated by different types of actors including single individuals and crime organisations. Governments blame smuggling organisations for being a major incentive to irregular migration. Experts, instead, blame restrictions and absence of legal channels for building the flourishing conditions of smuggling<sup>18</sup>. In the countries of destination, civil society associations and ordinary citizens provide services to migrants either for moral reasons or profit, and play as *intermediaries* between the migrants and the receiving state<sup>19</sup>. Their action cannot be overestimated. The policies for promoting the integration of the migrants and building multiculturalism to ease the meet-

<sup>15</sup> CASTLES, S., «The Factors That Make and Unmake Migration Policies», *International Migration Review*, vol. 38, 2004, num. 3, pp. 852-884, and VERTOVEC, S., «Migrant Transnationalism and Modes of Transformation», *International Migration Review*, vol. 38, 2004, num. 3, pp. 970-1001.

<sup>16</sup> DELANO, A. and MYLONAS, H., «The microfoundations of diaspora politics: unpacking the state and disaggregating the diaspora», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2017, and FAWCETT, J., «Linkages and migration systems», *International Migration Review*, vol. 23, 1989, num. 3, pp. 671-680.

<sup>17</sup> EPSTEIN, G. S. and GANG, I. N., «The influence of others on migration plans», *Review of Development Economics*, vol. 10, 2006, num. 4, pp. 652-665, and MASSEY, D. S. and GARCIA-ESPANA, F., «The social process of international migration», *Science*, vol. 237 (4816), 1987, pp. 733-738.

<sup>18</sup> GARELLI, G. and TAZZIOLI, M., «The Humanitarian War Against Migrant Smugglers at Sea, *Antipode*», vol. 00, 2017, num. 0, pp. 1-19, and TINTI, P. and REITANO T., *Migrant, Refugee, Smuggler, Savior*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

<sup>19</sup> AMBROSINI, M., «Why irregular migrants arrive and remain: the role of intermediaries», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 43, 2017, num. 11, pp. 1813-1830.

ing of the immigrants and the citizens of the receiving country that some European countries experimented in the last decades of the past century turned against this objective and into a cause of social conflict<sup>20</sup>. Therefore, to explain why the current migration wave turned into a crisis, the analysis will address cultural and other domestic matters of the receiving states. The next two sections address this theme in a holistic perspective. In the next section, the focus is on the response to migration by the states and societies of Europe as a whole. In the following section, the focus is on the regime that has been developed by the EU institutions to face migration.

### 3. EUROPE AS A SOURCE OF THE MIGRATION CRISIS

Europeans welcome non-EU workers, especially those bearing job skills, on condition that they sign the labour contract and accept moving out of Europe as soon as the contract expires. In addition to temporary and circular economic migrants, Europeans welcome refugees and asylum seekers from areas of undisputed conditions of political persecution and war. In today Europe, any other migrant is unwanted and is perceived as a threat to the security, economy, and culture of the receiving country. In the past, instead, the perception of the immigrants was a less negative and rather blurred one.

In the second half of the past century, former colonial states like France, the United Kingdom and the Netherlands accepted and integrated the people of the colonies. Prosperous countries like Sweden, and countries with a growing economy like Germany managed to receive workers from European and non-European countries. Each country set up own reception and integration policies. Some tried multiculturalism but failed. Generally, the European governments ruled about the reception and integration of regular and irregular immigrants by making rules and organising programmes in collaboration with business and trade unions and with religious and civil society groups, the so-called client politics<sup>21</sup>. Additionally, there was no strong opposition to the government regulations that allowed to irregular migrants to stay in the country and legalise their status, the so-called permissive policies<sup>22</sup>. Client politics went unopposed because the permissive measures let the foreign workers fill in the jobs available in the economic sectors of low-profit margins and in the industrial sectors that could not be delocalized to countries of low labour costs. The Europeans usually refused to take such jobs. Also popula-

<sup>20</sup> VERTOVEC, S. and WESSENDORF, S. (eds.), *The multiculturalism backlash: European discourses, policies and practices*, London, Routledge, 2010.

<sup>21</sup> HANSEN, R., «Migration to Europe since 1945: its history and its lessons», *The Political Quarterly*, vol. 74, 2003, num. 1, pp. 25-38.

<sup>22</sup> BALDWIN-EDWARDS, M. and KRALER, A. (eds.), *Regime - Regularisations in Europe*, Amsterdam, Amsterdam University Press. – cdm. 2009; BRICK, K., *Regularization in the European Union: The contentious policy tool*, Washington, DC: The Migration Policy Institute, 2011, and MC GOVERN, C., *Regularization programs within the European Union: an effective tool to manage irregular migration?*, Barcelona, UNU-CGM, Policy report, 2014.



tion aging played a strong role in raising the demand for immigrant workers. These labour conditions exist also today in sectors like the agriculture, fishing, constructions, mining, caregiving and nursing, cleaning, caring and hospitality sector.

The media used to inform about migration politics in the European countries by distinguishing the right-wing parties as anti-immigration and anti-integrationist actors, and the left-wing parties as pro-immigration and integrationist actors. The analyses of the political scientists drew a different picture. The right wing and centrist parties did not straight oppose immigration because they wanted to satisfy the business lobbies demand for cheap labour force. The left-wing parties, in agreement with the trade unions, looked carefully at immigration since it could affect the wage and employment opportunity of the native workers<sup>23</sup>. Furthermore, in the analysis of the political scientists the line between Left and Right disappears since the stage of economic growth, the level of unemployment, the size of previous immigration in the country, and alike issues are on the agenda of the policy-makers. Briefly, the difference between left-wing and right-wing parties ends when entry and immigration control rather than integration issues come into deliberation<sup>24</sup>. Therefore, it is not surprising that, since crisis broke into the economic policies of the European countries in 2008, all the parties have asked for tightening the rules of entry permit and for curbing all forms of immigration.

The experts of immigration policies remark especially that the agreement between all the political parties on anti-immigration has been the effect of the recognition and endorsement of the perception of physical security threat that took over the image of the immigrants as a menace to the interests of the local workers. Lahav and Messina argue that *the inability of states to manage immigration unilaterally and effectively —while responding adequately to growing public insecurity— has led to greater bilateral and multilateral efforts to restrict the flow of persons, and especially asylum-seekers and illegal migrants, across national borders* with the support of left, centre and right parties<sup>25</sup>. Under the pressure of the media and the radical and populist parties, the mainstream parties took a harder-line to respond to the demand of their own members and the voters. They decided to end the permissive immigration policies that had been made to please the business lobbies and civil society groups<sup>26</sup>. De Haas and Natter, then, come to the conclusion that, in present

<sup>23</sup> HINNFORNS, J., SPEHAR, A. and BUCKEN-KNAPP, G., «The missing factor: why social democracy can lead to restrictive immigration policy», *Journal of European Public Policy*, vol. 19, 2012, num. 4, pp. 585-603, and HIX, S. and NOURY, A., «Politics, Not Economic Interests: Determinants of Migration Policies in the European Union», *International Migration Review*, vol. 41, 2007, num. 1, pp. 182-205.

<sup>24</sup> DE HAAS, H. and NATTER, K., *The determinants of migration policies. Does the political orientation of governments matter?* DEMIG project paper 29, 2015 ([www.imi.ox.ac.uk](http://www.imi.ox.ac.uk)).

<sup>25</sup> LAHAV, G. and MESSINA, A. M., «The Limits of a European Immigration Policy: Elite Opinion and Agendas within the European Parliament», *Journal of Common Market Studies*, vol. 43, 2005, num. 4, pp. 851-875, pp. 851-852.

<sup>26</sup> HAN KYUNG, J., «When Will Left-Wing Governments Introduce Liberal Migration Policies? An Implication of Power Resources Theory», *International Studies Quarterly*, 2014, pp. 1-13, and BALE, T.,

time Europe, *there is no clear association between the political orientation of governments and the restrictiveness of migration policies* since all mainstream political parties share the same position about irregular migration (2015: 2). Briefly, in all the European countries, migration shifted out of client politics into the field of public politics, the politics characterised by public salience, polarization, and actor expansion<sup>27</sup>. Economic, cultural, and security arguments have been widely used to explain such change. In brief, the large wave of migrants is a big burden to the budget of the receiving state and an overload to the national welfare system. These costs look unaffordable to the citizens and taxpayers that oppose to sharing life with «others» that bring in external cultures. Finally, the real or perceived growth of street crime and the infiltration of criminal networks and terrorist groups are also perceived as related to immigration.

The political salience of migration, boosted by the success of the populist parties and anti-immigration groups, pushed all political parties to gain a visible role in policy-making towards migration. All mainstream parties positioned themselves on restrictive immigration policies in order to respond to the voter hostility to migration and to face the electoral rise of the populist parties. Only a few opposition parties, mostly on the left-hand side of the party system, remained silent on restrictive immigration policies.

In conclusion, opposition to permissive immigration policy and to client politics existed in the past but after the 2008 economic and financial crisis the anti-migrant and xenophobic parties got a remarkable electoral success. Consequently, in total disdain of the foreign labour needs of the European economies and households, the governments and mainstream parties ceased to be permissive towards irregular immigrants, approached migration as a public politics issue, and turned to halting immigration by passing restrictive rules<sup>28</sup>. This occurred at the time the Arab Spring added a lot of refugees to the multiyear-long inflow of irregular migrants. Meeting the migration wave that originates from global and distant local causes, Europe became a source

---

«Turning round the telescope. Centre-right parties and immigration and integration policy in Europe», *Journal of European Public Policy*, vol. 15, 2008, num. 3, pp. 315-330.

<sup>27</sup> DE BRUYCKER, I., «Politicization and the public interest: When do the elites in Brussels address public interests in EU policy debates?», *European Union Politics*, 2017, pp. 1-17. He describes these features of public politics as follows. Public salience is the importance that public opinion attributes to a specific issue. It pushes political elites to address the issue and craft claims about it. Polarization is the high disagreement and conflict existing among different groups of stakeholders on specific aspects of the issues. It pushes political elites to appeal to the public interest to defend their position. Actor expansion is the mobilization of civil society groups that makes political elites prone to appeal to public interest, pp. 3-4.

<sup>28</sup> In 2012, the year that followed the growth in number of the irregular migrants crossing the Mediterranean, the EU countries experienced 12% decrease of regular migration of non-EU nationals. The decrease was the effect of the tightening of the number of immigration visas that was developed by the European MS border agencies. CRÉPEAU, F., and PURKEY, A., *Facilitating Mobility and Fostering Diversity. Getting EU Migration Governance to Respect the Human Rights of Migrants*, Brussels, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, 2016, num. 92, p. 3. Unsurprisingly, in that year and the following ones, the number of irregular migrants in Europe grew enormously.

of the migration crisis in her own territory because the citizens, struck by economic decline and public expenditure cuts, shared the anti-immigration messages of the populist parties while the policy-makers were unprepared to respond to that pressure by normal political means rather than by crisis management responses. At the same time, the EU institutions and the MS governments put themselves up in the role of manager of the crisis. They did it by national instruments and policies and agreed to develop collective management at the EU level. This has been a hard task. Moreover, the MS governments hindered the EU's attempt to act as the main caretaker of the migration wave.

#### 4. THE EU IMMIGRATION REGIME

In the past fifteen years, the EU countries have been reducing the protection of immigrant rights as a response to domestic demands and interests. Though the immigration regime of the MSs is linked to the common regime they have shaped within the EU<sup>29</sup>, the states preserve the power of legislating the social and economic integration of foreign workers against the European Commission's preference for the free movement of labour in the name of economic efficiency. However, the EU directives on the protection of immigrant rights profit from the institutional protection existing in the MSs such as a strong court system, legal aid for immigrants, and state funding for pro migrant NGOs<sup>30</sup>. Much important to the present analysis, the EU created a regime for managing migration outside her own borders in order to avoid irregular immigration. This regime comprises *a)* norms and mechanisms for coordinating border control, and *b)* the EU *external migration policy* that has been developed by the Commission and approved by the Council and the Parliament.

Border control is in the power of the MSs but the EU plays a role. At the policy making level, the EU sets standard and makes rules on selected issues. At the operational level, the EU provides assistance to the MS governments and promotes the coordination and convergence of the border control agencies of the MSs. The EU regime came into effect since the Treaty of the European Union incorporated the Schengen system that sets the criteria the MSs apply to grant permission of entry and to reside in their territory to third-country nationals. FRONTEX and EASO are the EU agencies mandated to provide assistance and coordination and to promote the convergence of the MS models of border control against security threats and irregular immigration. FRONTEX, created in 2004, coordinates the MS management of the external borders<sup>31</sup>. In 2017, it incorporated the mission of the new created

---

<sup>29</sup> The immigration regime of a state is the set of criteria, norms and policies that define who is allowed to enter and who is not, and accordingly manage the control of the borders.

<sup>30</sup> LUEDTKE, A., «Uncovering European Union Immigration Legislation: Policy Dynamics and Outcomes», *International Migration*, vol. 49, 2011, num. 2, pp. 1-27.

<sup>31</sup> The full name of the Agency is the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union.

European border and coast guard service. EASO, the European Asylum Support Office that was created in 2011, provides information to the EU institutions and the MS governments about the management of migration problems in general and the refugees and asylum seekers in particular.

The external migration policy is aimed at governing the entry of immigrants in the EU by means of actions and programmes realised beyond the EU borders and in collaboration with external actors and third parties. The Commission presented this policy in the 2005 Communication titled *Global Approach to Migration*, and upgraded it in 2011 to meet the challenge of the growing migratory flows from nearby areas. The 2011 Communication is titled *Global approach to migration and mobility* and is known by the acronym GAMM<sup>32</sup>. Complementing the term migration with the term mobility is a meaningful act. To the EU leaders, migrants are allowed to stay in a EU country only the time of the job contract. Accordingly, mobility is the synonym of circular and temporary migration, and is valued as the essential condition of the economic efficiency of migration. In the GAMM document, migration is an economic phenomenon, and the migrant is the person that moves from a country of very little or no economic growth and job opportunities to a country of growing economy and large job opportunities. The receiving country profits from the migrant manpower to feed its growing economy. The economy of the sending country profits from the migrant remittances to sustain its weak economy. The advantage of the two parties is achieved on condition that migration is well managed by the political authorities of the sending and receiving countries. Well-managed migration is made through migration agreements between the governments of the sending and receiving country and by firmly implementing the agreement clauses on the return of migrants to the sending country when jobs are no longer available in the hosting country. Accordingly, the government of both the receiving and sending states must stay firm against irregular migration because it inhibits well-managed migration. Therefore, the government of the country of entry and the country of origin will agree on readmission clauses and implement all the migration, mobility and border control norms of the treaties they sign to reach the economic efficiency of migration.

The EU institutions, especially the Commission, promote the external migration policy in the belief that it is necessary to supplement the border control measures of the MSs by a network of cooperation agreements with the countries of origin and transit of the migrants that address mobility and reduce the costs of the MSs to return and obtain the readmission of irregular migrants to the home country<sup>33</sup>. The Commission is involved also in develop-

---

<sup>32</sup> GAMM and the external migration policy have been confirmed in February 2014 when the Commission released to the other EU institutions the Communication reporting on the implementation of the Global Approach to Migration and Mobility 2012-2013 [Com (2014) 96 final].

<sup>33</sup> SEEBERG, P., «Mobility Partnerships and Security Subcomplexes in the Mediterranean: The Strategic Role of Migration and the European Union's Foreign and Security Policies Towards the MENA Region», *European Foreign Affairs Review*, vol. 22, 2017, num. 1, pp. 91-110.

ing regional forums and dialogues like the EU-Africa Strategic Partnership, the Prague Process, the Khartoum Process, and the Rabat Process that aim at managing migration on a broad geographical base.

The external migration policy meets with problems and obstacles. Stemming the outflow of migrants is rarely in the economic and political interest of the governments of the countries of departure of migrants. Migration is a vital source of income. Migrant remittances constitute a huge income source, larger than the amount of the received development assistance funds. To some governments, migration is also a safety valve of domestic stability since unemployed people foment political protest and turmoil, and are a threat to the existing political regime. Furthermore, the governments of these countries are not equipped to accomplish all the tasks stated by the mobility partnership agreements. Inefficiency and corruption are widespread in the public service and make the building of the migration control capabilities a long and inefficient process. The control of the central government on the periphery regions is seldom an effective one due to conflict with the local authorities. Finally, these agreements are not legally binding, do not have provisions for assessing accomplishment by the partner country, and do not bind the EU governments that did not sign the documents.

## 5. THE FIVE PHASES OF THE EU MANAGEMENT

In this section, the analysis focuses on how the EU institutions and governments have tackled the inflow of migrants since 2011 in harmony with the common immigration regime. In 2011, the number of irregular migrants unloaded by smuggler boats on the coasts of the EU Mediterranean countries, a long-time existing phenomenon, increased considerably compared to the previous years and, even though it decreased in the two next years, it grew again and keeps to be high since then (see Figure num. 1). In the media, the news about the rising Mediterranean migration both influenced and reflected the public opinion that the migrant inflow unlocked a crisis because the policy-makers missed to protect the economic, cultural and physical security of the citizens against the migrants<sup>34</sup>. The media missed to inform about the conditions that forced people to leave their home in large areas of Africa and the Arab world, and diffused the argument that the growing irregular migration was mostly the result of disorder in the North African countries because of the Arab Spring. For sure political events in the Arab countries interrupted the existing order, created uncertainty, and pushed many people to leave. Moreover, the removal of colonel Gadhafi from power in Libya removed the obstacle to the departure to Italy of the migrants from Sub-Saharan Africa. In 2009, to comply with the EU claim and the external migration policy, the

---

<sup>34</sup> ATTINÀ, F. and ROSSI, R., «The citizens feedback on the EU management of the migration crisis», in MOCCIA, L. and POP, L. (eds.), *Migrants and Refugees across Europe. How to share the challenge for a shared world of peace*, Berlin, European University Press, 2017, pp. 19-58.

prime minister of Italy, Silvio Berlusconi, had signed with Qaddafi the treaty that exchanged Italian money for blocking African migrants into the Libyan territory<sup>35</sup>.

The North European governments and mainstream parties blamed the Southern partners for impairing the EU Schengen system by missing to control the external borders. The growing number of sinking boats full of migrants and the fatal accidents in the Mediterranean seawaters did not stop the Commission and the Council from reaffirming the need of enforcing the existing rules of no entry of non-EU nationals that lacked regular permit. Last, all governments agreed to consider irregular immigration as a trans-boundary issue to manage at the EU level by coordinating the national responses and by common management actions.

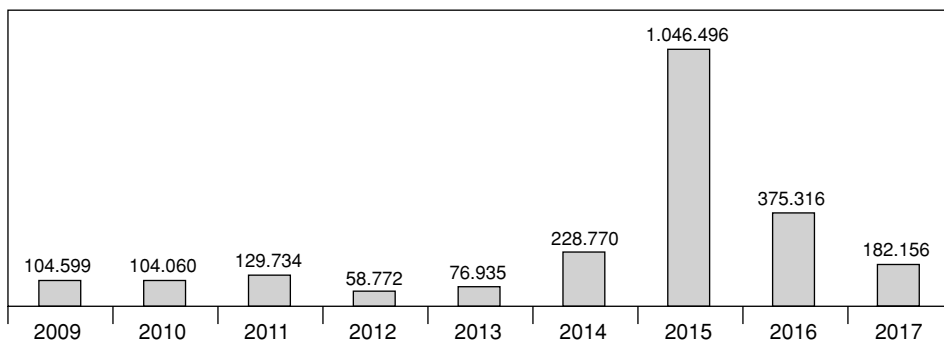
Managing a crisis is doing a set of actions aimed at addressing the threat that provoked the break in the system life in order to restore normal conditions. In a trans-boundary crisis context, the tasks to be accomplished to manage the crisis must be shared by the political leaders of the affected countries. They have to choose the common management strategy and coordinate actions. Boin, Ekengren, and Rhinard<sup>36</sup> drew up from the literature on collective risk management<sup>37</sup> a list of tasks the political leaders of the affected countries have to accomplish for the effective and legitimate management of the trans-boundary crisis. In the remaining part of the present section, the management decisions and actions of the EU institutions and governments are briefly examined while in the next section the EU management is assessed by reviewing how the leaders accomplished the tasks of trans-boundary crisis management.

From the 2011 increasing to the present time decreasing inflow of irregular migrants in Europe and the containment of the wave of migrants in North African countries (Figure num. 1), the management of the migration crisis by the EU institutions and governments has gone through different stages and little change. From the belief in the efficacy of the conventional response to the present unanimous reliance on border control and partnership agreements with the governments of the origin and transit countries, the EU management objectives and tools have not really changed in nature and the governments have not rejected the principles of the immigration regime the EU institutions lastly approved in 2011. The attitude of the governments towards cohesion in the execution of the common management actions, instead, went through ups and downs and has been generally overwhelmed by fragmentation and division.

<sup>35</sup> ATTINÀ, F., «Italy and the European migration crisis», in COLOMBO, A. and MAGRI, P. (eds.), *The age of uncertainties. Global scenarios and Italy*, Milano, Edizioni Epoké-ISPI, 2017, pp. 151-160.

<sup>36</sup> BOIN, A., EKENGREN, M., and RHINARD, M., *The European Union as crisis manager: Patterns and prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

<sup>37</sup> See the recent review by NOHRSTEDT, D., BYNANDER, F., PARKER, C. and HART, P., «Managing Crises Collaboratively: Prospects and Problems—A Systematic Literature Review», *Perspectives on Public Management and Governance*, 2018, pp. 1-15.

Figure num. 1. **Irregular border crossing: Mediterranean routes**

Source: <http://frontex.europa.eu/trends-and-routes/migratory-routes-map/> (accessed 30.01.2018).

The analysis of the negotiation and decision at the EU level since 2011 reveals five phases of management. Each phase is a particular scenario or configuration of actors, issues, and events that influenced the making of the common management<sup>38</sup>. The five-step process demonstrates the difficult building of the management of a trans-boundary crisis since the politics and society of the countries affected by the crisis do not share values, interests and expectations about the issue at stake and about the threats and uncertainties emerging from the crisis condition. The five phases are briefly described as follows.

*2011 – September 2013: the conventional response phase.* The outbreak of the Arab Spring in the North African countries removed the existing obstacles to the flows of people that chose to escape hard conditions of living in Africa and Central-Western Asia by travelling through North Africa and crossing the Mediterranean to reach Europe. The European political leaders and the EU institutions did not accept that they had to face a mass migration wave in which forced migrants took over irregular economic migrants. They responded to the increasing mixed migration by restating conventional border control as the means to contain the entry of irregular economic migrants, and by reasserting the duty of the MS governments to comply with the rules of halting, identifying, and returning to the home country the migrants lacking regular visa.

*October 2013 – October 2014: the Mare Nostrum phase.* A different scenario started from the Italian government decision to prioritize emergency rescue in consonance to humanitarian law and the international law of the sea in responding to the risk and distress of the migrants crossing the Mediterranean aboard precarious boats. Therefore, the Italian government launched the *Mare Nostrum* operation to carry out Search and Rescue (SAR) tasks in

<sup>38</sup> ATTINÀ, F., *op. cit.* nota 12, 2016, p. 7, and ATTINÀ, F., *EU Management of Migration Crisis: Policy responses from Italy*, Izmir, Yasar University, UNESCO Chair on International Migration Policy Brief, 2018, num. 1.

line with the international law of the sea and border control tasks including stopping and taking to justice the smugglers of migrants. The EU and partner governments condemned the operation and blamed the Italian government for endangering the Schengen system. All the Italian political parties, also those opposing the rescue operation, asked to the EU and the MS governments to take on themselves the burden and costs of the reception of the migrants that wanted to reach North Europe.

*November 2014 – September 2015: the comprehensive approach phase.* A year after Italy started *Mare Nostrum*, the EU governments and the Commission recognized the humanitarian aspects of the unsafe crossing of the Mediterranean Sea, and turned towards, they said, *a comprehensive approach*. This involved the EU SAR operation *Triton* that had engagement rules smaller than that of *Mare Nostrum*; the plan to relocate to all the EU countries the migrants hosted in Greece and Italy that ended in a fiasco<sup>39</sup>; and the EUNavFor-Med anti-smuggling operation that did not reach any tangible result. The Commission and the Council declared the will to address the *root causes* of migration, i.e. the global and local drivers and incentives of migration, by funding apposite anti-migration projects in the outflow countries. The British and the Visegrad governments overtly opposed the new approach that was doomed to a short life. The consent of the other EU governments was rather elusive. Since that time, each government has tailored the implementation of the EU management decisions on domestic interests and the people opinion about migration.

*October 2015 – January 2017: the Fencing-the-EU phase.* In summer 2015, the massive arrival of migrants and mostly of Syrian refugees through Turkey and the Balkans, known as the Eastern Mediterranean route, convinced the EU governments to go back to the conventional border control. The Council President, Donald Tusk, invited the migrants not to «dream» about Europe. The Commission spoke loudly on the appropriateness of the GAMM-outlined external migration policy, and reproached the governments for the feeble support to that common policy. To get Europe rid of refugees and migrants, the EU institutions and governments called on the governments of the transit and origin countries to block people at their borders, and promised granting funds and technical assistance to raise their capabilities of border control. On March 2016, the EU governments signed the (in)famous accord with Turkey, also known as the EU-Turkey deal, that gave huge EU and MS funding to the Turkish government in exchange for blocking the departure to Greece and sending back to Turkey the irregular migrants and Syrian refugees. On next October and December, the EU signed a migration compact and a partnership agreement respectively with the Lebanon and Jordan government. Later, similar engagements have been made with the Afghanistan and African gov-

---

<sup>39</sup> The 2017 December meeting of the European Council took note of the failure of the plan consequent to the small compliance by the MS governments. The Council decided to review the plan at the next meeting on May.



ernments. The EU-Turkey deal saved Germany, the Central-Eastern MSs, and the non-EU countries of the Balkans from the influx of refugees coming from Syria, Afghanistan, Yemen and the Horn of Africa, and from the influx of forced and irregular migrants from other areas. To the EU leaders, the huge fall of the number of migrants that followed the shutting down of the Eastern Mediterranean route was evidence of the appropriateness of the fencing-the-EU strategy and of the migration partnership with third countries, especially with the countries of last departure of the migrants. On such belief, in October 2016, the EU governments acceded to the Commission proposal to give to FRONTEX the task of acting as the European border and coast guard, in reality of acting as the coordinator of the border and coast guard agencies of the MSs. Yet, in earlier September, Austria, Germany, and Slovenia had introduced temporary control at their borders pursuant to the Schengen Borders Code<sup>40</sup>.

*February 2017 on: the Stop-and-return phase.* Besides almost ending immigration through the East Mediterranean route, the main return of the EU-Turkey deal was the growth in number of migrants leaving to Italy from Libya. The EU leaders urged Italy again to tighten border control and raise the number of the return of irregular migrants to the origin country. In turn, the EU was ready to expand financial and technical support to Italy for border control, hotspots, and anti-immigration actions. The Italian government agreed to tighten border control, expand the execution of return decrees, and, most important, cut down smuggling by giving financial and technical assistance to the Libyan coast guard and by imposing a code of conduct on the NGO-operated SAR missions after taking into account the failure of the CSDP operation against the smuggling organisations. EU on turn added funding and technical assistance to Libya for totally ending the departure of migrants, a goal not yet achieved as of today (June 2018).

In conclusion, the making of the common management has been a long and contentious process. The decisions of the European Council have met with the feeble and sometimes distorted implementation by the national governments, and the *de facto* rejection by the Visegrad governments. At the end of the process, all the governments have met on the tightening of the border control measures and the practice of signing migration partnership agreements with the origin and transit countries. These are indeed the pillars of the GAMM policy for promoting well-managed economic migration.

The burden of responding to the still active mixed migration wave has been put largely on the shoulders of the frontline states, today essentially of Italy. Irregular migrants continue go through the external and internal borders of the EU countries, and the national governments continue to manage the situation mostly on their own, by their own standards and objectives

---

<sup>40</sup> They have been joined by other states. As of March 2018, Austria, France, Germany, Denmark, Sweden, and Norway continue to make use of the Schengen Borders Code that allow to extend temporary control up to a two-year period.

while the media from time to time inform about the irregular movement of persons across Europe, the hardship the irregular migrants inside and outside hotspots and centres, and the death of children and adults in the Mediterranean waters<sup>41</sup>.

## 6. ASSESSMENT OF THE EU MIGRATION CRISIS MANAGEMENT

The mass migration wave towards Europe keeps bearing on the EU countries while governments and the Commission remain true to the GAMM paradigm of well-managed migration as if the current wave is just a wave of economic migrants. The objective of the present section is to assess how, through the five phases of the building process, the EU political leaders have agreed upon and managed the common response in order to restore the pre-crisis situation or, at least, moderate the impact of the crisis. The assessment addresses the tasks the political leaders have to carry out to respond to a trans-boundary crisis by an effective and legitimate management<sup>42</sup>.

The task of *detecting the crisis in due time* is of utmost importance to the rapid solution of the crisis. Up to the last quarter of 2014, the EU governments and institutions did not detect the mixed nature of the migration wave and claimed they were facing the arrival of economic migrants that violated immigration laws. In autumn 2014, the EU leaders recognized both the humanitarian emergency inherent in the Mediterranean crossing of the migrants aboard unsafe boats and the need to change the conditions that cause the migration wave. Consequently, they decided to replace the conventional response by the *comprehensive approach* response. But this recognition of the nature of the phenomenon and the pledge to revise the approach did not reverse the EU management model of the crisis.

*Sense-making* is the task of collecting, analysing and sharing information to generate the common representation of the situation. The EU leaders refused the alerts of the experts about unemployment, overpopulation, and violence as the source of the increasing wave of persons that are determined to go unlawfully through state borders to solve their life problems. The EU leaders' making sense of the Mediterranean migration flows as the unauthorised movement of economic migrants is stated in the 2011 *Global Approach to Migration and Mobility* and restated in the *European Agenda for Migration* that was prepared by the Commission and approved by the Council in 2015 to pledge support to the migrants but in reality to draw the line of the strict border control around the humanitarian rescue and search actions.

*Joint decision-making* is at the core of the common management of a trans boundary crisis. The leaders of all the EU states have been involved in the

<sup>41</sup> VOLLMER, B. A., «The Continuing Shame of Europe: Discourses on migration policy in Germany and the UK», *Migration Studies*, vol. 5, 2017, num. 1, pp. 49-64, and SQUIRE, V., *op. cit.* nota 3, p. xx.

<sup>42</sup> BOIN, A., EKENGREN, M. and RHINARD, M., *op. cit.*, nota 36, p. xx.

decision-making of the common management. The European Council, as the top policy-making institution of the EU for the most acute problems, selected priorities and addressed the management guidelines to the Council and the Commission. These institutions and the MSs departments and ministries have prepared the official decisions and have led the execution of the management actions. The whole decision-making process never was a smooth and swift process. There have been delays and postponement as well as ambiguities. Before the meetings of the European Council, the heads of government that were less inclined to share management used to inform the media about their disagreement with the proposals on the table. Though they did not block the agenda of the meeting, later on they frustrated the common management efforts by declining to act partially or totally in compliance with the Council Conclusions.

*Identifying key partners and facilitating coordination* brings resources and know-how to the common management. The MS governments sought the collaboration of the partners that were essential to face the problems of accommodating irregular migrants like the local community authorities and civil society organizations. The Council and the Commission, instead, worked mainly to build a network of Non-EU partners to share the management burden and, especially, to block the migrants outside the EU. Initially, the Non-EU Balkan countries have been requested not to drop migrants on the neighbours and to seal their border to the migrants. Later, the network of the external partners widened and comprised as different countries as Turkey, Lebanon, Jordan, and all the Central and Northern African countries. Coordination with these partners has been extended to long-term aid in view of tackling the root causes of the migration wave. The aid funds stem mainly from EU cooperation programmes that have been relabelled after the migration crisis like the EU Emergency Trust Fund for Africa, the Facility for Refugees in Turkey, and the EU Regional Trust Fund in Response to the Syrian Crisis<sup>43</sup>.

Generally, the governments of the African states ineffectively accomplish the tasks that are stated in the agreements mainly because of the low efficiency of the public administration. Also the regional schemes proposed by the EU like the Rabat Process and the Khartoum Process did not produce notable results. Last, the partner network covers also international organizations, especially the UNHCR (Office of the United Nations High Commissioner for Refugees) and the IOM (International Organization for Migration), and humanitarian non-governmental organisations<sup>44</sup>. These partnerships supply the management but hardly take it to the final results.

*Meaning-making* is the task of devising a clear explanation of how the response actions match to the threat and how the leaders are in control of the

---

<sup>43</sup> DEN HERTOG, L., *Money talks. Mapping the funding for EU external migration policy*, CEPS Papers in Liberty and Security in Europe, 2016, num. 15.

<sup>44</sup> IRRERA, D., Migrants, the EU and NGOs: «The "Practice" of Non-Governmental SAR Operations», *Romanian Journal of European Affairs*, vol.16, 2016, num. 3, pp. 20-35, and IRRERA, D., *EU emergency response policies and NGOs*, Basingstoke, Palgrave, 2018.

situation. The collective messages of the EU institutions and political leaders to the citizens aimed at reassuring about the effectiveness of the decisions to bring the crisis to an end but, generally, the messages of the individual governments were different from those of the Commission and the European Council. Consequently, the citizens perceived the lack of a common vision about the nature of the threat in addition to the low compliance by the common decisions. This frustrated the citizens' trust on the leaders ability to control the threat and manage the crisis by acting as a single entity while increased the citizen trust on the leaders that challenged the common management.

The *communication* task is aimed at delivering clear messages to the relevant audiences. Generally, communication about the nature of the migration wave and the common response has been lacking of consistency and homogeneity. The national leaders made use of all the mass media and social networks to inform the citizens about the concern and actions for managing the crisis. The President of the Commission and the President of the European Council acted as the main EU information sources about the common management. The President of the European Council sent messages also to the migrants and advised them not to travel to Europe because Europe has not the opportunities they are looking for and the European countries do not accept the violation of the rules of border crossing. On occasion, the President of the Commission addressed the MS governments to express disappointment for the missing compliance with the decisions of the Council.

*Accountability* is the task of going to the official and public fora to report about the management decisions and actions for receiving the approval or rejection of the citizens. Generally, the crisis has been far from turning on political conflict in the parliaments of the European Union and the member countries. The European Parliament members broadly trusted the approach of the European Council and the Commission, and approved at large majority the common management decisions and actions. Also the debates in the national parliaments did not put the national governments in a quandary. The mainstream parties did not challenge the anti-immigration movements, did not back the views of groups favourable to the integration of migrants in the country, and did not share the expert view about forced migration. Despite the neutral approach adopted by the mainstream parties, the voters have rewarded the anti-immigration parties at the polls during the time of the crisis.

In brief, the EU political leaders did not pay timely attention to the increasing wave of migrants and refused to listen to the expert information about the mixed nature of the flow. The process for joint decision-making and the co-management of the crisis has been always in action but the implementation of the decisions has been partial and fragmented to respond to the preferences of the government and the voters of each member state. Communication has been poorly addressed to meet the goal of raising the consent of the citizens while accountability has been almost lacking within a tacit and widespread consent to anti-immigration rules.

## 7. CONCLUSIONS

The European governments managed migration as a normal phenomenon in the past through national policies and by developing a common regime within the European Union that goes along the national immigration regimes. The common and national regimes and policies have been developed for governing separately economic immigration issues and the protection of asylum-seekers. The increasing wave of mixed migration that almost thirty years ago the experts brought to knowledge remained stranger to the European policy-makers and the wider public. They have turned a blind eye to it and its causes and drivers even when the wave hit the Southern European shores and the Mediterranean sea with tremendous human tragedies. The tenacious determination of the policy-makers to manage the mixed migration wave by the instruments of the economic migration policy and the prevailing hostile response of the citizens that in the post-2008 economic rundown perceived all migrants and refugees as a threat to the economic, cultural and security conditions of their country resulted in responding to the migration wave by building national and common crisis management strategies aimed at achieving zero or quasi-zero entry of migrants into Europe.

The present article has examined the making of this response by the European political leaders that ended in a shared management model oriented to all-out preventing immigration. The national management policies remained largely unaltered and restrained the EU role to supporting their border control measures through FRONTEX, EASO, and small technical and financial assistance. It also limited the EU action aimed at facilitating intergovernmental agreements in the field of migration through the external migration policy and the technical and financial assistance to the border control capabilities of the origin and transition countries. The article has drawn attention to the weaknesses of this management model that should be the object of further study by policy analysts and migration experts. These weaknesses are summarized as it follows.

First, blocking the migrant entry does not address the causes of the pressure of migrants at the borders. Second, all-out restriction on immigration for the sake of blocking irregular migration does not fit to the need of low-skill workers that affect important sectors of the European economies like the construction and extraction, the agriculture and fishery, and the care, cleaning and catering sector. Third, the all-out restriction of immigration violates the European principles of open society and inclusive democracy, and has negative influence on the civil values of the European citizens. Additionally, it damages the reputation of the EU and the MSs as defenders of humanitarian values, human rights and international law, and as partners of the international organisations and non-governmental organisations involved in migration management. Fourth, cooperation with countries of origin and transit for blocking migration is useful to a small extent since

non-compliance by the governments of these countries is encouraged by the benefits these governments draw from allowing migration. Fifth, cooperation with the countries of last departure has an impact on the reputation of the EU and the MSs since it exposes them to the accusation of human rights violation in complicity with the partner governments that do not care about the rights of the migrants who are not their citizens. Sixth, the migration compact funds have a short-term humanitarian effect but a small or no effect at all on the development and take-off of the economy of the receiving country since these funds do not affect the structures of the world market and do not hit the existing economic, trade, and financial regimes that preserve the stratification of the national economies as the sixty-year long history of the aid to development demonstrates.

### ABSTRACT

#### TACKLING THE MIGRANT WAVE: EU AS A SOURCE AND A MANAGER OF CRISIS

The response of the EU and Member States to the current migration wave is an interesting case of building collective management for coping with a trans-boundary crisis. The present article analyses and assesses the EU response to the migration wave in a wide perspective that encompasses the existing knowledge about the drivers of increasing migration and about Europe's political and social approach towards regular and irregular migrants in the past decades; the analyses of the response of the European leaders to the demand of the citizens to close off the borders and prevent migrants from getting in; and the assessment of the EU management of the crisis. The closing section checks the EU response against the drivers of the on-going migration wave and draws a picture of the main weaknesses of the EU response.

**Keywords:** European Union, migration policy, crisis management, border control, migration studies.

### RESUMEN

#### AFRONTANDO LA OLA DE INMIGRACIÓN. LA UE COMO CAUSA Y GERENTE DE LA CRISIS

La respuesta de la UE y los Estados miembros a la actual ola migratoria es un caso interesante de desarrollo de una gestión colectiva para hacer frente a una crisis transfronteriza. El presente artículo analiza y evalúa la respuesta de la UE a la ola migratoria desde una amplia perspectiva que abarca tanto el conocimiento existente sobre los catalizadores del aumento de la inmigración así como la aproximación política y social de Europa hacia los migrantes regulares e irregulares en las últimas décadas; el análisis de la respuesta de los líderes europeos a la demanda de los ciudadanos de cerrar las fronteras y evitar que entren los migrantes; y la evaluación de la gestión de la crisis por parte de la UE. El último apartado se centra en el análisis de la respuesta de la UE contra los impulsores de la presente ola migratoria y dibuja una imagen de las principales debilidades de la respuesta de la UE.

**Palabras clave:** Unión Europea, política migratoria, gestión de crisis, control fronterizo y estudios migratorios.

## EL FORTALECIMIENTO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL COMO GARANTÍA DE NO REPETICIÓN \*

Elisenda CALVET MARTÍNEZ  
Xavier PONS RÀFOLS \*\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN COMO MECANISMO DE JUSTICIA TRANSICIONAL.—2.1. Las garantías de no repetición como forma de reparación en el Derecho internacional.—2.2. Las garantías de no repetición como medidas distintas de la reparación en el Derecho internacional.—3. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO COMPONENTE ESENCIAL DEL ESTADO DE DERECHO.—3.1. Formulación y evolución de la noción de Estado de Derecho en el Derecho internacional.—3.2. Contenido y alcance de la independencia judicial en el Derecho internacional.—4. LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL PODER JUDICIAL.—4.1. La complicidad del poder judicial en las graves violaciones de los derechos humanos.—4.2. Las reformas del poder judicial como garantía de no repetición.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. En muchas situaciones recientes de postconflicto ha ido adquiriendo carta de naturaleza la justicia transicional como un mecanismo que resulta adecuado para restañar las profundas heridas que el conflicto armado, tanto internacional como interno, ha dejado y favorecer procesos de institucionalidad democrática en condiciones de seguridad, estabilidad y perdurabilidad. En este sentido, la justicia transicional comprende un conjunto de medidas, de carácter judicial y no judicial, que tienen por objeto hacer frente a las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado, luchando

---

\* El presente estudio se enmarca en el proyecto de investigación *Fortaleciendo la independencia judicial en procesos de justicia transicional como una garantía de no repetición de graves violaciones de derechos humanos. Estudio de tres casos: España, Argentina y Guatemala* (2015RICIP00002), financiado por el Institut Català Internacional per la Pau, del cual es investigadora principal Elisenda Calvet Martínez, investigadora postdoctoral en Derecho Internacional Público y coordinadora de la Clínica Jurídica de Lucha contra la Impunidad de la Universidad de Barcelona ([elisendacalvet@ub.edu](mailto:elisendacalvet@ub.edu)). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 16 de diciembre de 2017.

\*\* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona ([xpons@ub.edu](mailto:xpons@ub.edu)).

contra la impunidad y favoreciendo, al mismo tiempo, la democratización. La adopción, por parte de las Naciones Unidas, del Conjunto de principios de lucha contra la Impunidad<sup>1</sup>, así como también de los Principios y las Directrices sobre Reparación de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos<sup>2</sup>, ha contribuido, sin duda, al establecimiento de un marco jurídico-internacional de la justicia transicional sobre la base del derecho a la verdad, el derecho a la justicia, el derecho a la reparación y las garantías de no repetición. De entre estos distintos componentes de la justicia transicional, y a los efectos que interesan en este estudio, las garantías de no repetición comprenden todas las medidas que debe adoptar un Estado para reducir la probabilidad de que se repitan las graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario ocurridas en el pasado.

2. Estas necesarias reformas institucionales que deben realizar los Estados en procesos de justicia transicional no han sido objeto de un amplio estudio doctrinal y, a menudo, en la misma práctica internacional, han quedado en un segundo plano<sup>3</sup>. Sin embargo, muchos de los informes de las comisiones de la verdad contienen recomendaciones y programas para prevenir la recurrencia de conflictos en un futuro<sup>4</sup>. Por ejemplo, la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona contiene recomendaciones sobre el *establecimiento del Estado de Derecho*, y considera que el punto de partida es la creación de un poder judicial independiente, imparcial y autónomo<sup>5</sup>.

3. Pese a que en el marco de las reformas institucionales las más destacadas son, seguramente, las relativas a las fuerzas armadas y a los cuerpos de seguridad y de inteligencia, el poder judicial también juega un papel relevante en los procesos de justicia transicional, puesto que su independencia, imparcialidad y eficacia son fundamentales para garantizar los derechos de las víctimas y para poder investigar, enjuiciar y, en su caso, castigar a las personas responsables de las atrocidades cometidas en el pasado. A todo lo cual cabe añadir que, a menudo, el conjunto del sistema judicial ha sido también cómplice de estas violaciones de los derechos humanos. En este sentido, varias comisiones de la verdad han revelado el papel del poder judicial en con-

---

<sup>1</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, ONU Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

<sup>2</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a obtener recursos y obtener reparaciones*, ONU Doc. A/RES/60/146, de 16 de diciembre de 2005.

<sup>3</sup> SKAAR, E., «¿Puede la independencia judicial explicar la justicia posttransicional? Does Judicial Independence explain Post-transitional Justice?», *América Latina Hoy*, vol. 61, 2012, pp. 15-49.

<sup>4</sup> Véase, entre otros, SHARP, D. N., «Interrogating the peripheries: the preoccupations of fourth generation transitional justice», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 26, 2013, pp. 149-178.

<sup>5</sup> *Report of Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission*, vol. 2, cap. 3. La Comisión hizo un llamamiento a los operadores de justicia para que actuaran con integridad en todas las circunstancias y administraran justicia sin miedo y sin favores, y estableció recomendaciones imperativas y otras más a largo plazo para el establecimiento del Estado de Derecho.



textos de conflicto armado o regímenes autoritarios, en los que en muchas ocasiones desvió el foco hacia otro lado, no tramitó los recursos de *habeas corpus* interpuestos por los familiares de las víctimas o no practicó las diligencias adecuadas para investigar realmente los casos que implicaban a la policía, a las fuerzas armadas o al poder ejecutivo, ya fuera por afinidad al régimen o por miedo a represalias.

4. La justicia transicional debería tener, así, como principal objetivo la prevención y las garantías de no repetición —el *nunca más*—, considerando que la democratización y el establecimiento de un Estado de Derecho previenen —de la forma más efectiva, estable y segura— el retorno a las atrocidades, al ofrecer un control del abuso de poder y medios legales y pacíficos para abordar los conflictos y agravios que dieron lugar a las violaciones de los derechos humanos<sup>6</sup>. En este orden de ideas, este trabajo pretende analizar, desde la perspectiva del Derecho internacional, en qué medida las reformas institucionales del poder judicial encaminadas a fortalecer la independencia judicial en procesos de justicia transicional constituyen una garantía de no repetición, en el sentido de prevenir que vuelvan a producirse las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en el pasado.

5. A tal efecto, se analiza, en primer lugar, el contenido y alcance de las garantías de no repetición en tanto que mecanismo de justicia transicional, tal como ha sido reflejado en el Derecho internacional (2). En segundo lugar, se aborda la noción de la independencia judicial en el Derecho internacional, situándola como un elemento esencial del Estado de Derecho (3). Bajo estas dos premisas, se analizan, en tercer lugar, tanto las situaciones de complicidad del poder judicial con las violaciones de los derechos humanos del pasado como las necesarias reformas que han de hacerse en el poder judicial para conseguir que recupere su legitimidad y su independencia e imparcialidad, indispensables para garantizar el Estado de Derecho en las nuevas democracias o en las situaciones de postconflicto (4).

## 2. LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN COMO MECANISMO DE JUSTICIA TRANSICIONAL

6. En el marco de la justicia transicional, las garantías de no repetición suelen interpretarse como una forma de reparación<sup>7</sup> o como una forma de satisfacción en un sentido más amplio<sup>8</sup>, si bien también pueden considerarse

<sup>6</sup> ANDERSEN, E., «Transitional Justice and the Rule of Law: Lesson from the Field», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 47, 2015, pp. 305-318, esp. p. 309.

<sup>7</sup> LAPLANTE, L. J., «Bringing Effective Remedies Home: The Inter-American Human Rights System. Reparations, and the Duty of Prevention», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, 2004, pp. 347-388. La autora considera que la reparación tiene dos funciones: reparar el daño y prevenir futuras violaciones.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ SOLÁ, N., «El derecho a la reparación de las víctimas de desaparición forzada: hacia la justicia a través del derecho internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, 2008, núm. 2, pp. 397-425, esp. p. 418. Véase también, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general*

que son medidas específicas diferentes de la reparación<sup>9</sup>. En este sentido, las garantías de no repetición hacen referencia a todas aquellas medidas que debe adoptar el Estado «para que las víctimas no puedan volver a ser objeto de violaciones de sus derechos»<sup>10</sup> y, por tanto, constituyen, sobre todo, medidas de prevención para reducir la probabilidad de que se repitan en el futuro graves violaciones de los derechos humanos, fruto normalmente de los abusos sistemáticos de los poderes del Estado<sup>11</sup>. Además, las garantías de no repetición deben ser específicas del contexto y tratar con las causas y los efectos de las violaciones de los derechos humanos para prevenir violaciones específicas que ya tuvieron lugar y que pudieran volver a ocurrir<sup>12</sup>.

7. También es importante resaltar que las garantías de no repetición tienen por objeto la sociedad en su conjunto, mientras que la verdad, la justicia y la reparación son derechos que corresponden a las víctimas y a sus familiares, y solo en última instancia a la sociedad<sup>13</sup>. Por otra parte, las transformaciones que se requieren para promover las garantías de no repetición de las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en el pasado no son solo reformas institucionales, sino que también se requieren actuaciones en el ámbito cultural e individual para conseguir transformaciones duraderas<sup>14</sup>. Dentro de las distintas medidas que se pueden adoptar, el fortalecimiento de la independencia judicial constituye una de las garantías de no repetición contempladas tanto por los Principios y Directrices Básicos sobre Reparación<sup>15</sup> como por el Conjunto de Principios contra la Impunidad de las Naciones Unidas<sup>16</sup>.

8. A estos efectos, se aborda ahora la noción y alcance de las garantías de no repetición desde la perspectiva, por una parte, de la reparación, a partir de los Principios y Directrices Básicos sobre Reparación y del Derecho internacional de los derechos humanos (2.1); y, por otra, entendiendo las garantías de no repetición como medidas distintas a la reparación, sobre la base del Conjunto de Principios contra la Impunidad y las normas del Derecho internacional en materia de responsabilidad internacional del Estado (2.2).

núm. 31 [80] *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004, párr. 16.

<sup>9</sup> DE GREIFF, P., «Justice and Reparations», en DE GREIFF, P. (ed.), *The handbook of reparations*, Oxford University Press, 2008, pp. 451-477, esp. p. 453. De Greiff prefiere utilizar el término «reparaciones» en un sentido estricto para referirse a las medidas que otorgan beneficios directos a las víctimas, para diferenciarlo de las medidas que pueden tener un efecto reparatorio y que también pueden ser importantes, como el castigo de los perpetradores o las reformas institucionales, pero que no tienen un beneficio directo para las propias víctimas.

<sup>10</sup> Véase *Conjunto de principios actualizado...*, op. cit., nota 1, Principio 35.

<sup>11</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, ONU Doc. A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015, párr. 25.

<sup>12</sup> MAYER-RIECKH, A., «Guarantees of Non-Recurrence. An approximation», *Human Rights Quarterly*, vol. 39, 2017, núm. 2, pp. 416-448, esp. p. 447.

<sup>13</sup> MÉNDEZ, J., «Accountability for past abuses», *Human Rights Quarterly*, vol. 19, 1997, pp. 255-282, esp. p. 261.

<sup>14</sup> Véase ONU Doc. A/HRC/30/42, op. cit., nota 11, párrs. 32-35.

<sup>15</sup> Véase *Principios y directrices básicos...*, op. cit., nota 2, Principio 23.c).

<sup>16</sup> Véase *Conjunto de principios actualizado...*, op. cit., nota 1, Principio 36.b).

## 2.1. Las garantías de no repetición como forma de reparación en el Derecho internacional

9. Las garantías de no repetición como una forma de reparación de graves violaciones de los derechos humanos fueron incorporadas por primera vez en un informe de 1993 elaborado por Theo Van Boven durante sus *travaux préparatoires* sobre los Principios y Directrices Básicos sobre Reparación adoptados en el 2005. Para ello, el experto de las Naciones Unidas se basó en los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad internacional del Estado, además de tener en cuenta la jurisprudencia y decisiones del Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>17</sup>.

10. Los Principios y Directrices Básicos sobre Reparación pueden considerarse, así, una guía y orientación para los Estados en materia de reparación para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. En ellos se consideran las garantías de no repetición como una forma de reparación junto con la restitución, la indemnización, la rehabilitación y la satisfacción<sup>18</sup>. En este sentido, el Principio 23 contiene una lista no exhaustiva de garantías de no repetición que se pueden adoptar, en su totalidad o en parte, con el objeto de contribuir a la prevención de futuras violaciones y que comprende diferentes medidas estructurales, como las reformas institucionales orientadas a asegurar el control civil de las fuerzas militares y de seguridad, *el fortalecimiento de la independencia judicial*, la protección de los defensores de los derechos humanos, la educación en materia de derechos humanos de todos los sectores de la sociedad y la derogación o reforma de las leyes que contribuyan a la vulneración de graves violaciones de los derechos humanos.

11. En el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 2006, seguramente influida por los Principios y Directrices Básicos sobre Reparación, recoge de forma expresa diversas formas de reparación, entre las que incluye, asimismo, las garantías de no repetición<sup>19</sup>. En este sentido, las instancias internacionales de protección de los derechos humanos han resaltado la vinculación entre el derecho a un recurso efectivo de las víctimas y las medidas de prevención que garantizan el respeto de los derechos humanos porque, a menudo, las violaciones de los

---

<sup>17</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993.

<sup>18</sup> Véase *Principios y directrices básicos...*, *op. cit.*, nota 2, Principio 18.

<sup>19</sup> Art. 24.5.d) de la Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006, *BOE* núm. 42, de 18 de febrero de 2011.

derechos humanos implican también la presencia de recursos ineficaces o inoperativos<sup>20</sup>. En un contexto de impunidad es probable que el derecho de reparación de las víctimas sea una *mera ilusión*, puesto que «resulta difícil de imaginar un sistema judicial que vele por los derechos de las víctimas y se mantenga al mismo tiempo indiferente e inactivo ante los flagrantes delitos de quienes los han violado»<sup>21</sup>.

12. Para el Comité de Derechos Humanos, la obligación básica de respetar y garantizar los derechos humanos no tendría sentido si los Estados no adoptaran «medidas que impidan la repetición de una violación del Pacto» de manera que, además de los recursos que se pongan al alcance de la víctima, los Estados deben tomar medidas para impedir la repetición de violaciones del mismo tipo como, por ejemplo, «exigir la introducción de modificaciones en la legislación o la práctica de los Estados Parte»<sup>22</sup>. Asimismo, el Comité contra la Tortura considera también las garantías de no repetición como una forma de reparación y, para que no se repitan las torturas o los malos tratos, entiende que los Estados partes deben adoptar medidas para que el incumplimiento de la Convención no quede impune como, por ejemplo, reforzando la independencia judicial. En este mismo sentido, el Comité contra la Tortura destaca que las garantías de no repetición «encierran un gran potencial de transformación de las relaciones sociales que tal vez sean las causas profundas de la violencia y pueden incluir, entre otras, la enmienda de las leyes pertinentes, la lucha contra la impunidad y la adopción de medidas preventivas y disuasivas eficaces»<sup>23</sup>. De modo que, en el ámbito de los derechos humanos, el objetivo de las garantías de no repetición acaba siendo el de cambiar las leyes y prácticas de los Estados, mejorando así el nivel de protección de los derechos humanos<sup>24</sup>.

## 2.2. Las garantías de no repetición como medidas distintas de la reparación en el Derecho internacional

13. El Conjunto de Principios contra la Impunidad recoge las obligaciones generales de los Estados de investigar las graves violaciones de los derechos humanos, procesar a las personas responsables de estos graves delitos, garantizar a las víctimas recursos eficaces y una reparación integral y tomar

<sup>20</sup> LAPLANTE, L., *op. cit.*, nota 7, p. 361. Véase también, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, *op. cit.*, nota 17, párr. 55.

<sup>21</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, segundo informe sobre la marcha de los trabajos presentados por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/8, de 29 de julio de 1992, párr. 55.

<sup>22</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general núm. 31...*, *op. cit.*, nota 8, párr. 17.

<sup>23</sup> COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Observación General núm. 3, aplicación del artículo 14 por los Estados Partes*, ONU Doc. CAT/C/GC/3, de 13 de diciembre de 2012, párr. 18.

<sup>24</sup> HILLEBRECHT, C., «The power of human rights tribunals: Compliance with the European Court of Human Rights and domestic policy change», *European Journal of International Relations*, vol. 24, 2014, núm. 4, pp. 1100-1123.

todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones. Además, establece que los cuatro elementos esenciales para luchar contra la impunidad son, como ya hemos indicado, el derecho a la verdad, el derecho a la justicia, el derecho a obtener reparación y las garantías de no repetición.

14. En todo caso, debe subrayarse que, a diferencia de los Principios y Directrices Básicos sobre Reparación, en el Conjunto de Principios contra la Impunidad las garantías de no repetición se encuentran ubicadas en una categoría separada a la del derecho a la reparación. De este modo, en el Conjunto de Principios contra la Impunidad la Sección IV (A) establece las formas de reparación que comprenden, según el Principio 34, la restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción; mientras que en la sección IV (B) se establecen las *garantías de no repetición de las violaciones* y para ello se dispone en el Principio 35 que los Estados deberán «emprender reformas institucionales y otras medidas necesarias para asegurar el respeto del imperio de la ley, promover y mantener una cultura de respeto de los derechos humanos, y restaurar o establecer la confianza pública en las instituciones gubernamentales». Esta distinción entre reparación y garantías de no repetición es también la que finalmente adoptó la CDI en materia de responsabilidad internacional del Estado y que el propio Theo Van Boven consideró finalmente que, desde la perspectiva legal, era la correcta<sup>25</sup>.

15. Sin embargo, en la primera propuesta del Conjunto de Principios contra la Impunidad elaborada por el experto de Naciones Unidas Louis Joinet, las *garantías de no repetición de violaciones* formaban parte del derecho a obtener una reparación al igual que en los Principios y Directrices Básicos sobre Reparación<sup>26</sup>. Para Louis Joinet, las garantías de no repetición comprendían tres medidas: la disolución de los grupos armados paraestatales, la derogación de leyes y medidas de excepción y finalmente la separación del cargo de altos funcionarios. Si bien en esta propuesta no se hacía una referencia explícita al poder judicial, en la primera propuesta del Conjunto de Principios contra la Impunidad —en el Principio 42— se establecía que «en cuanto a los magistrados, la decisión se adoptará teniendo en cuenta las garantías del Principio 32». Este Principio se refería al principio de inamovilidad de los jueces que estaba contemplado en la sección del derecho a la justicia. Fue más adelante, cuando la profesora Orentlicher, encargada de revisar el Conjunto de Principios contra la Impunidad, teniendo en cuenta «la importancia de prestar más atención a la reforma institucional como base de una justicia sostenible»<sup>27</sup>, consideró que las garantías de no repetición

<sup>25</sup> VAN BOVEN, Th., «Reparative Justice- Focus on Victims SIM Lecture 2007», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 25, 2007, pp. 723-736, esp. p. 735.

<sup>26</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997, Anexo II.

<sup>27</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*, ONU Doc. E/CN.4/2005/102, de 18 de febrero de 2005, párr. 66.

debían constar en una sección distinta al derecho a obtener una reparación e incluir el nuevo y actual Principio 36 relativo a la *reforma de las instituciones estatales*, de entre las cuales está la del poder judicial.

16. En este orden de ideas, debe indicarse que en el marco de los trabajos preparatorios sobre responsabilidad internacional del Estado, si bien en un principio las garantías de no repetición (como medida *ex ante*) estaban incluidas como medidas de satisfacción, junto con las de cesación, restitución y compensación del daño<sup>28</sup>, a partir de 1992 la CDI consideró que, dentro de las distintas formas de reparación, era mejor separar las medidas de satisfacción de las garantías de no repetición, al entender que las primeras se daban para reparar el daño causado por un hecho internacionalmente ilícito, mientras que las segundas no tenían relación con el daño causado y podían darse, en ciertos casos, incluso cuando se hubiera reparado todo el daño<sup>29</sup>. De modo que la CDI concibió las garantías de no repetición como unas medidas orientadas hacia el futuro y caracterizadas por una función más bien preventiva y no tanto reparatoria<sup>30</sup>. Para la CDI, las garantías de no repetición estaban relacionadas con la recuperación de la confianza en una relación continuada y resultan más necesarias cuando el Estado lesionado tiene motivos para creer que la mera restauración de la situación preexistente no lo protege satisfactoriamente<sup>31</sup>. Ha de recordarse, sin embargo, que las normas en materia de responsabilidad internacional del Estado son aplicables solo entre Estados y, por tanto, difieren completamente del contexto de justicia transicional en el que las garantías de no repetición están principalmente dirigidas a las relaciones entre el Estado y los individuos.

17. Si bien en las relaciones interestatales las garantías de no repetición no tienen por qué ser siempre consideradas apropiadas, en el ámbito de los derechos humanos sí que resultan muy importantes<sup>32</sup>. Lo son atendiendo a que, en el ámbito de la justicia transicional, las reformas institucionales —como la del poder judicial para garantizar su independencia— contribuyen a recuperar la confianza de la ciudadanía en las instituciones del Estado y al

<sup>28</sup> Véase, entre otros, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Sexto informe sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos)*; y *Modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias (tercera parte del proyecto de artículos) por el Sr. Willem Riphagen, Relator Especial*, ONU Doc. A/CN.4/389, de 2 de abril de 1985, pp. 9-10; *Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial*, ONU Doc. A/CN.4/440 y Add.1, de 19 de julio de 1991, párr. 93.

<sup>29</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Actas resumidas de la 2288.ª sesión*, extracto del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1992, vol. I, párr. 52. La Comisión consideró que las garantías de no repetición no eran, en sentido estricto, una forma de reparación, motivo por el cual decidió que la satisfacción y las garantías de no repetición tenían que ir en dos artículos distintos.

<sup>30</sup> ZWANENBURG, M., «The Van Boven/Bassiouni Principles: An Appraisal», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 24, 2006, pp. 641-668, esp. p. 664.

<sup>31</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, 2001 (segunda parte), p. 95.

<sup>32</sup> SHELTON, D., «The United Nations Principles and Guidelines on Reparations: Context and Contents», en FEYTER, K. (ed.), *Out of the ashes: reparation for victims of gross and systematic human rights violations*, Intersentia nv, 2005, pp. 11-33, esp. p. 23.

respeto de los derechos humanos. En este sentido, el Conjunto de Principios contra la Impunidad establece que las reformas institucionales deben llevarse a cabo mediante un proceso de consulta pública en el que participen, entre otros, la sociedad civil y las víctimas. Además, el Principio 34 establece que las garantías de no repetición deben promover los siguientes objetivos: el imperio de la ley, la derogación de las leyes que contribuyan a las violaciones de los derechos humanos, el control civil de las fuerzas militares y de seguridad y la reintegración a la sociedad de los menores que hayan participado en los conflictos armados. Cabe destacar, asimismo, que dentro de las reformas institucionales el Conjunto de Principios contra la Impunidad incluye el fortalecimiento de la independencia del poder judicial, con especial referencia al recurso de *habeas corpus* como un derecho inderogable<sup>33</sup>.

18. En definitiva, a pesar de que las garantías de no repetición estén categorizadas de forma distinta en los Principios y Directrices Básicos sobre Reparación y en el Conjunto de Principios contra la Impunidad, la esencia y el objeto son, a nuestro juicio, los mismos. Así, las garantías de no repetición en un contexto de justicia transicional se caracterizan por mirar hacia el futuro, constituyendo medidas de prevención que resultan necesarias, ya que existe el riesgo de que se repitan las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en el pasado. En este sentido, el derecho a la reparación corresponde a las víctimas, tanto de forma individual como colectivamente, mientras que las garantías de no repetición, como medidas que miran hacia el futuro, implican profundas reformas institucionales que han de servir para garantizar el respeto del Estado de Derecho y (r)establecer la confianza en las instituciones públicas<sup>34</sup>.

19. En consecuencia, estas medidas de prevención se dirigen principalmente a las instituciones responsables de ciertas violaciones de los derechos humanos y tienen como objetivo abordar las razones por las cuales los miem-

---

<sup>33</sup> El derecho de *habeas corpus* se encuentra reconocido en el art. 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que en el ordenamiento jurídico español este derecho tiene rango constitucional (art. 17.4) y está desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus». Sobre el carácter inderogable de este derecho véase, entre otros, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op. cit.*, nota 26, párr. 43, y Principio 39 (del Conjunto de Principios contra la impunidad propuesto por Sr. L. Joinet) por el que se establece que: «El *habeas corpus*, fuera cual fuese su denominación, deberá ser considerado un derecho fundamental de la persona y, como tal, deberá formar parte de la categoría de derechos inderogable». En este sentido, véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87, de 30 de enero de 1987, en donde la Corte considera que «aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de *hábeas corpus* o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención [Americana de Derechos Humanos]»; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general núm. 29. Estados de emergencia (artículo 4)*, ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, párr. 16. Por otra parte, Larry May considera que el *habeas corpus* debería tener el carácter de *ius cogens*, MAY, L., «Habeas Corpus and the Normative Jurisprudence of International Law», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, núm. 2, pp. 291-310, esp. p. 305.

<sup>34</sup> VAN BOVEN, Th., *op. cit.*, nota 25, p. 735.

bros de estas instituciones cometieron las violaciones; de tal modo que las garantías de no repetición apuntan en gran medida a reformar las estructuras y los sistemas que permitieron, facilitaron o promovieron estas violaciones<sup>35</sup>. Reformar el poder judicial —cómplice a menudo de las graves violaciones de los derechos humanos del pasado— para fortalecer su independencia constituye claramente una garantía de no repetición y así queda reflejado tanto en los Principios y Directrices Básicos sobre Reparación como en el Conjunto de Principios contra la Impunidad.

### 3. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO COMPONENTE ESENCIAL DEL ESTADO DE DERECHO

20. Bajo el hilo argumental que estamos planteando, corresponde ahora abordar la conexión entre el Estado de Derecho y la independencia judicial, entendiendo su consolidación y fortalecimiento como un instrumento clave para asegurar, de manera estable y perdurable, un futuro democrático que restañe las heridas del conflicto. A tal efecto, nos ocupamos, en primer lugar, de la formulación y evolución en el Derecho internacional de la noción del Estado de Derecho (3.1). En segundo lugar, analizaremos el contenido y alcance de la independencia judicial en el Derecho internacional (3.2).

#### 3.1. Formulación y evolución de la noción de Estado de Derecho en el Derecho internacional

21. La noción de Estado de Derecho es un complejo concepto que, aunque pueda considerarse como de validez universal, tiene en los diversos ordenamientos internos alcance y contenido distintos, no habiéndose alcanzado hasta el momento una conceptualización precisa del mismo en instrumentos jurídicos internacionales adoptados por los Estados. En cualquier caso, se trata de una noción que, ciertamente, está presente también, aunque de una forma mucho más reciente, en el Derecho internacional contemporáneo<sup>36</sup>. El enfoque desde el Derecho internacional que nos interesa está directamente relacionado con los derechos humanos y tiene su punto de partida en la misma *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948<sup>37</sup>, cuyo preámbulo subrayaba que se consideraba «esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho». La expresión *régimen de Derecho*, a la que se refería el preámbulo de la Declaración, debe consistir

<sup>35</sup> MAYER-RIECKH, A., *op. cit.*, nota 12, p. 428.

<sup>36</sup> Aunque la expresión inglesa originaria sea «*rule of law*», los textos internacionales utilizan normalmente, en su versión en español, la expresión «Estado de Derecho» que, simplificando, podemos asimilar a otra expresión también utilizada en español en otros instrumentos internacionales, la del «imperio de la ley» o «imperio del Derecho».

<sup>37</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 217 A (III), de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.



claramente en un ordenamiento jurídico interno en el que existan las garantías jurídicas y procesales necesarias y adecuadas que garanticen y permitan la efectividad de los derechos humanos proclamados en la Declaración<sup>38</sup>. Entre estas garantías jurídicas y procesales que configuran el *régimen de Derecho o Estado de Derecho* encuentra su lugar la independencia judicial, que evoca otro componente esencial del Estado de Derecho como es la separación de poderes<sup>39</sup>.

22. Esta incipiente conexión desde el punto de vista del Derecho internacional entre los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, como auténtica garantía de los unos y de la otra, no ha hecho más que incrementarse y eclosionar claramente a partir del fin de la guerra fría. En este sentido, en el año 2012 se celebró una Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General precisamente sobre el Estado de Derecho, de la que emanó una *Declaración sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional*<sup>40</sup>. En la Declaración se reafirmaba que «los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia están vinculados entre sí, se refuerzan mutuamente y forman parte de los valores y principios fundamentales, universales e indivisibles de las Naciones Unidas»<sup>41</sup>, constatando así una absoluta indisociabilidad entre los tres aspectos.

23. Por lo que se refiere al contenido que implica la noción de Estado de Derecho desde la perspectiva jurídica internacional debe indicarse que no existe todavía un modelo o concepto universalmente aceptado de Estado de Derecho, al igual que no lo existe de democracia y que, en todo caso, el Estado de Derecho se vincula muy directamente a diversos aspectos específicos de los derechos humanos, como la igualdad, la no discriminación, la tutela judicial o, por ejemplo, la independencia del poder judicial<sup>42</sup>. En este sentido, la independencia judicial se configura como una categoría funcional que pretende garantizar la exclusividad en el ejercicio de la actividad jurisdiccional y, por tanto, configura «la vertiente funcional de la separación de poderes y el sometimiento del operador jurídico al Derecho»<sup>43</sup>.

24. En el ámbito de la justicia transicional, el establecimiento del Estado de Derecho en situaciones de postconflicto constituye una precondition esen-

<sup>38</sup> Véase, en este sentido, y de manera general, por ejemplo, ABELLÁN HONRUBIA, V., «La protección internacional de los derechos humanos: métodos internacionales y garantías internas», *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor Antonio Truyol Serra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad Complutense, 1986, pp. 29-58.

<sup>39</sup> El primer Relator especial sobre el tema de la independencia de magistrados y abogados, Param Cumaraswamy, ya señaló en su Informe de 1995 que el principio de la división de poderes es «la base de los requisitos de la independencia e imparcialidad del poder judicial». Véase ONU Doc. E/CN.4/1995/39, 6 de febrero de 1995, párr. 55.

<sup>40</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 67/1, de 24 de septiembre de 2012.

<sup>41</sup> *Ibid.*, párr. 6.

<sup>42</sup> Véase CORTEN, O., «Rapport Général. L'État de droit en Droit International: quelle valeur juridique ajoutée?», *L'État de droit en droit international, Colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international*, París, Ed. A. Pedone, 2009, particularmente pp. 18-24.

<sup>43</sup> Véase, entre otros, MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 67.

cial para la transición del conflicto hacia una paz duradera<sup>44</sup>. El secretario general de las Naciones Unidas, en un informe de 2004, partía así de la perspectiva de que la justicia, la paz y la democracia son objetivos imperativos que se refuerzan unos a otros, de modo que es necesario fortalecer el Estado de Derecho y la justicia de transición en un contexto de postconflicto<sup>45</sup>. En este sentido, el secretario general definía el Estado de Derecho como:

«un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal»<sup>46</sup>.

25. Se trata de una conceptualización que resulta idónea por responder a una acumulación de los componentes esenciales del Estado de Derecho. Claramente, por tanto, la noción de Estado de Derecho formulada por el secretario general se basaba en la igualdad ante la ley, la separación de poderes y la aplicación independiente de las leyes, lo que nos lleva ineludiblemente a la independencia del poder judicial como componente esencial del Estado de Derecho<sup>47</sup>. Coincidiendo con la expansión de las operaciones de paz de las Naciones Unidas, el fortalecimiento del Estado de Derecho ha ido adquiriendo un papel más relevante al considerar que promueve una paz y una seguridad sostenibles<sup>48</sup>. En otro informe de 2011, el secretario general resaltaba además la importancia de adoptar un enfoque *bottom-up* a la hora de promover el Estado de Derecho en contextos de justicia transicional en el que «los agentes nacionales cumplen un papel más destacado en la promoción, el diseño y la aplicación de los programas sobre el Estado de Derecho, aumentando las perspectivas para un impacto sostenible»<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> SANNERHOLM, R., «Legal, judicial and administrative reforms in post-conflict societies: Beyond the rule of law template», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 12, 2007, núm. 1, pp. 65-94, esp. p. 65.

<sup>45</sup> Véase, de manera general, el completo análisis sobre esta cuestión de VILLEGAS DELGADO, C., *La preeminencia del Derecho en Derecho Internacional*, Aranzadi, 2013.

<sup>46</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe del Secretario General, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, ONU Doc. S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, párr. 6.

<sup>47</sup> En otro contexto internacional, el Consejo de Europa, en un informe de 2011 de la Comisión de Venecia sobre el Estado de Derecho identificó una serie de elementos necesarios de esta noción, entre los que destacan la legalidad, la seguridad jurídica, la prohibición de la arbitrariedad y el acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales. Véase *Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011)*, CDL-AD (2011)003rev, Study No. 512/2009, 4 de abril de 2011, disponible en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e).

<sup>48</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Aunar nuestras fuerzas para fortalecer el apoyo de las Naciones Unidas al Estado de Derecho o Informe del Secretario General*, ONU Doc. A/61/636-S/2006/980, de 14 de diciembre de 2006, párr. 7.

<sup>49</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General*, ONU Doc. S/2011/634, de 12 de octubre de 2011, párr. 34.

26. A estos efectos, las Naciones Unidas han elaborado asimismo un conjunto de indicadores sobre las situaciones concretas de respeto del Estado de Derecho con el fin de facilitar su implementación y su evaluación en los distintos países en conflicto o que se estabilizan tras un conflicto. Estos indicadores —hasta 135 indicadores— se centran fundamentalmente, como resulta obvio atendiendo a este enfoque postconflicto, en la perspectiva de las necesarias reformas del sector de la seguridad del Estado en cuestión y tienen tres grandes dimensiones: el sistema judicial, el sistema policial y el sistema penitenciario<sup>50</sup>. Se trata, obviamente, de tres aspectos componentes fundamentales también de la noción de Estado de Derecho, ya que la falta de seguridad y justicia configura algunos de los grandes lastres de la reconstrucción y consolidación de la paz y del desarrollo de un país que surge de un conflicto. Es por ello por lo que la reforma del poder judicial y de los organismos encargados de la seguridad constituye, en todos los casos, una absoluta prioridad. En el fondo, se trata de la cuestión fundamental del establecimiento y refuerzo de la confianza en la impartición de la justicia y en los servicios de seguridad, especialmente la policía<sup>51</sup>.

### 3.2. Contenido y alcance de la independencia judicial en el Derecho internacional

27. La idea de la independencia judicial aparece en el Derecho internacional directamente relacionada con los derechos humanos y tiene su primera enunciación en este sistema jurídico en la ya citada *Declaración Universal de Derechos Humanos*, cuyo art. 10 establece que: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal». Esta disposición, además de proclamar el derecho humano fundamental a la tutela judicial efectiva, también reconocido en el art. 8 de la Declaración, incorpora de manera relevante a nuestros efectos la exigencia de un *tribunal independiente e imparcial* para la satisfacción de este derecho humano.

28. Debe indicarse, inicialmente, que la independencia judicial implica que ni el poder judicial ni los jueces que lo integran o el juez concreto que sustancie un caso deben estar subordinados a los demás poderes públicos<sup>52</sup>,

---

<sup>50</sup> Véase *The United Nations Rule of Law Indicators. Implementation Guide and Project Tools*, United Nations 2011, disponible en [http://www.un.org/en/events/peacekeepersday/2011/publications/un\\_rule\\_of\\_law\\_indicators.pdf](http://www.un.org/en/events/peacekeepersday/2011/publications/un_rule_of_law_indicators.pdf).

<sup>51</sup> En este sentido, nada desmoraliza más a un ciudadano o a un pueblo que está saliendo de una situación de conflicto pensar que si acude a la comisaría o al juez en busca de justicia se verá burlado y estafado si jueces y policías están al servicio, no de las víctimas, sino de los victimarios y de los criminales.

<sup>52</sup> De lo que se trata es de que el ordenamiento jurídico, es decir, el Derecho, sea el único criterio jurídicamente relevante o «la única base de actuación del juez», a quien se confía que «decida qué norma y de qué modo debe aplicarse», sin ninguna injerencia ni subordinación. Véase REGUEJO PAGÉS, J. L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 164.

mientras que la imparcialidad de los jueces y tribunales —como parámetro o modelo de actitud— se refiere a la disposición de un juez o tribunal concreto con respecto a un caso y a las partes en el mismo, exigiéndoles que no tengan ideas preconcebidas sobre el caso y que no actúen de manera que se promuevan los intereses de una de las partes, es decir, ausencia de prejuicios y de parcialidad en la actividad judicial. De igual forma, el art. 14.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* desarrolla este derecho humano a la tutela judicial efectiva y precisa que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por *un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley*. Lo que tiene una importancia esencial en la medida que, por un lado, la aplicación y garantía de los demás derechos depende en última instancia de una correcta administración de justicia; y, del otro, que la confianza pública en el sistema judicial y en la integridad del poder judicial es de vital importancia en el contexto de una sociedad democrática. Es en este sentido que puede afirmarse que sin independencia judicial no hay un juicio justo y, por tanto, no hay Estado de Derecho<sup>53</sup>.

29. Otras normas convencionales de carácter regional y declaraciones y actos jurídicos de Organizaciones internacionales regionales han recogido también el derecho a la tutela judicial efectiva, así como la exigencia de la independencia judicial<sup>54</sup>. Bajo esta perspectiva, se puede considerar también que el requisito de la independencia de los tribunales establecido convencionalmente expresa, a su vez, una costumbre internacional y un principio general de Derecho que ha acabado siendo reconocido por la comunidad internacional<sup>55</sup>. En esta misma línea deben entenderse tanto los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* (Principios Básicos de 1985) adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención

---

<sup>53</sup> En expresión de Lousada Arochena y Ron Latas, podría decirse que «el incumplimiento del derecho humano a la independencia judicial no solo es un incumplimiento de ese derecho, sino un incumplimiento de todo el sistema de garantía de los derechos humanos y, en general, de los derechos de todas las personas». Véase LOUSADA AROCHENA, J. F. y RON LATAS, R. P., *La independencia judicial*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 58.

<sup>54</sup> Como el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el art. 26 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Además de los textos convencionales puede indicarse, a mayor abundamiento, la Recomendación núm. R (94) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la independencia, eficiencia y función de los jueces, de 13 de octubre de 1994; la Carta europea sobre el estatuto de los jueces del Consejo de Europa de 1998; los Principios y Directrices sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África, adoptados por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en 2003 o la Declaración de Beijing sobre los principios relativos a la independencia de la judicatura en la región de Asia y Pacífico (Lawasia) de 1995. Igualmente, y con el mismo tenor sobre la independencia judicial pueden citarse diversos textos adoptados por asociaciones de jueces y magistrados o en reuniones de presidentes de tribunales supremos de distintos ámbitos geográficos. Un amplio catálogo, con la reproducción de los textos legales y de los diversos estándares existentes en relación con la independencia judicial, tanto universales como regionales, puede consultarse en *Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, Abogados y Fiscales. Guía para profesionales núm. 1*, Ginebra, Comisión Internacional de Juristas, 2007, pp. 85 y ss.

<sup>55</sup> Como subraya el Relator Especial Leandro Despouy en su Informe de 2009 sobre la independencia de los magistrados y abogados, ONU Doc. A/HRC/11/41, de 24 de marzo de 2009, párr. 14.

del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en 1985 y confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas; como los *Principios de Bangalore sobre la conducta judicial* de 2001 (Principios de Bangalore); como, finalmente y en particular, la *Observación general núm. 32* sobre el art. 14 del Pacto adoptada por el Comité de Derechos Humanos en 2007.

30. En los Principios Básicos de 1985 se recoge expresamente en el preámbulo que la organización y administración de la justicia deben inspirarse en estos principios y que deben adoptarse medidas para hacerlos plenamente realidad<sup>56</sup>. En este sentido, la formulación de estos principios y su eje central se ciñen, precisamente, en garantizar y promover la independencia de la judicatura. Los principios se refieren a la independencia de la judicatura, la libertad de expresión y asociación de los jueces, la competencia profesional, la selección y formación de los jueces, así como a sus condiciones de servicio e inamovilidad, secreto profesional e inmunidad y medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo. Se desarrollan de esta forma hasta un total de 20 principios, que están presididos por el primero de ellos que establece que:

«La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura».

31. El principio recoge, por tanto, el carácter primordial de la independencia de la judicatura y la obligación de todos los Estados de garantizarla y, a tal efecto, reconocerla al máximo nivel, en la misma Constitución o en la legislación interna. De manera más concreta, su proclamación en la Constitución o en la ley configura la *garantía formal* de la independencia judicial, mientras que su respeto y acatamiento por parte de todas las instituciones del Estado configura la *garantía institucional* de la misma.

32. Los *Principios de Bangalore sobre la conducta judicial* fueron adoptados en una reunión del año 2001 del Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial en la que los presidentes de tribunales superiores de justicia reconocieron la necesidad de normas universalmente aceptables de integridad judicial. El Consejo Económico y Social consideró en el año 2006 estos Principios como complementarios a los Principios Básicos de 1985 e invitó a los Estados miembros a que los tomasen en consideración<sup>57</sup>. Destinados a garantizar y promover la independencia de la judicatura y dirigidos

---

<sup>56</sup> Estos principios fueron confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sus Resoluciones 40/32, de 19 de noviembre de 1985, y 40/146, de 13 de diciembre de 1985. Posteriormente, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1989/60, de 24 de mayo, sobre los «Procedimientos para la aplicación efectiva de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura», que, a su vez, hizo suya la Asamblea General mediante la Resolución 44/162, de 5 de diciembre de 1989. Los Procedimientos concretan medidas específicas que deben adoptar los Estados para la implementación y realización efectiva de los Principios básicos.

<sup>57</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Resolución 2006/23, de 27 de julio, en cuyo anexo figuran los Principios de Bangalore.

a los Estados, estos Principios pretenden establecer estándares para la conducta ética de los jueces en relación con los valores de la independencia, la imparcialidad, la integridad, la corrección, la igualdad y la competencia y diligencia; todos ellos valores fundamentales de la conducta judicial que derivan del primero de ellos, el de la independencia. A tal efecto, el primero de los Principios de Bangalore establece que:

«La independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia tanto en sus aspectos individuales como institucionales».

33. El núcleo central, por tanto, del principio de la independencia judicial reside en la total libertad del juez para conocer las causas sometidas a su tribunal y juzgarlas, interpretando y aplicando la ley, sin ninguna injerencia, presión, instigación, amenaza o perturbación. En todo caso, sin embargo, y a la luz de estos textos, más que considerar la independencia judicial como un privilegio o una prerrogativa del juez, se trata de entenderla como la responsabilidad impuesta a cada juez en el ejercicio de sus funciones judiciales.

34. Por su parte, en su *Observación General núm. 32* sobre el art. 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* el Comité de Derechos Humanos subrayó diversos aspectos relevantes en relación con la independencia de la judicatura en línea con lo establecido en los Principios Básicos de 1985<sup>58</sup>. En este sentido, el Comité apuntó que la noción de *tribunal* y, por extensión, de judicatura o poder judicial, «se refiere a un órgano, cualquiera que sea su denominación, creado por ley, independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, o que goza en casos específicos de independencia judicial al decidir cuestiones jurídicas en actuaciones de carácter judicial»<sup>59</sup>. Se trata, básicamente, de dos condiciones previas imprescindibles de la independencia del poder judicial: en primer lugar, el establecimiento de los órganos judiciales mediante ley, por lo que cualquier condena o pronunciamiento por un órgano que no constituya un tribunal en este sentido resultaría incompatible con las previsiones del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; y, en segundo lugar, que la independencia del poder judicial respecto de los otros dos poderes del Estado, el legislativo y el ejecutivo, resulta en todo caso fundamental y, en consecuencia, toda situación en la que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en las que este último pueda controlar o dirigir al primero resulta incompatible con el mismo concepto de un tribunal independiente.

<sup>58</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general núm. 32, que sustituye a la Observación general núm. 13 (21.º periodo de sesiones del Comité, 1984)*, ONU Doc. CCPR/C/GC/32, de 23 de agosto de 2007.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párr. 18. El párr. 22 de la Observación general insiste en esta idea al indicar que las disposiciones del art. 14 se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en su ámbito de aplicación, «sean ordinarios o especializados, civiles o militares».

35. Además, en relación con el requisito de la independencia judicial, el Comité de Derechos Humanos consideró que este se refiere a dos aspectos: por un lado, la independencia efectiva del poder judicial respecto de la injerencia política por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, y, por el otro, «al procedimiento y las cualificaciones para el nombramiento de los jueces, y las garantías en relación con su seguridad en el cargo hasta la edad de jubilación obligatoria o la expiración de su mandato, en los casos en que exista, las condiciones que rigen los ascensos, traslados, la suspensión y la cesión en sus funciones»<sup>60</sup>. Es decir, se trata de un enfoque que tiene una doble dimensión, *institucional* e *individual*, ya que resulta necesario garantizar la protección a los jueces en ambas dimensiones, contra los conflictos de intereses y la intimidación. En un sentido parecido, pero atendiendo a la fuente de la que pueda proceder la perturbación a la independencia judicial, podríamos referirnos, sin mayores desarrollos, a una independencia externa y a una independencia interna<sup>61</sup>.

36. La noción de *independencia institucional* se encuentra recogida en el Principio 1 de los Principios Básicos de 1985 relativos a la independencia de la judicatura, donde se garantiza el deber de todas las instituciones de respetar y observar dicha independencia. Lo que significa claramente tanto la independencia del poder judicial respecto de los otros poderes del Estado como la obligación de los demás poderes del Estado de respetar esta independencia y acatar y dar cumplimiento a las decisiones del poder judicial. Además de este punto de partida fundamental, puede afirmarse que el Derecho internacional, tanto por las normas internacionales sobre los derechos humanos mencionadas anteriormente como por el contenido de los Principios Básicos de 1985, los Principios de Bangalore y otros textos similares y con el mismo enfoque, contiene algunas disposiciones relacionadas con determinados aspectos esenciales de la independencia institucional del poder judicial.

37. Inicialmente, los dos aspectos más relevantes de la independencia institucional son los relacionados con la aplicación del principio de la separación de poderes, como se reconoce en la anteriormente mencionada Observación general<sup>62</sup>, y con el reconocimiento y garantía a nivel constitucional —o por legislación interna— de la independencia de la judicatura, de la manera que prevé el primero de los Principios Básicos de 1985. En este último sentido, incluso aunque la independencia de la judicatura estuviese consagrada en la Constitución, siguen siendo necesarias leyes nacionales en las que se observe este principio<sup>63</sup>. El resto de aspectos que configuran el contenido de la independencia institucional se refieren más bien a la organización del poder judicial, es decir, a los procedimientos de selección y nombramiento, al reconocimiento del juez natural o juez ordinario predeterminado por la ley, al

<sup>60</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general núm. 32, op. cit.*, nota 58, párr. 19.

<sup>61</sup> MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *op. cit.*, nota 43, pp. 123 y ss.

<sup>62</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general núm. 32, op. cit.*, nota 58, párr. 19.

<sup>63</sup> Como subraya el Relator especial, véase ONU Doc. A/HRC/11/41, *op. cit.*, nota 55, párr. 22.

presupuesto y dotación de recursos financieros del poder judicial, a la libertad de asociación y de expresión, a los mecanismos de asignación de casos a los jueces, a la independencia en los mismos órganos de gobierno del poder judicial y al establecimiento de vías de investigación y protección en caso de denuncias por injerencias indebidas.

38. La referencia a la dimensión de la *independencia individual* de los jueces y magistrados que debe garantizarse por todos los Estados pretende abarcar todos aquellos elementos que afectan a la condición jurídica de los jueces tomados individualmente y que constituyen garantías en relación con su seguridad en el cargo, las condiciones de ascensos, los traslados, la suspensión y la cesación en sus funciones<sup>64</sup>. El principio más relevante y que también recogen expresamente diversos instrumentos internacionales, entre ellos los Principios Básicos de 1985, es el de la inamovilidad de los jueces hasta que cumplan la edad de jubilación forzosa o expire el periodo para el que hubieran sido nombrados o elegidos, según el caso. Esta inamovilidad constituye una los pilares fundamentales de la independencia judicial<sup>65</sup> y solo puede ser transgredida en circunstancias excepcionales, por la aplicación de medidas disciplinarias por razones graves de mala conducta o incompetencia. Así lo recoge también la Observación general que exige, además, que se apliquen estas medidas mediante procedimientos equitativos que garanticen la objetividad y la imparcialidad y que estén establecidos en la Constitución o en la ley<sup>66</sup>.

39. Por lo que se refiere a la inmunidad, los Principios Básicos de 1985 establecen que los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones judiciales, protegiendo así a los jueces de acciones judiciales injustificadas, pero asegurando, al mismo tiempo, la exigencia de responsabilidad a los jueces a fin de que no se abuse de la inmunidad. Respecto de la promoción o sistemas de ascensos de los jueces, tanto los Principios Básicos de 1985 como la Observación general reconocen que estos sistemas deben basarse en procedimientos y en criterios y factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, las cualificaciones, la eficiencia, la integridad y la experiencia, es decir, en méritos objetivos a valorar por órganos independientes encargados de la selección de los jueces y compuestos, a su vez, por jueces o por una mayoría de jueces. Por último, existen una serie de aspectos relacionados con las condiciones de servicio que también configuran garantías de la independencia individual: la remuneración, que debe ser adecuada y garantizada por la ley; los recursos humanos y materiales, que deben resultar adecuados y suficientes para el desempeño efectivo de las funciones judiciales; la seguridad, protegiendo a los jueces de los conflictos de intereses y la intimidación; y, finalmente, la

---

<sup>64</sup> Que también analiza el Relator especial en el citado Informe, ONU Doc. A/HRC/11/41, *op. cit.*, nota 55, párrs. 52-84.

<sup>65</sup> *Ibid.*, párr. 57.

<sup>66</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general núm. 32, op. cit.*, nota 58, párr. 20.



formación continuada sobre la legislación nueva y vigente y sobre la jurisprudencia más reciente, que también debe ser adecuada para una función judicial eficiente e independiente y ofrecerse a los jueces a lo largo de toda su carrera judicial.

#### 4. LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL PODER JUDICIAL

40. Planteado el análisis de las garantías de no repetición como mecanismo de justicia transicional y abordada la independencia judicial como componente esencial del Estado de Derecho, corresponde ahora analizar, por una parte, las situaciones de complicidad del poder judicial en las graves violaciones de los derechos humanos en el pasado (4.1); y, de otra, las necesarias reformas del poder judicial, precisamente, como garantía de no repetición (4.2).

##### 4.1. La complicidad del poder judicial en las graves violaciones de los derechos humanos

41. La complicidad del sistema judicial ante las graves violaciones de los derechos humanos se ha dado tanto en contexto de regímenes autoritarios como en situaciones de conflicto armado. A este respecto, varias comisiones de la verdad han revelado el papel del poder judicial en estas situaciones en las que a menudo, como ya hemos indicado, miró para otro lado, no tramitó los recursos de *habeas corpus* interpuestos por las víctimas o no practicó las investigaciones en tiempo y forma que implicaban a las fuerzas armadas o al poder ejecutivo, bien por su afinidad al poder o bajo amenaza de represalias. Aun así, la doctrina prácticamente no ha analizado la relación entre la complicidad del sistema judicial en las atrocidades del pasado y la necesidad de reformar el sistema como mecanismo de prevención y garantía de no repetición de violaciones de derechos humanos en el futuro y se ha centrado más en la celebración de juicios a las personas responsables de estos crímenes.

42. En este sentido, distintos factores pueden poner en entredicho la independencia judicial en contextos de justicia transicional como, por ejemplo, la continuidad de jueces que operaron con el régimen anterior que, junto con los nuevos jueces, deberán tener un compromiso con el nuevo régimen. En concreto puede ocurrir que los jueces tengan que decidir sobre cuestiones con repercusiones políticas importantes, como puede ser el hecho de determinar la legalidad de las nuevas leyes adoptadas por el Estado en transición para afrontar los delitos del pasado que, de alguna forma, eran *legales* con el régimen jurídico anterior<sup>67</sup>. Así, la complicidad del poder judicial con las

---

<sup>67</sup> DYZENHAUS, D., «Judicial Independence, Transitional Justice and the Rule of Law», *Otago Law Review*, vol. 10, 2003, pp. 345-369, esp. p. 347. Véanse, por ejemplo, los argumentos del Tribunal Supremo español para no invalidar la ley de amnistía de 1977 que impide la investigación de los crímenes del franquismo: «Los jueces, sujetos al principio de legalidad no pueden, en ningún caso, derogar leyes

atrocidades del pasado podría explicar la reticencia de los tribunales españoles a declarar nulos los consejos de guerra que se llevaron a cabo sin ningún tipo de garantías judiciales durante el franquismo por considerar que «la legislación que se aplicó en el momento de dictarse la sentencia cuya revisión se pretende era [...] la vigente en el momento de su aplicación, sin que pueda alegarse *error iuris* en este recurso»<sup>68</sup>. Esto también explicaría cómo, frecuentemente, los regímenes autoritarios recurren al discurso del Estado de Derecho para legitimar su narrativa y puede ocurrir que, en estos contextos, el sistema judicial tenga una independencia formal en relación con los nombramientos, y promociones de los jueces y, sin embargo, se enfrente a una forma corporativista de control político que puede ser igual de opresiva cuando se practica dentro del poder judicial<sup>69</sup>.

43. En Argentina, durante la dictadura (1976-1983) los jueces y fiscales rechazaban de forma sistemática el recurso *habeas corpus* interpuesto por casos de desapariciones forzadas y además imponían las costas a las familias que denunciaban tales hechos como forma de intimidación y para desalentar la presentación de recursos ante los tribunales<sup>70</sup>. De modo que los jueces y fiscales en Argentina solamente instruían expedientes en los que el procedimiento penal estaba destinado a condenar a los *subversivos* sin las debidas garantías judiciales, garantizando así la impunidad total de los agentes del Estado. En consecuencia, los jueces y fiscales aplicaron las leyes «sin preguntarse si eran constitucionales o si violaban principios fundamentales del Derecho internacional de los derechos humanos». Pero, sin duda, se trataba de «Leyes dictadas por un poder *de facto*, que permitían instruir expedientes mediante los cuales se daba una apariencia de legalidad a los actos de terrorismo de Estado»<sup>71</sup>.

44. En el Perú, la Comisión de la Verdad y Reconciliación afirmó que el sistema judicial «no cumplió con su misión adecuadamente [...] para poner coto a la impunidad en que actuaban los agentes del Estado que cometían graves violaciones de los derechos humanos»<sup>72</sup>. Asimismo, en El Salvador, la Comisión de la Verdad constató que el sistema judicial fue debilitado, sobre todo a partir de las amenazas recibidas y la corrupción. Además, el poder judicial «nunca había gozado de una verdadera independencia institucional

---

cuya abrogación es exclusiva competencia del poder legislativo [...] ha de recordarse que la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un periodo constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977», STS 101/2012, de 27 de febrero, FJ 3.

<sup>68</sup> Véase, entre otros, el caso de *José Pellicer*; ATS 10099/2006 (Sala 5.ª, de lo Militar) de 20 de junio de 2006, FJ 2, por el que se rechaza la solicitud de revisión del proceso.

<sup>69</sup> MOUSTAFA, T., «Law and Courts in Authoritarian Regimes», *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 10, 2014, núm. 1, pp. 281-299, esp. p. 290.

<sup>70</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, «Compulsa de As.636-F (F. c/ Guzzo, Miret, Petra, Romano, Carrizo)», de 18 de mayo de 2011.

<sup>71</sup> SALINAS, P. G., «Juicio a los jueces y fiscales de Mendoza», en BOHOSLAVSKY, J. P., *¿Usted también, doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015, pp. 197-213, esp. p. 203.

<sup>72</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final: recomendaciones*, de 28 de agosto de 2003.

de las ramas legislativa y ejecutiva, su ineficacia no hizo sino incrementarse hasta convertirse, por su inacción o actitud de lamentable supeditación, en factor coadyuvante de la tragedia que ha sufrido este país»<sup>73</sup>.

45. Por otra parte, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico llegó a la conclusión en su informe final de que, en Guatemala, entre 1966 y 1982, el poder judicial «denegó sistemáticamente el recurso de *habeas corpus* y la protección judicial efectiva de las personas ilegalmente detenidas por las fuerzas de seguridad»<sup>74</sup>. En general, los tribunales de justicia actuaron claramente subordinados al poder ejecutivo, aplicando normas o disposiciones legales contrarias al debido proceso u omitiendo aplicar las que correspondían<sup>75</sup>.

46. En España, si bien la justicia ordinaria sí se podía considerar independiente durante la dictadura, en verdad carecía de relevancia puesto que eran las jurisdicciones especiales, como la militar y el Tribunal de Orden Público, las que verdaderamente se encargaban de los delitos políticos y cuyos jueces eran nombrados y removidos directamente por el poder ejecutivo<sup>76</sup>. Como explica Paloma Aguilar, durante la dictadura franquista, el sistema judicial:

«no se limitó a mantener un silencio cómplice ante las violaciones de derechos, sino que fue una pieza fundamental de la maquinaria represiva, sobre todo a través de su participación directa en los consejos de guerra y en las jurisdicciones especiales que se crearon a propósito»<sup>77</sup>.

47. Otro importante precedente es el juicio a jueces celebrado tras la Segunda Guerra Mundial por los tribunales militares estadounidenses en Núremberg, en el que se condenó a dos jueces por haber participado y contribuido en la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Durante el proceso judicial se constató que el sistema nazi obligó a los jueces a situarse en una de las dos categorías siguientes. En la primera, había jueces que aún conservaron ideales de la independencia judicial y que administraron justicia con imparcialidad y moderación. Sin embargo, las sentencias que dictaron fueron dejadas de lado a través de declaraciones de nulidad y la objeción extraordinaria, de modo que las personas condenadas fueron frecuentemente transferidas a la Gestapo al completar la pena de prisión y luego fusiladas o

<sup>73</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD, *De la locura a la esperanza. La guerra de 12 años en el Salvador*, Informe final, S/25500, Anexo, 1 de abril de 1993.

<sup>74</sup> COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO, *Guatemala memoria de silencio*, junio de 1999, párr. 2701.

<sup>75</sup> *Ibid.*, párr. 2634.

<sup>76</sup> TOHARIA, J. J., «Judicial Independence in an Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain», *Law and Society Review*, vol. 9, 1975, pp. 475-496, esp. p. 487.

<sup>77</sup> AGUILAR, P., «Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina», *Revista Internacional de Sociología*, vol. 71, mayo-agosto de 2012, núm. 2, pp. 281-308, esp. p. 284. Cabe destacar la Ley 11/2017, de reparación jurídica de víctimas del franquismo, adoptada por el parlamento catalán por unanimidad el 4 de julio de 2017, que declara nulas de pleno Derecho todas las sentencias y resoluciones de las causas instruidas y de los consejos de guerra dictadas por causas políticas en Cataluña por el régimen franquista entre 1938 y 1978, cuyo número asciende a 65.590, lo cual refleja el alcance de la complicidad del poder judicial durante el franquismo.

enviadas a campos de concentración. Asimismo, los propios jueces fueron amenazados y criticados e incluso removidos. En la otra categoría estaban los jueces que con celo fanático hicieron cumplir la voluntad del Partido Nazi con tal severidad que no experimentaron dificultades y poca interferencia de los oficiales del partido. Para el Tribunal Militar de Núremberg, los Jueces Rothaug y Oeschey pertenecían a esta segunda categoría<sup>78</sup>.

48. Vista la complicidad del poder judicial ante las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas tanto en contexto armado como de regímenes dictatoriales, Hakeem Olayinka Yusuf considera que es fundamental rendir cuentas sobre el sistema judicial ya que, lejos de comprometer su independencia, esta rendición de cuentas la refuerza. Para el autor, el escrutinio del papel del poder judicial en el pasado tiene un doble objetivo: por una parte, permite tener un registro del rol que tuvo el sistema judicial en el pasado como institución y, por otra, el hecho de conocer la implicación del poder judicial puede facilitar la transformación de la institución en el periodo de transición para que no vuelvan a ocurrir los mismos hechos, constituyendo así una garantía de no repetición. De modo que la asunción de responsabilidad del poder judicial por crímenes del pasado puede considerarse que contribuye directamente a fortalecer, y no a debilitar, su independencia judicial<sup>79</sup>.

49. No debieron pensar así los jueces sudafricanos, puesto que ningún juez compareció ante la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica en la *audiencia legal*. Si bien algunos de ellos presentaron sus alegaciones por escrito<sup>80</sup>, muchos otros no comparecieron porque consideraron que una investigación oficial podría comprometer su independencia y romper la frágil relación colegial que había entre los jueces del antiguo régimen que mantenían sus puestos y los nuevos jueces<sup>81</sup>. No obstante, Hakeem Olayinka Yusuf incluso va más allá y afirma que no abordar la responsabilidad del sistema judicial por su papel durante el periodo autoritario o de conflicto armado pone en peligro la transformación del Estado<sup>82</sup>. Considera, en este sentido, que cuanto mayor es la implicación del sistema judicial en las atrocidades del pasado, más resistencia ofrecerá a las iniciativas de justicia transicional de esclarecimiento de la verdad o de revisión judicial del pasado, porque la reputación y profesionalidad del sistema judicial podría resultar perjudicada<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> *The Justice Case (Military Tribunal III, case 3, The United States of America against Josef Altstoetter, Wilhelm von Am Bomon, Paul Barnickel, Hermann Cuhorst, Karl Engert, Guenther Joel, Herbert Klemm, Ernst Lautz, Wolfgang Mettgenberg, Guenther Nebelung, Rudolf Oeschey, Hans Petersen, Oswald Rothaug, Curt Rothenberger, Franz Schlegelberger, and Carl Wastphal)*, en *IMT, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N.º 10*, vol. III, Washington, U.S. Government Printing Office, 1951, p. 1025.

<sup>79</sup> YUSUF, H. O., *Transitional Justice, Judicial Accountability and the Rule of Law*, Routledge, 2013, pp. 26-27.

<sup>80</sup> Véase *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, vol. 4, cap. 4, sobre «Institutional hearing: The Legal Community», 1998, p. 93.

<sup>81</sup> DYZENHAUS, D., *op. cit.*, nota 67, p. 349.

<sup>82</sup> YUSUF, H. O., *op. cit.*, nota 79, p. 183.

<sup>83</sup> AGUILAR, P., *op. cit.*, nota 77, p. 284.

## 4.2. Las reformas del poder judicial como garantía de no repetición

50. En situaciones de postconflicto debe tenerse en cuenta, inicialmente, que las reformas institucionales requieren varias generaciones y son a largo plazo, mientras que en los Estados en transición se priorizan a menudo las cuestiones de seguridad y estabilidad por encima de las reformas institucionales, dejando estas para más adelante. En la medida en que la justicia transicional promueve el Estado de Derecho en las nuevas democracias o en situaciones de postconflicto, la reforma del poder judicial para que recupere su legitimidad, su independencia e imparcialidad, así como su credibilidad pública, resulta indispensable<sup>84</sup>. La independencia judicial se configura, así, como un elemento esencial de la democracia y el Estado de Derecho y cobra mayor significado en países que han sufrido un pasado violento o autoritario, donde históricamente el poder judicial ha estado sometido al poder político o militar. En este sentido, el Estado de Derecho puede que no sea la primera víctima en tiempo de conflicto armado, pero a menudo es el más difícil de restablecer<sup>85</sup>. Podemos entender, así, que, en general, la democracia y la independencia judicial tienden a asociarse, al considerarse que la primera es una condición previa, aunque no suficiente, para la segunda<sup>86</sup>, pese a que hay algunos autores que cuestionan que la independencia judicial sea un requisito indispensable para el Estado de Derecho en la construcción de nuevas democracias<sup>87</sup>. En definitiva, no hay duda de que la reconstrucción más difícil en situaciones de transición y postconflicto es la inmateral, es decir, la de restaurar la confianza de las personas en la sociedad y en el conjunto de las instituciones del Estado<sup>88</sup>.

51. En general, las reformas institucionales son cuestiones de por sí complicadas y más aún en un contexto de justicia transicional en el que la judicatura ha sido cómplice de las violaciones de los derechos humanos del pasado. Por otra parte, el fracaso en un área del Estado de Derecho puede tener un impacto negativo en otras áreas en las que se había avanzado<sup>89</sup>. De modo que de nada sirve reforzar la eficacia del poder judicial si la policía no

<sup>84</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Leandro Despouy, ONU Doc. E/CN.4/2005/60, de 20 de enero de 2005, párr. 44.

<sup>85</sup> LORENZ, F. M., «Civil-Military Cooperation in Restoring the Rule of Law: Case Studies from Mogadishu to Motrovia», en BASSIOUNI, M. Ch. (ed.), *Post-conflict Justice*, NY, Transnational Publishers Inc., Ardsley, 2002, pp. 829-849, esp. p. 829.

<sup>86</sup> TOHARIA, J. J., *op. cit.*, nota 76, p. 475.

<sup>87</sup> FINN, J. E., «The Rule of Law and Judicial Independence in Newly Democratic Regimes», *Good Society Journal*, vol. 13, 2004, núm. 3, pp. 12-16; HELMKE, G. y ROSENBLUTH, F., «Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective», *Annual Review of Political Science*, vol. 12, 2009, núm. 1, pp. 345-366, esp. p. 361.

<sup>88</sup> FARRALL, J., «Impossible expectations? The UN Security Council's Promotion of the Rule of Law after Conflict», en BOWDEN, B., CHARLESWORTH, H. y FARRALL, J. (eds.), *The Role of International Law in rebuilding Societies after Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 138 y 155.

<sup>89</sup> INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *Negotiating Justice? Human Rights and Peace Agreements*, Ginebra, ICHRP, 2006, p. 104.

tiene la capacidad de investigar y no hay prisiones seguras<sup>90</sup> o, a la inversa, tener una policía que detiene a los criminales conforme a la legislación y nueva Constitución si el sistema judicial está colapsado y no tiene la capacidad para procesar con las debidas garantías a los criminales<sup>91</sup>. Sin embargo, Elin Skaar considera que las reformas constitucionales han contribuido a que los jueces sean más proclives a juzgar a los militares responsables de graves violaciones de los derechos humanos al ser más independientes del poder ejecutivo (dimensión institucional) así como menos dependientes dentro de la jerarquía del sistema judicial (dimensión individual)<sup>92</sup>.

52. El desafío en estos contextos es, precisamente, construir un sistema judicial fuerte e independiente, que no permita la injerencia del poder político ni de las élites de poder<sup>93</sup>. Sin embargo, las reformas institucionales del poder judicial conllevan, en cierta medida, la creencia excesiva de la inclinación de los jueces hacia el cambio y la asunción de que los profesionales del Derecho pueden actuar como transformadores sociales<sup>94</sup>. Por otra parte, si bien en general se consigue una independencia formal del poder judicial a través de la adopción o reforma de la Constitución y las leyes internas, esto no se traduce necesariamente en una independencia real o *de facto* del sistema judicial.

53. En este sentido, si bien hay que atender al caso particular y a los recursos disponibles, las diferentes medidas para fortalecer el poder judicial deben tener tres objetivos fundamentales: sacar del sistema judicial a los jueces y auxiliares de justicia identificados con el régimen anterior; proteger a los jueces de posibles arbitrariedades o medidas de remoción indiscriminadas; y, garantizar que los jueces formen un cuerpo homogéneo, de probada integridad y de conducta notoriamente irreprochable<sup>95</sup>. Es por este motivo que la justicia transicional debe promover la sanción y remoción de los jueces que participaron en los crímenes del pasado, para prevenir que estas mismas personas sean las que juzguen a los criminales

<sup>90</sup> Esta era la situación de Guatemala después del conflicto armado en la que la policía no tenía los medios para investigar los delitos y no había ninguna prisión segura y los presos podían entrar y salir de ella a su antojo. De modo que las reformas del poder judicial tenían que ir acompañadas necesariamente de una nueva policía y el establecimiento de prisiones seguras. Véase, entre otros, WOLA, *La CICIG: un instrumento innovador contra redes criminales y para el fortalecimiento del Estado de derecho*, Informe 3/2015, Washington D. C., marzo de 2015.

<sup>91</sup> Este fue el caso de Haití, Ruanda, Kosovo y Timor Oriental, en el que se pudo crear una nueva policía, pero el sistema judicial aún era muy precario, de modo que la policía empezó a arrestar a criminales que empezaron a acumularse en las prisiones y que finalmente tuvieron que ser puestos en libertad porque la justicia no tenía la capacidad para juzgarlos. Véase INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *op. cit.*, nota 89, p. 104.

<sup>92</sup> SKAAR, E., *op. cit.*, nota 3, p. 16. El estudio se basa solamente en países de Latinoamérica.

<sup>93</sup> IMPUNITY WATCH, *Estrategias de incidencia ciudadana para monitorear procesos de elección de magistrados*, 2015.

<sup>94</sup> SANNERHOLM, R., *Rule of Law after war and crisis: ideologies, norms and methods*, Intersentia, 2012, p. 159. El autor utiliza la expresión «*legal professionals [...] as social engineers*».

<sup>95</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relato Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Leandro Despouy, ONU Doc. E/CN.4/2006/52, de 23 de enero de 2006, párr. 50.

y participen en los programas de reparación destinados a las víctimas y sus familiares<sup>96</sup>.

54. En efecto, en contextos de justicia transicional se manifiesta claramente el problema de las situaciones en donde se mantiene la existencia de amplios sectores del poder judicial que han estado implicados, directa o indirectamente, en el proceso político anterior —y en violaciones de los derechos humanos— y cuya continuidad en el ejercicio de las funciones judiciales erosionaría gravemente la credibilidad y la confianza en la articulación institucional del poder judicial en una sociedad que aspira a ser democrática. A este respecto y con esta misma perspectiva —la de procurar que las instituciones públicas se organicen de tal manera que se asegure el respeto por el Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos—, debe indicarse que el Principio 36 del Conjunto de Principios contra la Impunidad prevé con respecto al poder judicial, que «los Estados deben emprender todas las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento independiente, imparcial y eficaz de los tribunales de conformidad con las normas internacionales relativas a las garantías procesales debidas».

55. Estos aspectos fueron ampliamente analizados en el Informe de 2009 del Relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados sobre la base de los instrumentos internacionales existentes, de las opiniones de los órganos de los tratados sobre derechos humanos y de la misma práctica internacional<sup>97</sup>. En todo caso, pueden destacarse algunos aspectos: pese a la diversidad de procedimientos de selección existentes en los diferentes Estados, para fomentar la confianza en el sistema judicial deberían utilizarse sistemas de selección objetivos, justos e independientes, evitando interferencias externas de carácter político o de otra índole; además, todos los Estados deberían proporcionar recursos económicos suficientes para que la judicatura pudiese desempeñar debidamente sus funciones y sería preferible que la administración de los fondos se encomendase directamente al poder judicial o a un órgano independiente encargado de la judicatura; finalmente, resulta pertinente subrayar que debería protegerse también la independencia de los jueces, no tan solo de las injerencias externas sino también de las injerencias internas, estableciéndose mecanismos de elección de las jerarquías judiciales internas y procedimientos preestablecidos de asignación de casos a los jueces.

56. En el contexto de la justicia transicional, en relación con el problema de los jueces y magistrados involucrados en el proceso anterior, el mismo Principio 36 establece que los funcionarios públicos y los empleados que sean «personalmente responsables de violaciones graves de los derechos humanos, en particular los que pertenezcan a los sectores militar, de seguridad,

---

<sup>96</sup> ALMOVIST, J., «Complicidad judicial como cuestión de derecho internacional», en BOHOSLAVSKY, J. P., *¿Usted también, doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015, pp. 291-301, esp. p. 301.

<sup>97</sup> Véase ONU Doc. A/HRC/11/41, *op. cit.*, nota 55, párrs. 17-51.

policial, de inteligencia y *judicial*, no deben continuar al servicio de las instituciones del Estado»<sup>98</sup>.

57. Esta posibilidad de destitución, que constituye claramente una restricción al principio de la inamovilidad de los jueces, está también limitada o restringida en los mismos Principios. Así, en el Principio 30 se reconoce que la inamovilidad es una *garantía fundamental de la independencia de los jueces* que «deberá respetarse en el caso de los magistrados que hayan sido nombrados de conformidad con los requisitos de un Estado de Derecho», pero no en relación con los otros, que podrán ser destituidos en virtud de la ley y en aplicación del principio del paralelismo de las formas. En todo caso, esta destitución deberá realizarse ofreciendo a la persona afectada la oportunidad de impugnar la destitución y siguiendo procedimientos que atiendan, asimismo, a los criterios de independencia e imparcialidad con miras a pedir su reincorporación<sup>99</sup>. Se trata, en definitiva, de impedir abusos y ajustes de cuentas, aunque solo sea —más allá de las situaciones individuales— para evitar que se reproduzca la situación anterior y para conseguir que la justicia mejore en autoridad y credibilidad<sup>100</sup>. A este respecto, el Principio 36 señala asimismo que, en cualquier caso, la destitución de estas personas «se realizará de acuerdo con los requisitos del debido proceso y el principio de no discriminación».

58. En relación con esta misma compleja situación, el Relator especial sobre la independencia de magistrados y abogados se inclinaba en su Informe de 2006 por la fórmula de la *revisión* prefiriéndola a la *reasignación* de los jueces<sup>101</sup>. La reasignación supone la destitución en bloque del personal afectado y la obligación de volver a competir por el puesto, mientras que la revisión implica un análisis individualizado de cada caso y la garantía de que puedan sustanciarse por órganos judiciales superiores los recursos de apelación que, en su caso, se interpongan. Fórmulas individualizadas que pueden suponer diversas medidas disciplinarias, incluso la remoción, pero que, como indicaba el Relator especial, han de resultar respetuosas con los Principios Básicos de 1985 relativos a la independencia de la judicatura<sup>102</sup>. En este sentido, estos Principios resultan plenamente coherentes con el Conjunto de los Principios contra la Impunidad.

<sup>98</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>99</sup> Véase *Conjunto de principios actualizado...*, *op. cit.*, nota 1, Principio 30.

<sup>100</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ONU Doc. E/CN.4/2005/60, *op. cit.*, nota 84, párr. 45.

<sup>101</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ONU Doc. E/CN.4/2006/52, *op. cit.*, nota 95, párr. 54.

<sup>102</sup> Los Principios básicos establecen la obligación general de los Estados de respetar la independencia judicial en todo caso y, particularmente, el Principio 20 dispone que «las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo, estarán sujetas a una revisión independiente».



## 5. CONSIDERACIONES FINALES

59. A título de consideraciones finales debe subrayarse, en primer lugar, la absoluta necesidad de que los Estados en transición adopten garantías de no repetición para prevenir que vuelvan a ocurrir las graves violaciones de los derechos humanos del pasado. En este sentido, en el ámbito de la justicia transicional, las garantías de no repetición pueden considerarse una forma de reparación en un sentido amplio o como una medida separada, pero, en todo caso, se caracterizan por ser medidas que miran hacia el futuro, de carácter preventivo y que tiene por objeto evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado. Dentro de las diferentes garantías de no repetición, el Derecho internacional incluye como elemento esencial el fortalecimiento de la independencia del poder judicial. Sin embargo, a menudo, los jueces han sido cómplices de las graves violaciones durante el conflicto armado o régimen autoritario, de modo que en los procesos de justicia transicional las diferentes reformas del poder judicial deberían cumplir una triple finalidad: sacar del sistema judicial a los operadores de justicia identificados con el régimen anterior; proteger a los jueces de posibles arbitrariedades o medidas indiscriminadas; y, finalmente, garantizar que los jueces formen un cuerpo homogéneo, de probada integridad y conducta impecable.

60. En segundo lugar, debe indicarse también que los textos internacionales en materia de derechos humanos han situado en el plano internacional el derecho humano a la tutela judicial efectiva y, en este contexto, han situado también el derecho humano a la independencia judicial, sin el cual, ni aquel ni los otros derechos humanos pueden ser realmente efectivos. Si el Estado de Derecho constituye la garantía de los derechos humanos y de la democracia, la independencia judicial conforma el núcleo esencial de las garantías jurídicas y judiciales de los unos y de la otra. En efecto, como hemos señalado en este estudio, la aplicación y garantía de los derechos humanos depende en última instancia de una correcta administración de justicia. En este marco, la independencia judicial pretende garantizar la separación de poderes y la exclusividad en el ejercicio de la actividad jurisdiccional por parte de los jueces, es decir, su sometimiento exclusivo a la ley en la función judicial de conocer y dictar sentencia en un determinado asunto, protegidos de cualquier injerencia o intromisión. En última instancia, por tanto, reforzar la independencia del poder judicial contribuye al establecimiento del Estado de Derecho y al respeto de los derechos humanos. De ahí la necesidad de garantizar tanto la dimensión institucional como la dimensión individual de la independencia judicial.

61. En tercer lugar, debe ponerse de manifiesto que la independencia judicial se configura como un elemento fundamental para generar credibilidad y confianza por parte de la ciudadanía en la administración de justicia y en los mecanismos del Estado de Derecho. Si esta confianza es en todo caso necesaria en sociedades democráticas, se revela más necesaria si cabe en situa-

ciones de transición hacia la democracia o la paz después de conflictos. Estas situaciones requieren una nueva institucionalidad democrática y un Estado de Derecho que ha de desarrollarse de manera estable y sostenida, con el apoyo y la confianza de la ciudadanía y, por tanto, entre otros aspectos, ha de tener como uno de sus componentes esenciales la independencia judicial. Finalmente, en estos contextos de situaciones de transición sucede a menudo que la inamovilidad de los jueces, que constituye una de las garantías fundamentales de la independencia judicial, tiene que ceder —con todas las garantías jurídicas— precisamente en interés de la buena imagen y de la integridad de la justicia y para evitar que jueces vinculados al proceso anterior puedan seguir ejerciendo funciones judiciales.

### RESUMEN

#### EL FORTALECIMIENTO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL COMO GARANTÍA DE NO REPETICIÓN

Las garantías de no repetición comprenden todas las medidas que debe adoptar un Estado en transición para prevenir que se repitan las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado. El objeto de este estudio es analizar, desde la perspectiva del Derecho internacional, en qué medida las reformas institucionales encaminadas a fortalecer la independencia judicial en procesos de justicia transicional constituyen garantías de no repetición. En este sentido, el Derecho internacional ofrece un conjunto de normas y principios para garantizar la independencia judicial, tanto en su dimensión institucional como individual. Por otra parte, el poder judicial a menudo ha sido cómplice de las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado, de modo que las diferentes medidas durante la transición deberían cumplir una triple finalidad: sacar del sistema judicial a los operadores de justicia identificados con el régimen anterior; proteger a los jueces de posibles arbitrariedades o medidas indiscriminadas y, garantizar que los jueces formen un cuerpo homogéneo, de probada integridad y conducta impecable. En última instancia, el fortalecimiento de la independencia judicial no solo contribuye a prevenir futuras violaciones de derechos humanos, sino que también aumenta la confianza de la ciudadanía en las instituciones y refuerza el Estado de Derecho.

**Palabras clave:** justicia transicional, garantías de no repetición, reformas institucionales, independencia judicial, Estado de Derecho.

### ABSTRACT

#### STRENGTHENING JUDICIAL INDEPENDENCE IN TRANSITIONAL JUSTICE AS A GUARANTEE OF NON-REPETITION

The guarantees of non-repetition include all the measures that a State in transition must adopt to prevent the recurrence of serious violations of human rights that occurred in the past. The purpose of this study is to analyze, from an International Law perspective, to what extent institutional reforms aimed at strengthening judicial independence in transitional justice constitute guarantees of non-repetition. In this sense, International Law offers a set of rules and principles to guarantee judicial independence, both in its institutional and individual dimensions. On the other hand, the judiciary has often been accomplice in human rights violations committed in the past, therefore, transitional justice

measures should serve a threefold purpose: removing justice operators from the judicial system identified with the previous regime, protect judges from possible arbitrariness or indiscriminate measures and, finally, ensure that judges form a homogeneous body, with proven integrity and impeccable conduct. Eventually, strengthening judicial independence in transitional justice not only contributes to prevent future human rights violations, but also increases citizens' trust in institutions and promotes the rule of law.

**Keywords:** transitional justice, guarantees of non-repetition, institutional reforms, judicial independence, rule of law.



## REFLEXIVIDAD, EMANCIPACIÓN Y UNIVERSALISMO: CARTOGRAFÍAS DE LA TEORÍA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

José Antonio SANAHUJA\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: RELATOS CANÓNICOS, «GRANDES DEBATES» Y POST-POSITIVISMO.—2. EL EJE EPISTEMOLÓGICO: RACIONALISMO-REFLECTIVISMO, POSITIVISMO-POST-POSITIVISMO.—3. EL EJE PRAXEOLÓGICO Y NORMATIVO: LA POSIBILIDAD Y DESEABILIDAD DEL CAMBIO.—4. LA CRÍTICA Y REDEFINICIÓN DE LO UNIVERSAL Y LO HUMANO: POSIBILIDADES DE UN UNIVERSALISMO POST-OCIDENTAL.

### 1. INTRODUCCIÓN: RELATOS CANÓNICOS, «GRANDES DEBATES» Y POST-POSITIVISMO

El ascenso de los países emergentes, en particular en Asia, estaría dando paso a un sistema internacional que se ha descrito como multipolar, que cuestiona la primacía de Estados Unidos, y por ello también se ha caracterizado como «post-occidental», «post-hegemónico», o «post-estadunidense»<sup>1</sup>. Se trataría de un mundo en transición, sin una estructura o fisonomía clara, en una etapa que Thomas Friedman ha descrito como la «post-post-Guerra

---

\* Profesor titular de Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid e investigador del Instituto Complutense de Estudios Internacionales (ICEI) ([sanahuja@cps.ucm.es](mailto:sanahuja@cps.ucm.es)). El autor agradece los comentarios de Miren Alonso, Celestino del Arenal y Francisco Javier Verdes-Montenegro y de los dos revisores anónimos del manuscrito original.

<sup>1</sup> Véanse, entre otros, ZAKARIA, F., *The Post-American World*, Nueva York, W. W. Norton, 2008; MAHBUBANI, K., *The New Asian Hemisphere. The Irresistible Shift of Global Power to the East*, Nueva York, Public Affairs, 2009; y ACHARYA, A., *The End of American World Order*, Cambridge, Polity, 2014. En la doctrina española véanse ARENAL, C., «Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2009, pp. 181-268; GARCÍA SEGURA, C., «Westfalia, Worldfalia, Eastfalia. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIX, 2007, núm. 2, pp. 45-70; y SANAHUJA, J. A., «Posglobalización y ascenso de la extrema derecha: crisis de hegemonía y riesgos sistémicos», en MESA, M. (coord.), *Seguridad internacional y democracia: guerras, militarización y fronteras. Anuario 2016-17*, Madrid, CEIPAZ, 2017, pp. 35-71.

fría»<sup>2</sup>. Con esa expresión se subraya que esta etapa es al menos tan difícil de caracterizar como la posterior a la Guerra Fría, por ello se insiste en el prefijo «post», ya que en ambos casos no existen conceptos, descripciones o metáforas claras y ampliamente aceptadas para describir el sistema internacional contemporáneo.

Esos cambios exigen revisar incluso las categorías y marcos interpretativos convencionales. El concepto mismo de «polaridad», por ejemplo, es problemático<sup>3</sup>. Las dinámicas de globalización y transnacionalización que han transformado el sistema internacional han significado cambios rápidos en la estructura del sistema internacional, y en la naturaleza, las fuentes y las pautas de distribución del poder y la riqueza. Aparecen nuevos actores, pero su influencia se diluye en mercados, estructuras y redes de interdependencias que diluyen la polaridad, pues ningún actor parece tener primacía ni ejercer un control efectivo. De ahí que, frente a la imagen de un mundo multipolar, también se haya hablado de un mundo «multicéntrico», «interpolar» o «heteropolar», e incluso «apolar», del «G-cero», e incluso de «el fin del poder»<sup>4</sup>.

Estos cambios comportan un triple desafío intelectual y académico para la disciplina de las Relaciones Internacionales. Por una parte, exige examinar esas transformaciones estructurales en sí, desde una perspectiva socio-histórica; por otra, demanda teorías adecuadas para permitir su conceptualización e interpretación. Esto último supone, a su vez, adoptar una mirada crítica y reflexiva sobre las relaciones internacionales como objeto de estudio y sus principales teorías y conceptos, en particular hacia sus corrientes dominantes o *mainstream*. Ya no bastaría un conocimiento amplio de esas teorías, y se reclama una mirada crítica y reflexiva que permita entender su papel en la propia constitución de la disciplina y de los actores, prácticas, instituciones e ideas que son su objeto de estudio.

Este reclamo no es algo nuevo. La historia de las Relaciones Internacionales como disciplina se ha presentado tradicionalmente, de forma canónica y auto-referencial, a partir de los «grandes debates» que han surgido de la crítica entre los paradigmas dominantes, sea en sus expresiones clásicas o en las versiones más racionalistas o «científicas»<sup>5</sup>. Cabe mencionar el primer gran debate entre realismo e idealismo de las décadas de los años treinta y los cua-

<sup>2</sup> FRIEDMAN, T., «The post-post-Cold War», *The New York Times*, 10 de mayo de 2016.

<sup>3</sup> BARBÉ, E., «Multilateralismo: adaptación a un mundo con potencias emergentes», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII, 2010, núm. 2, p. 25.

<sup>4</sup> SANAHUJA, J. A., «¿Un mundo unipolar, multipolar o apolar? El poder estructural y las transformaciones de la sociedad internacional contemporánea», en VVAA, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2007*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008, pp. 297-384; GREVI, G., «The interpolar world: a new scenario», *EU-ISS occasional paper*, 2009, núm. 79; COPPELAND, D., «Diplomacy, Globalization and Heteropolarity: The Challenge of Adaptation», *Canadian Defence & Foreign Affairs Institute Policy Paper*, 2013; HAAS, R., «The age of non-polarity: What will follow US dominance?», *Foreign Affairs*, vol. 87, 2008, núm. 3, pp. 44-56; KUPCHAN, C. A., *No One's World. The West, the Rising Rest, and the Coming Global Turn*, Oxford, Oxford University Press, 2012; BREMMER, I., *Every Nation for Itself: Winners and Losers in a G-Zero World*, Londres, Portfolio/Penguin, 2012; NAÍM, M., *El fin del poder*, Barcelona, Debate, 2013.

<sup>5</sup> ARENAL, C., *Introducción a las Relaciones Internacionales*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 93.

renta del siglo xx; un segundo gran debate entre tradicionalismo y cientifismo, en los años cincuenta y sesenta; y un tercer gran debate inter-paradigmático en los setenta y parte de los ochenta. En una versión muy extendida —en particular, en la Escuela Española— se presentó como debate a tres bandas entre el paradigma realista, transnacionalista o globalista, y estructuralista<sup>6</sup>. Esa tríada ha sido definida en diferentes términos y conceptualizaciones que no se abordarán aquí. Para Viotti y Kauppi, por ejemplo, podría definirse en términos de realismo, pluralismo y globalismo<sup>7</sup>; o de realismo, racionalismo y revolucionismo, según la Escuela Inglesa, o de las tradiciones de Maquiavelo, Grocio y Kant, según Martin Wight<sup>8</sup>.

Sin embargo, los debates inter-paradigmáticos son un equívoco relato auto-referencial de la disciplina, quizá solo válido en la fase final del periodo de Entreguerras; o bien cuando realmente hubo «tres» paradigmas: en el breve lapso de los años sesenta y setenta del siglo xx, y en ese periodo, en realidad, solo hubo debate entre el realismo y el liberalismo, con el estructuralismo en una posición marginal<sup>9</sup>. El debate que interesó al estructuralismo se ubicó en otro ámbito, el de la Economía Política Internacional y los estudios del desarrollo, en el que se enfrentó con la economía clásica o liberal dominante y con el paradigma sociológico de las teorías de la modernización.

Por otra parte, el debate inter-paradigmático puso de relieve un problema epistemológico esencial: la inexistencia de un postulado universal, teoría general o fundamento básico común («fundacional») a partir del cual juzgar cada paradigma, sus pretensiones de verdad, y establecer criterios para la verificación o falsación del conocimiento que pudieran generar. Las diferencias epistemológicas entre paradigmas harían imposible el diálogo y el supuesto de la acumulación lineal de conocimiento del positivismo, vía prueba y refutación dentro de una racionalidad común. Paul Feyerabend y Thomas Kuhn se han referido a este hecho aludiendo a la «inconmensurabilidad» entre teorías sin lenguaje o fundamento común<sup>10</sup>. Cada paradigma contaría con su propio sistema coherente de postulados fundamentales, ontologías, concep-

<sup>6</sup> ARENAL, C., *op. cit.*, nota 5; y BARBÉ, E., *Relaciones Internacionales*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 60. Véase también GARCÍA PICAZO, P., *Teoría breve de las Relaciones Internacionales: ¿Una anatomía del mundo?*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 2017. Otros autores han preferido hablar de la hegemonía del realismo, y de «programas de investigación» —como los define Imre Lakatos— como el marxismo, el enfoque sistémico, de la dependencia, transnacionalista, y sociológico. Véase CALDUCH, R., *Teorías de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, p. 67.

<sup>7</sup> VIOTTI, P. R. y KAUPPI, M. V., *International Relations Theory: Realism, Pluralism, Globalism*, 2.ª ed., Nueva York, Macmillan, 1993.

<sup>8</sup> WIGHT, G. y PORTER, B. (eds.), *International theory: the three traditions*. Martin Wight, Leicester/Londres, Leicester University Press, 1991; BUZAN, B., *An introduction to the English School of International Relations*, Cambridge, Polity, 2004.

<sup>9</sup> SMITH, S., «The Self-Images of a Discipline: A Genealogy of International Relations Theory», en BOOTH, K. y SMITH, S. (eds.) *International Relations Today*, University Park, Penn State University Press, 1995, pp. 1-37.

<sup>10</sup> OBERHEIM, E. y HOYNINGEN-HUENE, P., «Incommensurability, Realism, and Meta-Incommensurability», *Theoria. An International Journal for Theory, History and the Foundations of Science*, vol. 12, 1997, núm. 3, pp. 447-465.

tos y categorías, métodos, criterios de juicio, «semántica», y un patrón propio de inferencias de causalidad. Desde la asunción de la inconmensurabilidad, no sería factible afirmar la mayor validez «científica» de un paradigma y de sus postulados básicos sobre otro, como en el primer debate, por lo que tampoco se podría fundamentar la disciplina de las Relaciones Internacionales sobre un único *corpus* teórico coherente y «verdadero». Habría que aceptar el pluralismo teórico, con teorías distintas que veían mundos distintos, imposibles de integrar en «gran síntesis» y, por ello, con mayor riesgo de fragmentación. Sería, en consecuencia, una disciplina más rica, diversa y plural, pero envuelta en un «diálogo de sordos» o, más bien, en monólogos autorreferenciales. Por ello, según Wæver, el propio debate inter-paradigmático quizás pudo ser el «pegamento» que mantuvo mínimamente unida a la disciplina en ese periodo<sup>11</sup>.

Como es sabido, el debate inter-paradigmático dio paso en los años ochenta a la denominada «síntesis neo-neo» al producirse una visible convergencia entre el realismo estructural y el liberalismo. Con el realismo estructural de Waltz, quedó atrás la tradicional argumentación sobre la maldad inherente a la condición humana, como premisa ético-filosófica o religiosa básica del realismo clásico, de raíz judeo-cristiana, y se pretendió establecer una nueva fundamentación racional para que el realismo pudiera ser una verdadera teoría «científica» de la política internacional. El liberalismo, por su parte, asumiría los condicionantes estructurales o sistémicos y el interés nacional como guías racionales de las preferencias de los actores, dejando atrás los elementos normativos del idealismo, y recurriría en mayor medida a metodologías cuantitativas<sup>12</sup>. Esa común fundamentación racionalista y las convergencia de agendas y métodos de investigación permitirían superar las barreras de la inconmensurabilidad. Tanto el institucionalismo neoliberal como la teoría neorrealista de la estabilidad hegemónica se centrarían en el estudio de la cooperación y los regímenes internacionales como concreción de una «síntesis neo-neo» con la que se reconstruyó el discurso dominante en la disciplina<sup>13</sup>. Fuera de esa síntesis, otra reacción crítica al problema de la inconmensurabilidad, también desde la Economía Política Internacional, es el trabajo de Susan Strange, que, dentro de una epistemología positivista, reivindicaba a Feyerabend y planteaba aproximaciones más eclécticas como su «teoría del poder estructural»<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> WÆVER, O., «The Rise and Fall of the Inter-Paradigm Debate», en SMITH, S., BOOTH, K. y ZALEWSKI, M. (eds.), *International Theory: Positivism & Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 149.

<sup>12</sup> Como muestra, véase MORAVCSIK, A., «Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics», *International Organization*, vol. 5, 1997, núm. 4, pp. 513-553.

<sup>13</sup> BARBÉ, E. y SORIANO, J. P., «Del debate Neorrealismo-Neoliberalismo a la (re)construcción del discurso dominante en Relaciones Internacionales», en ARENAL, C. y SANAHUJA, J. A., *Teorías de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 127-156.

<sup>14</sup> STRANGE, S., *States and Markets*, Londres, Pinter, 1988; STRANGE, S., «What Theory? The Theory in Mad Money», *CSGR Working Paper*, núm. 18/98, 1998; y COX, R. W., «Take six eggs: Theory, finance and the real economy in the work of Susan Strange», en COX, R. W. y SINCLAIR, T. J., *Approaches to World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 174-189.



Ahora bien, para la comprensión de las cartografías contemporáneas de la disciplina el punto de partida obligado debiera ser otro: la revolución post-positivista que sacudió los cimientos de las Ciencias Sociales a finales de los setenta y en la década de los ochenta, más que la síntesis «neo-neo» o el debate inter-paradigmático que, en ese momento, según Ole Wæver, ya era «un mapa engañoso y una mala guía para introducir a los estudiantes en el debate»<sup>15</sup>.

El muchas veces citado discurso de Robert Keohane como presidente de la *International Studies Association* (ISA)<sup>16</sup> estableció que el principal eje de debate se habría situado entre dos polos: el racionalismo —como fundamentación teórica común tanto del neorrealismo como del neoliberalismo institucional—, y el «reflectivismo» o interpretativismo, que incluiría tanto el constructivismo social emergente, como la filosofía post-moderna<sup>17</sup>. Este eje o línea de tensión definiría el llamado «cuarto debate» de la disciplina<sup>18</sup>. En el mismo hay disputas ontológicas —entre materialismo e idealismo, y entre individualismo y holismo o, en otros términos, entre agencia y estructura—, pero su dimensión más relevante se situaría, como se indicó, en el ámbito epistemológico<sup>19</sup>.

En no pocos aspectos ese eje racionalismo-reflectivismo expresaría también las posiciones del *mainstream* frente a la «insurgencia» teórica del post-positivismo. Al partir de la teoría del conocimiento, el post-positivismo ha supuesto un radical desafío epistemológico para las Ciencias Sociales, dando origen a una amplia teorización crítica.

Hacia los años noventa, sin embargo, las posiciones en ese eje habrían evolucionado desde la polarización inicial. Los extremos seguían siendo fácilmente reconocibles, con los seguidores más radicales del *rational choice* y de la modelización y las metodologías cuantitativas y «científicas», por el lado del racionalismo; y la negatividad post-estructuralista y deconstructivista y su recurso a la hermenéutica, en el otro extremo. Pero también se observaría un cierto *rapprochement* al aparecer posiciones intermedias más matizadas.

Como señaló Alexander Wendt, en realidad pocos autores ubicados en el *mainstream* teórico se identificarían ya con el positivismo clásico o con un

<sup>15</sup> WÆVER, O., *op. cit.*, nota 11, p. 149.

<sup>16</sup> KEOHANE, R. O., «International Institutions: Two Approaches», *International Studies Quarterly*, vol. 32, 1988, núm. 4, pp. 379-396.

<sup>17</sup> HOFFMAN, M., «Critical Theory and the Inter-Paradigm Debate», *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 16, 1987, núm. 2, pp. 231-250. De manera más general, sobre el fin del «debate inter-paradigmático» y la redefinición de la disputa teórica desde los años noventa del siglo XX, véase LAPID, Y., «The Third Debate: On the Prospects of International Theory in a Post-Positivist Era», *International Studies Quarterly*, vol. 33, 1989, núm. 3, pp. 235-254.

<sup>18</sup> Aunque para algunos autores, que obvian el debate entre concepciones tradicionales y «científicas», este sería el tercer debate y no el cuarto. Véase de nuevo LAPID, Y., *op. cit.*, nota 17.

<sup>19</sup> Véase SODUPE, K., *La teoría de las Relaciones Internacionales a comienzos del Siglo XXI*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2003, pp. 62-75; y CORNAGO, N., «Materialismo e idealismo en la teoría crítica de las relaciones internacionales», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, núm. 2, pp. 665-693.

racionalismo extremo como el de los modelos más formalizados del *rational choice*<sup>20</sup>, más propios de la Ciencia Política o la Microeconomía. Por otro lado, las posiciones post-estructuralistas más extremas, que conocieron una notable expansión en el decenio de los ochenta al amparo de la filosofía post-moderna, no han logrado modificar su posición marginal. Los desarrollos más importantes se han producido en un terreno intermedio en el que, por un lado, las posiciones racionalistas han ido asumiendo la relevancia de la historia, las instituciones y las normas y otras estructuras sociales y culturales profundas, reconociéndose su papel constitutivo en las preferencias y la identidad de los actores. Por otro lado, la epistemología reflexivista común a distintas teorías se configura como un nuevo racionalismo que responde a las exigencias de una «modernidad reflexiva» que revisa y redefine en términos contemporáneos los propósitos emancipadores de la ilustración. Este terreno intermedio se desarrolla en mayor detalle en la sección posterior.

Al iniciarse el siglo XXI, el escenario de la teoría de las Relaciones Internacionales se habría vuelto más complejo y diverso, y por ello, sus cartografías no se limitan a la disputa epistemológica antes expuesta. En el seno de las corrientes dominantes o *mainstream*, eminentemente racionalistas o positivistas, y también dentro de las teorías críticas existen importantes diferencias ontológicas, epistemológicas y normativas que es necesario desentrañar. Para trazar esas cartografías y caracterizar las principales propuestas teóricas se puede partir de tres grandes divisorias o ejes que articulan el debate: en primer lugar, continúa vigente la divisoria epistemológica entre el racionalismo y el reflectivismo, con el racionalismo radical y la negación deconstructivista como polos extremos. En segundo lugar, se observa una línea de tensión que gira en torno a la posibilidad y deseabilidad del cambio en el orden social, lo que concierne a la dimensión normativa de la teoría. La tercera divisoria o línea de tensión alude a la definición de lo universal y en concreto al pretendido carácter universal del conocimiento frente a la naturaleza esencialmente contingente, histórica, contextual e intersubjetiva del mismo, y la posibilidad y necesidad de un universalismo no occidental. En esas tres divisorias, a su vez, subyace la línea o eje de tensión entre fundacionalismo y antifundacionalismo, tanto en el ámbito epistemológico como normativo. El cruce de estas líneas de tensión trazaría un espacio en varias dimensiones, que no puede ceñirse a los ejes de debate con los que se caracterizó el panorama de décadas anteriores.

## 2. EL EJE EPISTEMOLÓGICO: RACIONALISMO-REFLECTIVISMO, POSITIVISMO-POST-POSITIVISMO

La primera de estas líneas de tensión gira en torno a los fundamentos epistemológicos de la teoría, siguiendo la divisoria entre el positivismo y el

---

<sup>20</sup> WENDT, A., *Social Theory of International Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 39.

post-positivismo y en particular el eje racionalismo-reflectivismo. Se trata de controversias que parten más de la Teoría o la Filosofía del Conocimiento que del campo de las Relaciones Internacionales. Si bien las teorías dominantes siguen ancladas en una fundamentación racionalista, para el conjunto de la disciplina puede hablarse, desde los 2000, de un «giro» reflectivista muy amplio, que ha supuesto tanto la asunción amplia de la reflexividad como fundamento epistemológico, como un amplio desarrollo de las teorías que desde ahí cuestionan las teorías convencionales o *mainstream* de la disciplina<sup>21</sup>.

Este eje también es reflejo de una pugna entre el fundacionalismo epistemológico inherente a las teorías clásicas, y el antifundacionalismo epistemológico —más moderado o radical— de las teorías constructivistas y críticas. El fundacionalismo alude a la pretensión de establecer una fundamentación última o básica del conocimiento en un conjunto de certezas elementales y/o universales. A través de ellas las creencias sobre el mundo, así como los elementos de causación que fundamentan el conocimiento científico, podrían ser sometidos a prueba y evaluados como «verdaderos» o «falsos» desde un procedimiento y unos postulados «científicos» y objetivos, que con ello proporcionarían una suerte de cimientos comunes a la disciplina. De nuevo en términos epistemológicos, por antifundacionalismo se entendería aquella posición que asume que ningún postulado o pretensión de verdad puede ser probada como tal, al no existir ningún parámetro neutral, universal u «objetivo» para hacerlo, por lo que el conocimiento debe ser objeto de interpretación en función de su contexto social, histórico y contingente. Ese contexto es también el que proporciona los fundamentos causales sobre los que explicar la realidad social. En suma, la relevancia de la cuestión fundacionalismo/antifundacionalismo radica en que en última instancia es una discusión sobre las «causas últimas» de los fenómenos sociales, los patrones de inferencia de causalidad en cada teoría, y la existencia misma de dichas causas.

En directa relación con lo anterior, en este eje radica la distinción clave entre teorías explicativas y teorías constitutivas. Las primeras, que suelen tener carácter fundacionalista, pretenden situarse en algún lugar fuera de la realidad social y ser un mero reflejo «objetivo» de esta. En otros términos, parten de la conocida distinción positivista entre realidad y conocimiento, entendiéndolo este como algo «externo» a la realidad social y las relaciones sociales. El conocimiento se concibe como reflejo y/o explicación de esa realidad, entendida como parte de un mundo «natural» u objetivo que ha de ser explicado a partir de un fundamento racional o científico igualmente «objetivo». Estas asumen el enfoque típicamente positivista de la causalidad de las denominadas «teorías explicativas», y de sus razonamientos basado en variables dependientes, independientes e intervinientes, por citar las más comunes en ese tipo de teorización.

<sup>21</sup> HAMATI-ATAYA, I., «Reflectivity, reflexivity, reflexivism: IR's "reflexive turn" —and beyond», *European Journal of International Relations*, vol. 19, 2012, núm. 4, pp. 669-694.

Frente a ellas, a partir de una epistemología reflectivista, se alzarían las «teorías constitutivas», que más que buscar relaciones de causalidad objetivables, tratarían de dar cuenta de la naturaleza de las relaciones internacionales a partir de las estructuras que las constituyen y las condicionan<sup>22</sup>. Las teorías constitutivas entienden las teorías de las Relaciones Internacionales como elementos que constituyen la realidad social a través del conocimiento que estas generan, y de las instituciones, las prácticas sociales, el lenguaje y los discursos y narrativas a las que ese conocimiento daría forma<sup>23</sup>. Para estas teorías el conocimiento está enraizado en las relaciones sociales y es parte de ellas. Tiene un papel constitutivo de esa misma realidad, en tanto otorga significado a las relaciones sociales y orienta las prácticas de los actores sociales, construyendo el mundo conforme a la comprensión e interpretación del mismo por parte de esos actores. En este tipo de razonamiento, la cuestión de la causalidad se inscribe en la relación de mutua interacción y constitución entre la agencia y las estructuras sociales, atendiendo a sus componentes materiales, institucionales e ideacionales<sup>24</sup>.

Las teorías constitutivas, además, se basan en la premisa kantiana de que un propósito esencial del conocimiento ha de ser la reflexión sobre los límites y condicionantes del mismo, y el aporte de Hegel y Marx de que el conocimiento está siempre e inevitablemente condicionado por el contexto y las condiciones sociales, materiales e históricas en el que se genera. Responde también al método hermenéutico de la Escuela de Fráncfort, y de manera más cercana está fuertemente influida por el trabajo sociológico de Pierre Bourdieu, Niklas Luhman o Ulrich Beck. Supone asumir que estudiar y teorizar la realidad social puede ser, debiera ser, y necesariamente es un acto reflexivo<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Véase el trabajo pionero de HOLLIS, M. y SMITH, S., *Explaining and Understanding International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 1990, y posteriormente WENDT, A., «On Constitution and Causation in International Relations», *Review of International Studies*, vol. 24, 1998, pp. 101-117, y KURKI, M., *Causation in International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

<sup>23</sup> Véase WIGHT, C., «Philosophy of Social Science and International Relations», en CARLSNAES, W., RISSE, T. y SIMMONS, B. A., *Handbook of International Relations*, Londres, SAGE, 2008, pp. 38-39.

<sup>24</sup> WENDT, A., «The Agent-Structure Problem in International Relations Theory», *International Organization*, vol. 41, 1987, núm. 3, pp. 335-70; CARLSNAES, W., «The Agency-Structure Problem in Foreign Policy Analysis», *International Studies Quarterly*, vol. 36, 1992, núm. 3, pp. 245-270; WIGHT, C., *Agents, Structures and International Relations. Politics as Ontology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; KNAFO, S., «Critical approaches and the legacy of the agent/structure debate in international relations», *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 23, 2010, núm. 3, pp. 493-516; y CABALLERO, S., «El debate agencia-estructura en las Relaciones Internacionales: capacidad de agencia y limitaciones estructurales», en VVAA, *Otras miradas y otras voces. Visiones críticas de las Relaciones Internacionales*, Buenos Aires, Eduntref, 2018 (en prensa).

<sup>25</sup> NEUFELD, M., «Reflexivity in International Relations Theory», *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 22, 1993, núm. 1, pp. 53-76; LEANDER, A., «Do We Really Need Reflexivity in IPE? Bourdieu's Two Reasons for Answering Affirmatively», *Review of International Political Economy*, vol. 9, 2002, núm. 4, pp. 601-609; EAGLETON-PIERCE, M., «Advancing a Reflexive International Relations», *Millennium - Journal of International Studies*, vol. 39, 2011, núm. 3, pp. 805-823; y ADLER-NIELSEN, R. (ed.), *Bourdieu in International Relations. Rethinking Key Concepts in International Relations*, Milton Park, Routledge, 2013.

Mientras que las teorías explicativas, inscritas en la tradición positivista, pretenden proporcionar una explicación o *explanans* racional y con fundamentación empírica de la sociedad internacional, para las segundas la propia teoría es parte de esa realidad social, histórica y contingente. Como *explanandum*, es un fenómeno social más que ha de ser explicado a partir de una teorización interpretativista, en la tradición de la *verstehen* weberiana. Esta última exige lo que Anthony Giddens denomina la «doble hermenéutica» que ha de caracterizar las Ciencias Sociales, que de esta forma se distinguen de las Ciencias Naturales: los seres humanos interpretan el mundo a través de su reflexión, de sus prácticas, y de sus relaciones sociales; las Ciencias Sociales han de interpretar, a su vez, esas interpretaciones<sup>26</sup>. Puede añadirse que adoptar una mirada reflexiva implicaría también el examen crítico y la interpretación de la propia práctica académica dentro de esa «doble hermenéutica», examinando críticamente el papel de las normas, instituciones, actores y mecanismos de validación del conocimiento generado por la disciplina de las Relaciones Internacionales<sup>27</sup>.

Por otro lado, es importante precisar que el antifundacionalismo epistemológico no implica necesariamente asumir una posición relativista en el ámbito normativo. Como se verá, la teoría puede caracterizarse por un fundacionalismo normativo mínimo y contingente, respetuoso de la diversidad, basado en acuerdos surgidos de la acción comunicativa a través de la deliberación racional y de la propia actividad política. Ello puede fundamentar una ética del discurso universalista con propósitos de emancipación humana. Así lo afirma, por ejemplo, la Escuela Inglesa en su vertiente más solidarista o normativa, influida por Habermas; o la propia teoría crítica inspirada por ese autor<sup>28</sup>.

Como se indicó, en este eje se ubicarían en el extremo positivista las variantes del liberalismo o el institucionalismo basadas en las premisas de la elección racional o *rational choice*, con un alto grado de formalización metodológica y el recurso frecuente a métodos cuantitativos. En el otro extremo de este eje encontraríamos el post-estructuralismo, el pensamiento decolonial, y la teoría feminista de las Relaciones Internacionales, que en cuanto a opciones metodológicas suelen recurrir a la hermenéutica y a otros métodos cualitativos como el análisis del discurso. Pero ambos polos, como se señaló, se situarían en una posición relativamente excéntrica y radical respecto a un *mainstream* en el que las teorías clásicas basadas en premisas racionalistas

<sup>26</sup> GIDDENS, A., *Social Theory and Modern Sociology*, Cambridge, Polity Press, 1982, pp. 20-21, y *The Construction of Society*, Cambridge, Polity, 1984, p. 20. Véase también JACKSON, P. T., «Making sense of Making Sense: Configurational Analysis and the Double Hermeneutic», en YANOW, D. y SCHWARTZ-SEA, P. (eds.), *Interpretation and Method: empirical research methods and the interpretive turn*, Londres, M. E. Sharpe, 2006, pp. 264-280

<sup>27</sup> JØRGENSEN, K., ALEJANDRO, A., REICHWEIN, A., RÖCH, F. y TURTON, H., *Reappraising European IR Traditions*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 31-42.

<sup>28</sup> Véase HURRELL, A., *On Global Order. Power, values and the Constitution of the International Society*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 300 y ss.; y LINKLATER, A., *Critical Theory and World Politics. Citizenship, sovereignty and humanity*, Milton Park, Routledge, 2007.

se habrían desplazado hacia posiciones más moderadas y más reflexivas, al asumir la relevancia de la historia, las instituciones y las normas y otras estructuras sociales y culturales profundas, reconociendo su papel constitutivo en las preferencias y la identidad de los actores. Este sería el caso de un realismo neoclásico que se distanciaría del rígido racionalismo y del determinismo estructural del neorrealismo de Waltz<sup>29</sup>, o de la «Escuela Inglesa» de la Sociedad Internacional<sup>30</sup>.

En ese terreno intermedio la epistemología reflexivista ha dado lugar a un nuevo «racionalismo moderado» con voluntad y capacidad de convertirse en una corriente dominante en la disciplina, aun manteniendo cierta capacidad crítica sobre otros enfoques convencionales. Así lo mostraría la creciente aceptación del social-constructivismo, precisamente por combinar una fundamentación reflectivista con métodos y diseños de investigación racionalistas<sup>31</sup>. En alguna de sus variantes, como la que representa Peter Katzenstein, el social-constructivismo muestra una vocación sociológica que a partir del método histórico-comparativo aborda el estudio de la identidad y de otros factores socio-culturales y civilizacionales<sup>32</sup>.

Aún en ese terreno intermedio, este eje abarca la teoría crítica neo post-marxista, de nuevo sobre premisas epistemológicas post-positivistas, que se distancia de las pretensiones científicas del marxismo clásico y trata de responder a las exigencias de una «modernidad reflexiva» que revisa y redefine en términos contemporáneos los propósitos emancipadores de la ilustración. Expresa de nuevo un reflectivismo «post-radical» que aúna la reflexividad y el interpretativismo con un mayor reconocimiento de elementos materiales, de la sociología histórica, y del papel de las normas y las instituciones.

<sup>29</sup> ROSE, G., «Neoclassical Realism and Theories of Foreign Policy», *World Politics*, vol. 51, 1998, núm. 1, pp. 144-172; y LOBELL, S., RIPSAN, N. y TALIAFERRO, J., «Introduction: Neoclassical Realism, the State, and Foreign Policy», en *ibid.* (eds.), *Neoclassical Realism, the State, and Foreign Policy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, pp. 1-41.

<sup>30</sup> Desde el pluralismo del texto clásico de BULL, H., *The Anarchical Society. A Study of order in World Politics*, Londres, Macmillan, 1977, al enfoque normativo influido por Habermas y Linklater de HURRELL, A., *op. cit.*, nota 28. También BUZAN, B., *From International to World Society? English School Theory and the Social Structure of Globalisation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; y GARCÍA SEGURA, C., «La Escuela Inglesa y la teoría de la Sociedad Internacional: propuestas, críticas y reformulación», en ARENAL, C. y SANAHUJA, J. A., *op. cit.*, nota 13, pp. 269-300.

<sup>31</sup> ADLER, E., «Seizing the Middle Ground: Constructivism in World Politics», *European Journal of International Relations*, vol. 3, 2007, núm. 3, pp. 319-363; GUZZINI, S., «A Reconstruction of Constructivism in International Relations», *European Journal of International Relations*, vol. 6, 2000, núm. 2, pp. 147-182; FINNEMORE, M. y SIKKINK, K., «Taking Stock: The Constructivist Research Program in International Relations and Comparative Politics», *Annual Review of Political Science*, vol. 4, 2001, pp. 391-416; e IBAÑEZ, J., «Socialconstructivismo: ideas, valores y normas en la política mundial», en ARENAL, C. y SANAHUJA, J. A., *op. cit.*, nota 13, pp. 189-218.

<sup>32</sup> Ejemplos clásicos de ello son WENDT, A., «Anarchy is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics», *International Organization*, 1992, núm. 46, pp. 391-425; y KATZENSTEIN, P. J. (ed.), *The Culture of National Security*, Nueva York, Columbia University Press, 1996. Véase también SANTA-CRUZ, A., «Introducción: Peter J. Katzenstein: la política sin fronteras o la ubicuidad de lo distintivo», en *ibid.* (ed.), *La política sin fronteras. Ensayos escogidos de Peter J. Katzenstein*, México, CIDE, 2002, pp. 13-36.

Este *rapprochement* también se observa en dos tendencias relacionadas entre sí, y que son visibles desde los años noventa: el desarrollo de las teorías intermedias o de rango medio —*middle range* o *mid-level theory*—, y el frecuente recurso a marcos interpretativos basados en el pluralismo teórico y el eclecticismo metodológico. Ambas tendencias responden a la necesidad de abordar problemas específicos de las relaciones internacionales, de ampliar la capacidad explicativa del análisis de esos problemas, y de participar en el debate de política pública. También permiten evitar la «heurística negativa», en términos de Lakatos, que impone la adscripción estricta a un paradigma o teoría coherente y cerrada, o el aislamiento academicista propio de un debate teórico alejado de la práctica de las relaciones internacionales y la política exterior<sup>33</sup>.

Según Sil y Katzenstein, un enfoque ecléctico es aquel que pretende elucidar, traducir e integrar selectivamente elementos de análisis, conceptos, lógicas, mecanismos e interpretaciones procedentes de teorías desarrolladas dentro de paradigmas diferenciados, pero que abordan problemas sustantivos que tienen significación tanto desde el punto de vista académico como práctico. A menudo parten de la forma en la que esos problemas son entendidos y experimentados por los actores políticos, sin atarse a las exigencias ontológicas y epistemológicas de las «grandes teorías» (*Grand Theory*), reconociendo sus dificultades o, quizás, su «imposibilidad» en tiempos de globalización, como afirma Andreas Behnke<sup>34</sup>. La investigación enmarcada en un determinado paradigma generalmente aborda las cuestiones que forman parte de su particular problemática, y asume la primacía ontológica y causal de determinadas premisas y fenómenos. Por ello, ese eclecticismo podría plantear contradicciones teóricas, metateóricas y epistemológicas, así como discordancias desde el punto de vista ontológico. Pero esas inconsistencias pierden relevancia en la medida que el análisis se centra en asuntos específicos a resolver y se distancia de las cuestiones propias de las grandes teorías manteniendo, al tiempo, un alto nivel de exigencia y rigor analítico y conceptual<sup>35</sup>.

Las teorías intermedias, o de rango medio, son aquellas que, orientadas a cuestiones concretas o *issue-oriented*, enlazan la «Gran Teoría» con problemáticas específicas de las relaciones internacionales, y en ocasiones se caracterizan también por cierto grado de eclecticismo y flexibilidad desde el punto de vista teórico y metodológico, aunque solo puedan dar lugar a gene-

<sup>33</sup> SIL, R. y KATZENSTEIN, P. J., *Beyond Paradigms. Analytical Eclecticism and the Study of World Politics*, Londres, Palgrave Macmillan, 2010; CHECKEL, J. T., «Theoretical Synthesis in IR: Possibilities and Limits», *Simons Papers in Security and Development*, núm. 6/2010; y SØRENSEN, G., «The Case for Combining Material Forces and Ideas in the Study of IR», *European Journal of International Relations*, vol. 14, 2008, núm. 1, pp. 5-32. Sobre la combinación de métodos racionalistas e interpretativistas véase YANOW, D. y SCHWARTZ-SEA, P., *op. cit.*, nota 26.

<sup>34</sup> BEHNKE, A., «Grand Theory in the Age of its Impossibility», en GUZZINI, S. y LEANDER, A. (eds.), *Constructivism and International Relations. Alexander Wendt and his Critics*, Londres, Routledge, 2006, pp. 48-56

<sup>35</sup> SIL, R. y KATZENSTEIN, P. J., *op. cit.*, nota 33, 2010, p. 10.

alizaciones contingentes y/o condicionadas<sup>36</sup>. Son ampliamente utilizadas por su valor heurístico, su capacidad de definir un programa de investigación «progresivo», en el sentido de Lakatos, y de orientar la investigación empírica. La teoría de juegos, y su recurso a métodos cuantitativos (Axelrod, Snidal); los modelos de toma de decisiones y el análisis de política exterior centrado en los actores (Allison, Jervis), o la «teoría de la paz democrática» (Doyle, Ray, Russett) serían ejemplos tempranos de este tipo de teorización. Desde los noventa, sin embargo, se han ampliado como resultado de las tendencias antes mencionadas. Ejemplos de este tipo de teorías, que se situarían de nuevo en esos espacios intermedios en el eje epistemológico, sería la teoría de los complejos regionales de seguridad, combinando elementos constructivistas, geopolítica, y el análisis realista de equilibrios de poder<sup>37</sup>; la securitización<sup>38</sup>; los estudios sobre «europeización» de políticas, con aportes institucionalistas y socialconstructivistas<sup>39</sup>; o las teorías sobre «difusión» de instituciones y normas internacionales que parten de esas mismas premisas y también recurren a los métodos cuantitativos frecuentes en Ciencia Política<sup>40</sup>.

Sin perjuicio del importante desarrollo de la teoría y la creciente asunción de la reflexividad en ese espacio intermedio del eje de tensión epistemológico se han producido también amplios desarrollos en el polo del reflexivismo radical, a través del pensamiento decolonial y postcolonial —que se aborda con más detalle en una sección posterior—, y en particular las

<sup>36</sup> LAKE, D., «Theory is dead, long live theory: the end of the Great Debates and the rise of eclecticism in International Relations», *European Journal of International Relations*, vol. 19, 2013, núm. 3, pp. 567-587.

<sup>37</sup> BUZAN, B. y WÆVER, O., *Regions and Powers: The Structure of International Security*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; FRAZIER, D. y STEWART-INGERSOLL, R., «Regional powers and security: A framework for understanding order within regional security complexes», *European Journal of International Relations*, vol. 16, 2010, núm. 4, pp. 731-753; y de los mismos autores, *Regional Powers and Security Orders. A theoretical framework*, Londres, Routledge, 2012.

<sup>38</sup> BUZAN, B., WÆVER, O. y DE WILDE, J., *Security: a new framework for analysis*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 1998; VERDES-MONTENEGRO, F. J., «Securitización: agendas de investigación abiertas para el estudio de la seguridad», *Relaciones Internacionales*, 2015, núm. 29, pp. 133-153; PÉREZ DE ARMIÑO, K., «Estudios de Seguridad: de la visión tradicional a los enfoques críticos», en ARENAL, C. y SANAHUJA, J. A., *op. cit.*, nota 13, pp. 301-328.

<sup>39</sup> Véanse GREEN COWLES, M., CAPORASO, J. y RISSE, T. (eds.), *Transforming Europe: Europeanisation and Domestic Change*, Ithaca, Cornell University Press, 2001; FEATHERSTONE, K. y RADAELLI, C. (eds.), *The Politics of Europeanization*, Oxford, Oxford University Press, 2003; HILL, C. y WONG, R. (eds.), *National and European Foreign Policies: Towards Europeanisation*, Londres, Routledge, 2011; y RUANO, L. (ed.), *The Europeanization of National Foreign Policies Towards Latin America*, Londres, Routledge, 2013.

<sup>40</sup> FINNEMORE, M. y SIKKINK, K., «International Norm Dynamics and Political Change», *International Organization*, vol. 52, 1998, núm. 4, pp. 887-917; SIMMONS, B., DOBBIN, F. y GARRETT, G., «Introduction: The International Diffusion of Liberalism», *International Organization*, vol. 60, 2006, núm. 4, pp. 781-810; GILARDI, F., «Transnational Diffusion: Norms, Ideas, and Policies», en CARLSNAES, W., RISSE, T. y SIMMONS, B. A., *op. cit.*, nota 23, pp. 453-502; GRAHAM, E. R., SHIPAN, C. R. y VOLDEN, C., «The Diffusion of Policy Diffusion Research in Political Science», *British Journal of Political Science*, vol. 43, 2013, núm. 3, pp. 673-701; BÖRZEL, T. A. y HÜLLEN, V. (eds.), *Governance Transfer by Regional Organizations. Patching Together a Global Script*, Londres, Palgrave Macmillan, 2015; y RISSE, T., «The Diffusion of Regionalism», en BÖRZEL, T. A. y RISSE, T. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Regionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 87-108.



teorías feministas de las Relaciones Internacionales. Estas teorías siguen afirmando la naturaleza histórica, contingente, contextual e intersubjetiva de la realidad social, y que el conocimiento que se genera en ese contexto, en tanto acto intersubjetivo, puede entenderse como una práctica social más y en particular, como la más relevante fuente de poder. Este, como advertiría Foucault, depende en última instancia del conocimiento; esto es, de la producción socialmente difusa de significados intersubjetivos y del establecimiento de «regímenes de verdad». Para este polo crítico —y esta es otra divisoria importante— ese planteamiento epistemológico también comporta el cuestionamiento de los confines, objeto y agendas de la disciplina de las Relaciones Internacionales, en la medida que suponen prácticas de silenciamiento y exclusión de saberes, actores, problemáticas, y resistencias que deberían ser objeto de atención.

Un claro ejemplo de ello son las teorías feministas de las Relaciones Internacionales. Estas teorías tratarían de desvelar la naturaleza androcéntrica y hetero-patriarcal de la producción de conocimiento, de las ontologías y conceptos centrales de las relaciones internacionales y de la disciplina misma<sup>41</sup>, lo que se ha encontrado con el rechazo y en ocasiones la incompreensión de las teorías dominantes<sup>42</sup>. Para estas teorías el género, además de ser variable analítica, se configura como elemento constitutivo de las relaciones sociales, incluyendo las relaciones internacionales. Parte así de una epistemología reflectivista informada por el feminismo y el enfoque de género, asumiendo que el conocimiento es reflejo de unas relaciones sociales determinadas por el patriarcado y la desigualdad de género, y contribuye, a su vez, a su reproducción y sostenimiento. Según Cynthia Enloe, se debe partir de la posición y la experiencia de las mujeres en las relaciones internacionales y del hecho fundamental de que apenas están presentes en los lugares en los que estas se teorizan y se llevan a la práctica: las cancillerías, los ejércitos, las fuerzas de seguridad o la academia<sup>43</sup>. Una epistemología desde el punto de vista feminista (*feminist standpoint*), como la elaborada por la primera generación de autoras de estas teorías, debe buscar en otra parte: en la vida y experiencia de las mujeres y en su posición subordinada y excluida y aparentemente banal. Ello permitirá alumbrar espacios, actores, sujetos y cuerpos, así como estructuras y relaciones que la disciplina excluye, silencia o ignora. Con ello se alcanzará una comprensión más amplia del sistema internacional más allá de la mirada del «guerrero» y el «hombre de Estado», la política exterior y el «interés nacional». Como señala Jacqui True, el conocimiento que emerge de las experiencias de las mujeres «en los márgenes» de la política mundial es

<sup>41</sup> Entre otros, PETERSON, V. S., «Transgressing Boundaries: Theories of Knowledge, Gender, and International Relations», *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 21, 1992, núm. 2, pp. 183-192, y HOOPER, C., *Manly States: Masculinities, International Relations, and Gender Politics*, Nueva York, New York University Press, 2000.

<sup>42</sup> Véase la crítica de TICKNER, J. A., «You Just Don't Understand! Troubled engagements between Feminist and IR Theorists», *International Studies Quarterly*, vol. 41, 1997, núm. 4, pp. 611-632.

<sup>43</sup> Como aportación pionera véase ENLOE, C., *Bananas, Beaches and Bases: Making Feminist Sense of International Politics*, Berkeley, University of California, 1989.

más neutral y crítico al no ser tan cómplice de, o ciego con las instituciones y relaciones de poder existentes<sup>44</sup>.

La teoría feminista, desde esta particular posición epistemológica, ha realizado importantes aportes a la Economía Política Internacional crítica y a los Estudios de Seguridad, que han permitido problematizar los conceptos económicos dominantes y las lógicas de producción, reproducción y mercantilización subyacentes, y examinar desde el punto de vista de género ontologías aparentemente neutras como «guerra», «Estado», «soberanía», «territorio», o «seguridad nacional», en la medida que se relacionan con prácticas que generan inseguridad para las personas y en particular para las mujeres. Ello supone revisar la relación entre las mujeres y la guerra, viendo esta última como categoría y práctica construida que, para ser inteligible, exige un enfoque crítico de género que examine la división sexual de la violencia, o los discursos androcéntricos de lo bélico<sup>45</sup>. Finalmente, supondría la revisión crítica del proyecto de la modernidad o «modernidad reflexiva» desde una perspectiva feminista, develando cómo esta es también resultado de una construcción androcéntrica.

### 3. EL EJE PRAXEOLÓGICO Y NORMATIVO: LA POSIBILIDAD Y DESEABILIDAD DEL CAMBIO

La deseabilidad y posibilidad del cambio en el orden internacional y, por ende, en el orden social, así como el papel de la teoría en los proyectos emancipatorios, son los elementos que definen una segunda divisoria o línea de tensión que atraviesa la teoría de las Relaciones Internacionales. Es la existente entre las teorías críticas y las que son funcionales al mantenimiento del orden y sus dinámicas de subordinación y exclusión. Se trata de la conocida distinción de Robert W. Cox entre las teorías que solventan los problemas o desajustes del orden social dominante (*problem-solving theory*), y aquellas que son críticas con dicho orden (*critical theory*)<sup>46</sup>. Estas últimas pretenden «desnaturalizar» dicho orden mostrando su carácter contingente e histórico; supone también situar las teorías de las Relaciones Internacionales en su contexto social e histórico —como se indicó, considerándolas más un *explanandum* que un *explanans*, es decir, más como realidades sociales que han de ser explicadas, que como explicaciones a validar o refutar conforme a premisas positivistas—, mostrando cómo están enraizadas en ese contexto y son funcionales al mantenimiento del orden, o su cuestionamiento. Por ello,

<sup>44</sup> TRUE, J. (2005), «Feminism», en BURCHILL, S., DEVETAK, R., LINKLATER, A., PATERSON, M., REUS-SMIT, C. y TRUE, J., *Theories of International Relations*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2001, p. 215.

<sup>45</sup> TICKNER, J. A., *Gender in International Relations: Feminist Perspectives on Achieving International Security*, Nueva York, Columbia University Press, 1992; ELSHTAIN, J. B., *Women and War*, Chicago, University of Chicago Press, 1995.

<sup>46</sup> COX, R. W., «Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory», *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 10, 1981, núm. 2, p. 128.

partirá de metodologías interpretativistas basadas, en diferente grado, en la sociología histórica y la hermenéutica.

Las teorías críticas, por ello, impugnan las lógicas internas de las teorías dominantes, y ello alude tanto a aquellas que carecen de fundamentación racional y se basan en principios metafísicos o metateóricos ajenos a la razón para justificar el orden vigente, como a aquellas otras que, habiendo surgido del proyecto racional de la modernidad, han terminado legitimando la inevitabilidad y/o deseabilidad de un determinado orden social<sup>47</sup>. Entre las primeras cabría mencionar al realismo clásico y su esencialismo metafísico sobre la maldad inherente al ser humano. Respecto a las segundas, las teorías críticas cuestionan el «movimiento lineal» y supuesta inevitabilidad que caracteriza a las teleologías cientifistas de la modernidad, como el marxismo clásico o el liberalismo institucional, como teorías que legitiman un orden social —tanto en su dimensión explicativa como prescriptiva— en nombre de un futuro o un presente que se concibe como un imperativo racional y que tendría validez universal. También sería el caso del concepto determinista de anarquía del neorrealismo de Kenneth Waltz, o las premisas del *homo oeconomicus* de las teorías de la elección racional. Se rechazarían, en particular, el realismo o el neorrealismo ya que priorizan una visión estática y determinista que cierra el paso a toda posibilidad de cambio en las relaciones internacionales, o reduce este al cambio *en* el sistema interestatal de equilibrios de poder, sin que pueda imaginarse siquiera el cambio *de* dicho sistema. De igual manera, se cuestionarán las teleologías liberales que afirman la racionalidad del mercado como mecanismo de regulación social, y la viabilidad y necesidad de la democracia liberal dentro del mismo, al estilo de la tesis de «fin de la historia» de Francis Fukuyama.

Lo relevante en este caso no se sitúa en el ámbito epistemológico, sino praxeológico y normativo. Aun teniendo distinta fundamentación, las teorías clásicas terminan afirmando que existen unos principios básicos que explican la conducta humana y cimentan el orden social; que estos son inmutables, inevitables, de validez universal y no se ven alterados por el devenir de la historia. Por ello, cualquier posibilidad de agencia y de horizonte de cambio para la acción colectiva queda subordinada a esos principios, entendidos como determinantes, y algunas teorías, como el realismo clásico o el realismo estructural, incluso niegan *ex-ante* esas posibilidades.

Frente a ello, las teorías críticas se erigen como teorías eminentemente constitutivas; en el plano ontológico, asumen la naturaleza esencialmente social de la realidad, construida a través de la interacción y la comunicación humana, y no «dada» u objetiva, y el carácter contingente e histórico del orden social. En el plano praxeológico y normativo, afirmarán la posibilidad y deseabilidad de la acción colectiva dentro de un renovado proyecto ilustra-

---

<sup>47</sup> Véanse, entre otros, HOFFMAN, M., *op. cit.*, nota 17; WYN-JONES, R. (ed.), *Critical Theory and World Politics*, Boulder, Lynne Rienner, 2001; DEVETAK, R., «Critical Theory», en BURCHILL, S. *et al.*, nota 44, pp. 155-180.

do de emancipación. Ello, no obstante, exige revisar reflexivamente ontologías clave de la modernidad, como el Estado, la soberanía, la ciudadanía y la democracia en la medida que, alejadas de sus propósitos originales, ahora se configuran como mecanismos de exclusión, injusticia y subordinación; y porque en vez de ser instrumentos de la acción colectiva para promover el imperativo racional de la emancipación humana, cumplen la función opuesta, subordinado a la persona a los imperativos del mercado global, o del poder de determinados actores dominantes.

Estas dimensiones de la teorización crítica serían abordadas, en particular, por las teorías neo o post-marxistas posteriores a los años ochenta en sus dos grandes vertientes: por un lado, la corriente neo-gramsciana, iniciada por Robert Cox<sup>48</sup> y Stephen Gill<sup>49</sup>, y continuada después por la denominada «Escuela de Amsterdam» de Economía Política Internacional (EPI) centrada en la crítica de la globalización neoliberal, con autores como Kees van der Pijl, Henk Overbeek o Bastian van Appeldorn<sup>50</sup>.

Por otro lado, se encontraría la corriente basada en el pensamiento de Jürgen Habermas, en la que destaca la obra de Andrew Linklater, que desde una perspectiva cosmopolita reafirma la vigencia del imperativo kantiano de reconciliar razón y emancipación<sup>51</sup>. Como Linklater, otros autores cosmopolitas tratarán de reconstruir el proyecto emancipatorio de la modernidad en el nuevo escenario de la globalización, re-formulado en este último caso como «modernidad reflexiva», o «segunda modernidad»<sup>52</sup>. Esa reivindicación, de nuevo, parte de la conceptualización de Jürgen Habermas, según la cual el conocimiento humano se relaciona con tres tipos de «intereses»:

<sup>48</sup> COX, R. W., *op. cit.*, nota 46, y COX, R. W., *Production, Power and World Order. Social Forces in the Making of History*, Nueva York, Columbia University Press, 1987. Una perspectiva general en BIELER, A. y MORTON, A. D., «A critical theory route to hegemony, world order and historical change: the neo-Gramscian perspective in international relations», *Capital & Class*, vol. 28, 2004, núm. 1, pp. 85-113; LEYSEN, A., *The Critical Theory of Robert Cox: Fugitive or Guru?*, Londres, Palgrave Macmillan, 2008; AYERS, A. J. (ed.), *Gramsci, Political Economy and International Relations Theory, Modern Princes and Naked Emperors*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008; y SANAHUJA, J. A., «Los desafíos de la Teoría Crítica de las Relaciones Internacionales», en ARENAL, C. y SANAHUJA, J. A., *op. cit.*, nota 13, pp. 157-188.

<sup>49</sup> GILL, S., «Globalisation, Market Civilization and Disciplinary Neoliberalism», *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 24, 1995, núm. 3, pp. 399-423; GILL, S., «The Global Panopticon?, The Neoliberal State, Economic Life and Democratic Surveillance», *Alternatives*, vol. 20, 1995, núm. 1, pp. 131-140; y GILL, S. y CUTLER, A. (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

<sup>50</sup> VAN DER PIJL, K., *Transnational Classes and International Relations*, Londres, Routledge, 1998; OVERBEEK, H., «Transnational Historical Materialism in Global Political Economy: Contemporary Theories», en PALAN, R., *Global Political Economy: Contemporary Theories*, Londres, Routledge, 2000, pp. 168-183; OVERBEEK, H. y TSOLAKIS, A. (eds.), *Globalisation and European Integration: Critical Approaches to Regional Order and International Relations*, Londres, Routledge, 2012; OVERBEEK, H. y VAN APPELDORN, B. (eds.), *Neoliberalism in Crisis*, Londres, Palgrave Macmillan, 2012.

<sup>51</sup> Una síntesis en LINKLATER, A., *op. cit.*, nota 28.

<sup>52</sup> DIEZ, T. y STEANS, J., «A useful dialogue? Habermas and international relations», *Review of International Studies*, vol. 35, 2005, núm. 1, pp. 127-140; ANIEVAS, A., «On Habermas, Marx and the critical theory tradition», en MOORE, C. y FARRANDS, C. (eds.), *International Relations Theory and Philosophy: Interpretive Dialogues*, Londres, Routledge, 2010, pp. 80-144.

técnico, relacionado con la comprensión y control de las fuerzas de la naturaleza; práctico, sobre la creación y mantenimiento del orden en la comunidad; y emancipatorio, para identificar y eliminar las limitaciones y constricciones sociales que afectan a los seres humanos<sup>53</sup>. Los tres constituyen conocimiento, y ninguno de ellos está al margen de los valores. Sin el interés emancipatorio, el conocimiento sobre la sociedad estaría incompleto<sup>54</sup>.

Ese propósito praxeológico y normativo explica en parte la importancia que se otorga en estos enfoques al estudio de las estructuras y el poder estructural, y, de nuevo, al problema agente-estructura, considerada uno de los «nudos gordianos» de la disciplina<sup>55</sup>: ya se ha dicho que el examen de las estructuras históricas concretas permitiría arrojar luz sobre la (mutua) constitución de los actores y la estructura, y cómo esa relación da forma a sus intereses, valores e identidad, y explican su agencia. Pero aquí lo relevante es que ese análisis permitiría identificar qué actores y qué opciones o posibilidades de cambio son inmanentes en cada momento histórico, más allá de utopías o planteamientos voluntaristas ajenos a las fuerzas sociales en pugna y a las posibilidades concretas y reales para la acción colectiva.

Comprometidas también con el cambio se sitúan las teorías feministas de las Relaciones Internacionales, al introducir el propósito emancipador del feminismo: la igualdad entre mujeres y hombres, en cuanto a roles, normas, instituciones, participación y reconocimiento ha de informar una práctica transformadora que, en primer lugar, permita reconstruir las ideas dominantes sobre ciudadanía, que siguen vinculadas al estereotipo de los «gobernantes racionales y justos» o los «hombres en armas» como ejemplos de virtud pública y heroísmo; y que también impulse mejoras concretas en la vida de las mujeres y avanzar en igualdad en una serie de agendas de política: el género y el desarrollo global; la dimensión de género de la globalización; las mujeres y la paz y seguridad; y la ciudadanía y los derechos humanos<sup>56</sup>.

La teoría crítica y el post-estructuralismo, a pesar de tener fundamentos epistemológicos comunes, están separados por una profunda brecha normativa en torno a los propósitos emancipadores de la teoría y del conocimiento. El post-estructuralismo, como señala Noé Cornago, rechaza las grandes narrativas del cambio social enraizadas en la modernidad ilustrada, tanto las que vienen del pasado como su reformulación presente a partir de la constatación histórica de que los grandes proyectos emancipatorios acabaron imponiéndose como prácticas opresivas. Por ello, su propósito será más bien escuchar las distintas formas de contestación que expresan el rechazo a lo

<sup>53</sup> HABERMAS, J., *Conocimiento e interés*, Valencia, Universidad de Valencia, 1995.

<sup>54</sup> LINKLATER, A., «The achievements of critical theory», en SMITH, S. *et al.*, nota 11, p. 281.

<sup>55</sup> BIELER, A. y MORTON, A. D., «The Gordian Knot of Agency-Structure in International Relations: A Neo-Gramscian Perspective», *European Journal of International Relations*, vol. 7, 2001, núm. 1, pp. 5-35; y KNAFO, S., *op. cit.*, nota 24.

<sup>56</sup> SJOBERG, L. y TICKNER, J. A., «Feminist Perspectives on International Relations», en CARLSNAES, W. *et al.*, nota 23, pp. 170-194, y STEANS, J., *Gender and International Relations. Issues, Debates and Future Directions*, 2.<sup>a</sup> ed., Cambridge, Polity Press, 2006.

existente, y alentar formas de contestación política «post-heroicas»<sup>57</sup>. Para ello, se centrará en cuestionar toda supuesta certeza mediante el análisis crítico de los discursos, dado que estos reflejan la inevitable relación entre saber, poder y subjetividad, desvelando así las múltiples mediaciones que afectan a la comprensión del orden mundial<sup>58</sup>. Ello supone tanto la deconstrucción de las teorías dominantes, como incursiones anárquicas en la cultura popular o los imaginarios colectivos, al estilo de las provocaciones intelectuales de filósofos como Slavoj Žižek.

#### 4. LA CRÍTICA Y REDEFINICIÓN DE LO UNIVERSAL Y LO HUMANO: POSIBILIDADES DE UN UNIVERSALISMO POST-OCCIDENTAL

El tercer eje o línea de tensión sería el que contrapone un pretendido universalismo de carácter occidental con la reivindicación de lo específico y lo subalterno, vindicando el particularismo y el relativismo. Como en los ejes anteriores, supone también una pugna entre fundacionalismo y antifundacionalismo, y se trata de un debate que remite a la vieja distinción de la Escuela Inglesa entre el pluralismo y el solidarismo.

Desde el *mainstream* se ha afirmado —explícita o implícitamente— el carácter universal del conocimiento y prácticas generadas en el seno de la disciplina de las Relaciones Internacionales, así como de sus supuestos epistemológicos, en el marco más amplio de las Ciencias Sociales y, en general, del conocimiento científico. Frente a esas pretensiones universalistas, el social-constructivismo o la teoría crítica ha tratado de demostrar como dicho conocimiento, así como las Ciencias Sociales y la disciplina de las Relaciones Internacionales y sus principales conceptos —Estado, poder, anarquía, polaridad...—, son ontologías históricas y contingentes, «arraigadas» (*embedded*) en su contexto socio-histórico y civilizacional, que reflejan una determinada hegemonía y contribuyen a su reproducción<sup>59</sup>. Pero ha sido la crítica pos o decolonial la que ha puesto de relieve que, en muchos aspectos, estas actúan como teleologías o constructos hegemónicos o de subalternidad. Esta es quizás su principal contribución crítica: la deconstrucción de la ideología colonial y del «orientalismo» como saberes con una función constitutiva de

<sup>57</sup> CORNAGO, N. y FERRERO, M., «El viaje y las alforjas: alcance y límites de la crítica post-estructuralista de la política mundial», en DE CASTRO, J. L. y ORUETA, G. (coords.), *Escritos de internacionalistas en homenaje al Prof. D. Iñaki Aguirre Zabala*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2007, pp. 241-268; y CORNAGO, N., «Introducción al postestructuralismo para internacionalistas», en ARENAL, C. y SANAHUJA, J. A., *op cit.*, nota 13, p. 237.

<sup>58</sup> DER DERIAN, J. y SHAPIRO, M. J. (eds.), *International/Intertextual Relations: Post-Modern Readings of World Politics*, Lexington, Lexington Books, 1989; CONSTANTINOU, C. M., *States of Political Discourse: Words, Regimes, Seditions*, Londres, Routledge, 2004.

<sup>59</sup> Por ejemplo COX, R. W., «Towards a posthegemonic conceptualization of world order: reflections on the relevancy of Ibn Khaldun», en ROSENAU, J. y CZEMPIEL, E. (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 132-159; o KATZENSTEIN, P. J. (ed.), *Civilizations in World Politics. Plural and Pluralist Perspectives*, Londres, Routledge, 2009.

identidades, instituciones, normas, concepciones geopolíticas, y a la postre, relaciones de poder<sup>60</sup>.

Según señala Celestino del Arenal, es necesario examinar la genealogía de la disciplina, situar las teorías dominantes en su particular contexto histórico, social e intelectual, e identificar y analizar los mecanismos ideacionales e institucionales en los que se fundamenta la afirmación de determinadas teorías como estándar normativo frente a aquellas que son marginadas o silenciadas<sup>61</sup>. A través de ese examen crítico, esas teorías y el conocimiento que generan y reproducen se «desnaturalizan» y problematizan desvelando su relación con el orden mundial vigente y su papel en la conformación de la narrativa hegemónica de la teoría y la disciplina de las Relaciones Internacionales. En ese proceso, en particular, se ha de cuestionar la directa relación de la disciplina de las Relaciones Internacionales con los intereses, valores y percepciones de Estados Unidos, y de un orden mundial que ese autor denomina «Orden Atlántico» en cuanto es expresión de la hegemonía estadounidense<sup>62</sup>. De ese universalismo expansivo basado en lo occidental serían muestras teorizaciones contemporáneas como las de Francis Fukuyama o Samuel Huntington; mientras que la Escuela Inglesa de la Sociedad Internacional mostraría una aproximación más reflexiva y cautelosa<sup>63</sup>.

La crítica reflexiva que supone el pensamiento decolonial permitiría mostrar como el pretendido universalismo de las teorías dominantes de las Relaciones Internacionales responde, en realidad, a una visión etnocéntrica y «parroquial» que a través de distintos mecanismos políticos, académicos y cognitivos desautoriza y/o condena a los márgenes a otras aportaciones no occidentales, hasta el punto de desautorizar, silenciar o impedir la existencia misma del conocimiento que surge fuera de dichas teorías, e incluso de toda teorización de las Relaciones Internacionales ajena a «lo occidental»<sup>64</sup>. Partiendo de la identificación de lo estadounidense con Occidente, ese etnocentrismo tendría su más concreta y contemporánea expresión en el «americanocentrismo» dominante<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> En particular, obras fundacionales como FANON, F., *Les damnés de la terre*, París, Maspero, 1961, o SAID, E., *Orientalism*, Nueva York, Pantheon, 1978.

<sup>61</sup> ARENAL, C., *Etnocentrismo y teoría de las Relaciones Internacionales: una visión crítica*, Madrid, Tecnos, 2014. Véase también WÆVER, O., «The Sociology of a Not So International Discipline: American and European Developments in International Relations», *International Organization*, vol. 52, 1998, núm. 4, pp. 687-727; SMITH, S., «The Discipline of International Relations: Still an American Social Science?», *British Journal of Politics and International Relations*, vol. 3, 2000, núm. 3, pp. 216-255; BIERSTEKER, T. J., «The Parochialism of Hegemony: Challenges for “American” International Relations», en TICKNER, A. B. y WÆVER, O. (eds.), *International Relations Scholarship around the World*, Londres, Routledge, 2009, pp. 308-327; JØRGENSEN, K. *et al.*, nota 27, pp. 107-120.

<sup>62</sup> ARENAL, C., *op. cit.*, nota 61, 2014, p. 13, 51.

<sup>63</sup> O'HAGAN, J., *Conceptualizing the West in International Relations. From Spengler to Said*, Londres, Palgrave, 2002.

<sup>64</sup> ACHARYA, A. y BUZAN, B., «Why is there no Non-Western International Relations Theory? An Introduction», *International Relations of the Asia Pacific*, vol. 7, 2007, núm. 3, pp. 287-312.

<sup>65</sup> Un análisis histórico-sociológico en KATZENSTEIN, P. J., «The West as Anglo-America», en *ibid.* (ed.), *Angloamerica and its Discontents. Civilizational Identities beyond East and West*, Londres, Routledge, 2012, pp. 1-30.

Desde mediados del siglo XX este da forma al *mainstream* de la teoría y la disciplina, cuya «quintaesencia» sería el eje formado por el realismo y el liberalismo-institucionalismo. Este último, en particular, no solo se erige como teoría explicativa de las Relaciones Internacionales, sino como fundamento del proyecto normativo universalista de orden mundial que desde el fin de la Guerra Fría supone el liberalismo: en el terreno político, en apoyo del modelo de democracia liberal que se expande tras la caída del bloque soviético; y en el ámbito económico, como el neoliberalismo y/o «globalismo» que en el ámbito ideacional ha dado alas a la globalización<sup>66</sup>, y a un cosmopolitismo liberal que es difícilmente universalizable por su naturaleza hegemónica y el paulatino retraimiento de Occidente en un mundo de países emergentes en ascenso<sup>67</sup>.

La epistemología reflectivista que emerge desde los años ochenta habría sido, de nuevo según del Arenal «la más seria y radical puesta en entredicho del Orden Atlántico», dada su capacidad para identificar el carácter etnocéntrico de la teoría y de la disciplina<sup>68</sup>. Pero ese cuestionamiento también afecta a su dimensión axiológica e incluso ontológica. Algunas de las teorías que parten de esa epistemología —en particular, la crítica a la colonialidad del saber y el poder— ha llegado a poner en cuestión la propia razón de ser y la existencia de la teoría y de la disciplina de las Relaciones Internacionales, que debiera ser considerada, desde esa perspectiva, una práctica social al servicio de los intereses de poder de Occidente y no, como se percibe a sí misma, como un «ejercicio racional» de elaboración de conocimiento universalmente válido. En ese sentido, la disciplina de las Relaciones Internacionales, como parte del «pensamiento moderno», habría logrado ocultar su naturaleza inherentemente colonial, «naturalizando» la subalternidad de subjetividades y saberes del Sur Global, y negando la agencia del colonizado<sup>69</sup>. Ello reclamaría la asunción de una «epistemología del Sur», en palabras de Boaventura de Sousa, que supere la razón posmoderna y reinterprete el proyecto emancipador desde la experiencia y los saberes del colonizado<sup>70</sup>.

No bastaría, sin embargo, deconstruir y desnaturalizar ese *mainstream* mostrando su carácter histórico y contingente y su vinculación con las lógicas del poder. Es necesario redefinir «lo internacional» desde las mencionadas epistemologías del Sur recuperando la historicidad no occidental, y construyendo una nueva «sociología global» más plural y diversa, que haga emerger actores, agendas y resistencias que han sido empujadas a los márgenes o a

<sup>66</sup> Una exégesis y crítica de este proyecto en PEÑAS, F. J., *Hermanos y enemigos. Liberalismo y Relaciones Internacionales*, Madrid, La Catarata, 2003.

<sup>67</sup> GARCÍA SEGURA, C., «Unidad y pluralismo en la sociedad internacional, el debate contemporáneo entre cosmopolitismo y comunitarismo», en RODRIGO, Á. J. y GARCÍA SEGURA, C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 105.

<sup>68</sup> ARENAL, C., *op. cit.*, nota 61, p. 121.

<sup>69</sup> JERREMS, A. y VERDES-MONTENEGRO, F. J., «Movimientos críticos en Relaciones Internacionales. Otras miradas para otras voces», en VVAA, *op. cit.*, nota 24.

<sup>70</sup> DE SOUSA SANTOS, B., *Una epistemología del Sur: la reinención del conocimiento y la emancipación global*, México, Siglo XXI.



la subalternidad. En esta dirección opera la indagación sobre la teorización no occidental sobre Relaciones Internacionales<sup>71</sup>. Es el caso, por ejemplo, de los aportes críticos que se han hecho desde América Latina a las Relaciones Internacionales o, en un sentido más amplio, a los Estudios Internacionales, en particular en la teoría del desarrollo. Según algunos teóricos de la decolonialidad, al haber estado abiertos a influencias exteriores, quedarían invalidados como «pensamiento propio», pero puede alegarse en su defensa que ello no les restaría originalidad, significación, o carácter inconformista. Es el caso de las aportaciones a la teoría del desarrollo y la comprensión del sistema internacional como relación entre centro y periferia de Raúl Prébisch y los autores dependentistas, como Fernando Henrique Cardoso o Enzo Faletto; la reflexión de Enrique Dussel sobre las estructuras de dominación del pensamiento; de Aníbal Quijano sobre la colonialidad del poder; la teorización sobre la autonomía de Juan Carlos Puig<sup>72</sup>, y otras aportaciones sobre la identidad latinoamericana y el papel de la integración regional y el regionalismo como instrumento contrahegemónico; o la radical crítica decolonial de Walter Mignolo<sup>73</sup>.

La tarea primordial consistiría en la revisión crítica para «descolonizar» la teoría y la disciplina de las Relaciones Internacionales a partir del reconocimiento de otras perspectivas, tradiciones y teorías<sup>74</sup>, que con ello estaría entrando en un «giro post-occidental»<sup>75</sup>. Pero a partir de ese planteamiento inicial, la teorización crítica se bifurca y hay planteamientos divergentes en cuanto a la posibilidad misma de su reconstrucción, y en tal caso, respecto a la dirección que esta debiera adoptar. Desde posiciones post-estructuralistas o decoloniales se plantea un cuestionamiento radical del universalismo occidental por su papel histórico, su carácter inherentemente colonial e imperialista y su legado de depredación y destrucción de la naturaleza, las sociedades y las subjetividades en nombre de la idea de progreso<sup>76</sup>. Aun más, esa crítica, en muchos aspectos plenamente justificada, sirve de fundamento a la impugna-

<sup>71</sup> TICKNER, A. B. y WÆVER, O., nota 61; ACHARYA, A. y BUZAN, B. (eds.), *Non-Western International Relations Theory*, Londres, Routledge, 2010; SHILLIAN, R., *International Relations and Non-Western Thought: Imperialism, Colonialism and Investigations on Global Modernity*, Londres, Routledge, 2011.

<sup>72</sup> KAY, C., *Latin American Theories of Development and Underdevelopment*, Londres, Routledge, 1989; MARTIN, L. y MENDIETA, E. (eds.), *Thinking from the Underside of History. Enrique Dussel's Philosophy of Liberation*, Nueva York, Rowman & Littlefield, 2000; QUIJANO, A., *Cuestiones y horizontes. Antología esencial, De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, Selección y Prólogo de Danilo Assís Clímaco, Buenos Aires, CLACSO, 2014; BRICEÑO, J. y SIMONOFF, A., «La Escuela de la Autonomía, América Latina y la teoría de las Relaciones Internacionales», *Estudios Internacionales*, vol. 49, 2017, núm. 186, pp. 39-89.

<sup>73</sup> MIGNOLO, W., *The idea of Latin America*, Chichester, Wiley-Blackwell, 2008; ESCOBAR, A. y MIGNOLO, W., *Globalization and the Decolonial Option*, Londres, Routledge, 2013; MIGNOLO, W. y WALSH, C., *On Decoloniality*, Harrogate, Combined Academic Publishers, 2018.

<sup>74</sup> GRUFFYD, B. (ed.), *Decolonizing International Relations*, Nueva York, Rowman & Littlefield, 2006.

<sup>75</sup> IKEDA, J., «The Post-Western Turn in International Theory and the English School», *Ritsumeikan Annual Review of International Studies*, 2010, núm. 9, pp. 29-44. Véase también TRIANDAFYLIDOU, A. (ed.), *Global Governance from Regional Cultural Perspectives: A Critical View*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

<sup>76</sup> DARBY, P., *At the Edge of International Relations: Postcolonialism, Gender, and Dependency*, Londres, Pinter, 1997; CHOWDURY, G. y NAIR, S. (eds.), *Power, Postcolonialism and International Relations:*

ción radical de la posibilidad misma de cualquier forma de universalismo, por ser necesariamente una manifestación de colonialidad del saber y el poder, y un mecanismo de dominación frente a la defensa fundamental de lo local, lo diverso y en particular de lo que ello representa como resistencia a esa dominación. Pero puede alegarse que ello también conduce necesariamente al relativismo y/o a un multiculturalismo que se sustenta en identidades y discursos autorreferenciales, cerrados a la interacción y al diálogo, y de negación de lo universal y de la alteridad como exponente de una realidad social y humana que al tiempo que diversa, tiene también dimensiones y retos universales.

Frente a ello, diversas teorías, como la EPI crítica, el cosmopolitismo neokantiano, e incluso determinados feminismos decoloniales afirman la posibilidad y necesidad de un nuevo universalismo no occidental. En particular, desde la perspectiva cosmopolita de Jürgen Habermas y de autores que siguen su estela como Andrew Linklater, se ha afirmado que la teoría de las Relaciones Internacionales debería apelar a valores universales de libertad y justicia, aunque estos se redefinan en cada momento histórico. Ello supone asumir un universalismo mínimo, contingente, transitorio y respetuoso de la diversidad, como fundacionalismo normativo básico que parte del diálogo entre los valores universales de igualdad y justicia y las circunstancias locales e históricas específicas con las que esos valores y aspiraciones se redefinen, reinterpretan y resignifican. La tradición humanista occidental, de cuyas raíces bebe también la teoría de las Relaciones Internacionales, puede contribuir a ello. Según la filósofa Marina Garcés, «la tradición humanista occidental debe abandonar el universalismo expansivo y aprender a pensarse desde un universal recíproco»<sup>77</sup>. Y a continuación plantea «la necesidad de que la crítica al humanismo histórico y a sus modelos universales no borre en nosotros la capacidad de vincularnos con el fondo común de la experiencia humana [...] más que ser negados, el humanismo y el legado cultural europeo necesitan ser puestos en su lugar: un lugar, entre otros, en el destino común de la humanidad [...]. Esto implica no solo criticar sino también dejar tanto el universalismo expansivo como el particularismo defensivo, para aprender a elaborar universales recíprocos»<sup>78</sup>.

Basándose en parte en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, estas perspectivas reafirmarían la capacidad de las personas para alcanzar consensos a través de la deliberación, la argumentación y el debate racional. Esa deliberación permitiría construir una ética del discurso universalista capaz de reconocer e incorporar las diferencias a través de una racionalidad inclusiva que actúa, a su vez, como mecanismo de legitimación democrática para una gobernanza global<sup>79</sup>. Todo ello, con el propósito de vis-

---

*Reading Race, Gender and Class*, Londres, Routledge, 2004; DOTY, R. L., *Imperial Encounters: The Politics of Representation in North-South Relations*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1996.

<sup>77</sup> GARCÉS, M., *Nueva ilustración radical*, Barcelona, Anagrama, 2017, p. 67.

<sup>78</sup> GARCÉS, *op. cit.*, nota 77, pp. 68-69.

<sup>79</sup> RISSE, T., «Let's Argue!: Communicative Action in World Politics», *International Organization*, vol. 54, 2000, núm. 1, pp. 1-39; LINKLATER, A., «The politics of dialogical communities and the civilis-

lumbrar formas alternativas de comunidad política que posibiliten la emancipación humana basadas en un universalismo ético arraigado en valores surgidos de un diálogo sin barreras. Desde esta posición, esta aproximación crítica a la teoría de las Relaciones Internacionales abre vías para construir formas más inclusivas y abiertas de comunidad política y un universalismo post-hegemónico o post-occidental cargado de posibilidades de emancipación. Para ello, la comunidad política habría de experimentar tres transformaciones: reconocer la necesidad de universalizar determinados principios políticos y morales; reducir la desigualdad material; y reconocer la diversidad humana. Según Andrew Linklater «La Teoría Crítica mantiene su fe en el proyecto de la ilustración y defiende el universalismo en su ideal de un diálogo abierto no solo entre los conciudadanos, sino más radicalmente, entre todos los miembros de la raza humana»<sup>80</sup>. Este es en muchos aspectos el proyecto explícitamente normativo asumido también por los exponentes tardíos de la Escuela Inglesa de la Sociedad Internacional, conscientes tanto de la inviabilidad de un orden internacional basado en los valores occidentales, como de las limitaciones del pluralismo en un mundo globalizado y transnacionalizado, y por lo tanto necesitado de acuerdos y normas comunes amparadas por la legitimidad que solo puede emanar del acuerdo surgido de una «conversación global» sin exclusiones basada en la deliberación racional.

Como señala Andrew Hurrell, ello implicaría redefinir la noción de pluralismo, desvinculándola de los Estados-nación y del principio de soberanía, y centrándola en los derechos y aspiraciones de las personas; supone también dejar atrás el etnocentrismo y reconstruir el universalismo a partir de un reconocimiento más amplio de la diversidad. El necesario orden cosmopolita habría de estar basado en una nueva conexión entre el cosmopolitismo moral y el cosmopolitismo político. Para ello, según Hurrell, son necesarios tres elementos: la «accesibilidad moral», concepto que alude a un universalismo basado en el razonamiento moral sobre el significado común de la justicia; la autoridad institucional, que permita conectar la razón moral con la práctica política, a través de procesos deliberativos racionales y de los marcos institucionales adecuados que los hagan posibles, lo que implica diseñar formas de democracia deliberativa a escala regional y/o global; y la agencia política, con Estados y organismos internacionales que puedan actuar conforme a esa razón cosmopolita y a principios universalistas, y sean así los vehículos adecuados para la acción ciudadana<sup>81</sup>.

Los tres ejes o líneas de tensión que se han examinado en este artículo sitúan la teoría de las Relaciones Internacionales ante múltiples desafíos: ontológicos, epistemológicos, y praxeológicos o normativos. Confirman que, desde la abstracción y el rigor metodológico exigible a la teoría, esta nos ha-

---

ing process», *Review of International Studies*, vol. 31, 2005, núm. 1, pp. 141-154; y HELER, M., *Jürgen Habermas y el proyecto moderno. Cuestiones de la perspectiva universalista*, Buenos Aires, Biblos, 2007, pp. 93-105

<sup>80</sup> LINKLATER, A., «The achievements of critical theory», en SMITH, S. *et al.*, *op. cit.*, nota 11, p. 296.

<sup>81</sup> HURRELL, A., *op. cit.*, nota 28, pp. 300-317.

bla de los retos concretos de nuestra época: de una «modernidad reflexiva» que exige a la disciplina una mirada crítica sobre su propia definición y sentido de lo universal, y en no pocos aspectos, una «reconstrucción» que supone revisar las convenciones y límites asumidos por la disciplina y sus enfoques dominantes. Como se ha señalado, frente a la rigidez del racionalismo y los confines impuestos a las Ciencias Políticas o las Relaciones Internacionales se ha ido abriendo paso una mayor atención a la Historia, la Sociología o la Filosofía. A su vez, el giro epistemológico hacia la reflexividad, a través del post-estructuralismo, la teoría crítica o las teorías feministas estarían abriendo paso a otros sujetos y vivencias, y al conocimiento, agendas y métodos de la Antropología, la Estética o los Estudios Culturales.

Finalmente, esa mirada reflexiva ha permitido resituar la teoría de las Relaciones Internacionales y el conjunto de la disciplina en un contexto más amplio de contestación y repolitización relacionadas con valores, principios e instituciones sociales sobre las que de una forma u otra se asienta el orden internacional. En ese escenario, desde la interacción de la academia y los actores sociales pueden surgir las ideas que sustenten una «modernidad reflexiva» que permita reconstruir el proyecto de emancipación humana de la ilustración. En esas encrucijadas se situaría la reflexión y conocimiento que la disciplina y la teoría de las Relaciones Internacionales estaría llamada generar.

## RESUMEN

### REFLEXIVIDAD, EMANCIPACIÓN Y UNIVERSALISMO: CARTOGRAFÍAS DE LA TEORÍA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Desde su giro post-positivista de los años ochenta del siglo xx, la teoría y la disciplina de las Relaciones Internacionales se ha tornado más plural y diversa, y su cartografía se puede trazar a partir de tres ejes o líneas de tensión: la primera, de índole epistemológica, tiene al racionalismo y al reflectivismo radical como polos extremos, con un terreno intermedio en el que se sitúa el constructivismo social, como racionalismo moderado, o la teoría crítica neo-gramsciana; el segundo eje, de índole praxeológico-normativo, se organiza en torno a la posibilidad y deseabilidad del cambio; el tercero gira en torno a la definición de lo universal frente a la diversidad, y la posibilidad o negación de un universalismo post-occidental. En esas tres divisorias, a su vez, subyace un eje de tensión entre fundacionalismo y antifundacionalismo, tanto en el ámbito epistemológico como normativo.

**Palabras clave:** teoría de las Relaciones Internacionales, reflectivismo, racionalismo, epistemología, fundacionalismo, universalismo.

## ABSTRACT

### REFLEXIVITY, EMANCIPATION AND UNIVERSALISM: CARTOGRAPHIES OF THE THEORY OF INTERNATIONAL RELATIONS

Since his post-positivist turn of the Eighties of the 20st Century, both the theory and discipline of International Relations has become more plural and diverse, and its cartography can be drawn from three axes or lines of tension: the first one, in the epistemological realm, has radical rationalism and reflectivism as extreme poles, with social constructiv-

ism, as moderate rationalism, and neo-Gramscian critical theory in the middle ground; the second axis, of praxeological-normative nature, is organized around the possibility and desirability of change; the third one address the definition of universality versus diversity, and the possibility or negation of a post-Western universalism. All of them also entail divergences between foundationalism and anti-foundationalism, both in the epistemological and normative realm.

**Keywords:** International Relations theory, reflectivism, rationalism, epistemology, foundationalism, universalism.



## EL TIEMPO EN EL REGLAMENTO 650/2012. ILUSTRACIONES DE LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

Marta REQUEJO ISIDRO\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. A MODO DE RECORDATORIO: DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LOS SISTEMAS ANTERIOR Y VIGENTE.—2.1. El art. 9.8 CC.—2.2. El Reglamento núm. 650/2012.—2.2.1. Principios de la nueva regulación.—2.2.2. En particular, la elección de ley. Identificación de una elección.—3. LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DEL REGLAMENTO 650/2012. ENTENDIENDO EL ART. 83.—3.1. Lógica del art. 83.—3.1.1. Apdos. 1 a 3.—3.1.2. El art. 83.4.—3.2. Interpretación del texto.—3.2.1. Con carácter general.—3.2.2. Aspectos singulares.—a) El art. 83.2.—b) Sobre el art. 83.3.—c) Sobre el art. 83.4.—4. LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.—4.1. Los supuestos.—4.2. Sobre la ley aplicable.—4.2.1. La ley aplicable en las Resoluciones de 2016 y 2018.—4.2.2. La Resolución de 10 de abril de 2017.—5. CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. El 16 de agosto de 2012 entraba en vigor el Reglamento 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. A tenor del art. 83.1 el Reglamento se aplica a partir del 17 de agosto de 2015 a todas las sucesiones abiertas en o tras esa fecha, y ello con independencia de que medie una disposición *mortis causa* otorgada anteriormente. A día de hoy han trascendido varias resoluciones de la DGRN en aplicación del texto, de las cuales tres nos han llamado la atención hasta el punto de que podemos situarlas en el origen de estas páginas: la de 15 de junio de 2016, la de 4 de julio de 2016 (a la que cabe añadir la de 2 de marzo de 2018), y la de 10 de abril de 2017<sup>1</sup>. El motivo: ante

---

\* Senior Research Fellow Max Planck Institute Luxembourg ([marta.requejo@mpi.lu](mailto:marta.requejo@mpi.lu)). El presente trabajo reelabora la ponencia presentada el 19 de octubre de 2017 en la 70.ª Jornada de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

<sup>1</sup> *BOE* núm. 175, de 21 de julio de 2016; *BOE* núm. 194, de 12 de agosto de 2016, y *BOE*, núm. 99, de 26 de abril de 2017, respectivamente. La RDGRN de 2 de marzo de 2018 se ha publicado en el *BOE* núm. 69, de 20 de marzo de 2018. No somos los únicos a quienes las tres resoluciones han llamado la

supuestos de hecho similares los razonamientos de la primera resolución sobre el Reglamento se retoman en las otras, para alcanzar, sin embargo, resultados distintos.

2. Que las soluciones sean distintas es llamativo: tiene interés en sí, y por eso merece que le dediquemos atención. Pero más allá de ello las Resoluciones ponen de manifiesto un problema que será frecuente (con tendencia a disminuir a medida que el pasa el tiempo) al amparo del nuevo régimen, como consecuencia del art. 83.1 ya mencionado: decisiones o actos del causante (una elección de ley, una disposición *mortis causa*) adoptados antes del 17 de agosto de 2015, que producen su efecto tras tal fecha porque el causante fallece ese día o más tarde, deberían quedar sometidos al régimen del Reglamento. El legislador europeo ha sido consciente de ello, y en el mismo precepto matiza la regla de aplicación temporal: con espíritu de respetar la voluntad del testador expresada antes de la aplicación del instrumento europeo, los siguientes apartados del art. 83 añaden al del Reglamento otros sistemas de DIPr, que entran en juego para mantener la validez de los actos *mortis causa* previos a él.

3. El mérito de este expediente es indudable, en particular desde la perspectiva de ordenamientos que, como el nuestro, han mantenido durante largo tiempo soluciones sobre la ley aplicable a la sucesión muy distintas a las que hoy están vigentes con carácter, además, universal. Sucede, sin embargo, que la norma no es ni fácil de entender, ni de aplicar. No lo es en sí misma considerada —veremos las distintas interpretaciones que sostiene la doctrina—; y se complica aún más como consecuencia de la remisión que hace al Capítulo III del Reglamento, en virtud de la cual incorpora las dificultades de comprensión y de aplicación de este.

4. Las resoluciones de la DGRN son el punto de partida de las páginas que siguen, cuyo objetivo final es evaluarlas. Para llegar hasta ahí comenzaremos con un recordatorio breve y simplemente instrumental del régimen vigente en España antes del Reglamento, y de este, en lo relativo a la determinación de la ley aplicable. Nos centraremos luego en el art. 83 Reglamento, como regla de transición de un momento (y de un régimen) a otro. Finalmente procederemos a la evaluación de las resoluciones.

---

atención: véase MARINO PARDO, F. M., «El testamento del ciudadano británico con residencia habitual en España tras el Reglamento europeo de sucesiones», en <http://www.iurisprudente.com/search/label/reglamento%20europeo%20de%20sucesiones>, 6 de octubre de 2016 (último acceso: 6 de junio de 2018), o la reciente publicación de YBARRA BORES, A., «La sucesión de ciudadanos británicos en España tras la aplicación del Reglamento 650/2012», *CDT*, 2018 (1), pp. 466-488.



## 2. A MODO DE RECORDATORIO: DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LOS SISTEMAS ANTERIOR Y VIGENTE

### 2.1. El art. 9.8 CC

5. El DIPr español de la sucesión *mortis causa* ha estado presidido por el art. 9.8 CC<sup>2</sup> desde la reforma del Título preliminar del mismo. Durante su vigencia el texto no ha experimentado mayor influencia del Derecho convencional (con la salvedad del Convenio de La Haya de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, que por su objeto ha afectado ante todo al art. 11 CC, y a los arts. 732 y 733 del mismo cuerpo legal). Desde un punto de vista técnico la regla se caracteriza por la generalidad de su supuesto de hecho y la concreción temporal del punto de conexión. Desde la perspectiva de los valores que la inspiran los elementos a reseñar son el *favor validitatis*, y la preocupación por la unidad y universalidad, en todo caso con carácter limitado: el *favor validitatis* se articula en torno a dos conexiones, nada más<sup>3</sup>; de la unidad y universalidad de la sucesión no cabe hablar como principios absolutos, aunque solo sea porque el fraccionamiento es una consecuencia posible cada vez que la sucesión es testada<sup>4</sup>.

### 2.2. El Reglamento núm. 650/2012

#### 2.2.1. Principios de la nueva regulación

6. Son ejes de la nueva reglamentación la unidad de la sucesión y el apoyo a la planificación sucesoria. A través de ambos se pretende un tercer objetivo típicamente europeo: la supresión de obstáculos a la libre circulación de personas<sup>5</sup>. La unidad se predica tanto en materia de ley aplicable como de competencia judicial internacional. Como regla —o aspiración, ya que el

<sup>2</sup> La redacción actual del texto resulta del Decreto 1836/1974, BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974, con la inclusión del apartado final («Los derechos que por ministerio de la ley») por Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. El art. 9.8 CC no ha sido derogado: su aplicabilidad se mantiene para los conflictos internos, a menos que España decida aplicar el Reglamento igualmente en relación con estos casos, a lo que no está obligada a tenor del art. 38 del Reglamento.

<sup>3</sup> En realidad una que, de concretarse en distintos ordenamientos como consecuencia de cambio de nacionalidad, se desdobra.

<sup>4</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío», en TORRES, T. (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, 2004, pp. 131-157, esp. p. 151.

<sup>5</sup> LAGARDE, P., «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 2012, pp. 691-732, *passim*. Explica CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial», *CDT*, 2014 (1), pp. 5-44, párr. 13, siguiendo a Ch. Baldus, que «las particularidades de los derechos nacionales de los Estados miembros en el sector sucesorio se emplean con

Reglamento mismo introduce excepciones y acepta que otras puedan producirse de manera aleatoria—<sup>6</sup> el conjunto de los bienes de la sucesión se rige por la misma ley, y un solo tribunal se pronuncia sobre la totalidad de las cuestiones de la dinámica sucesoria, desde la apertura hasta la partición, aplicando preferentemente su propia ley (*forum-ius*). Sobre la planificación sucesoria, se materializa a través de la incorporación al Reglamento de la autonomía de la voluntad, conflictual y material.

7. Tanto la unidad como el favor a la planificación de la sucesión son principios conocidos en España. No lo son, en cambio, todas las manifestaciones y concreciones que adoptan en el Reglamento, por lo que cabe augurar dificultades de adaptación al nuevo régimen. Aquí se desconocía el paralelismo *forum-ius*<sup>7</sup>: la regla de competencia fue durante años la prevista en el art. 22.3 LOPJ<sup>8</sup>, conforme a la cual los tribunales españoles eran competentes en materia de sucesiones cuando el causante hubiera tenido su último domicilio en territorio español, o poseyera bienes inmuebles en España; en cambio la ley aplicable se determinaba siempre a través de la nacionalidad del causante. El Reglamento ha preferido la residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento: como expresión de proximidad, dado que la mayoría de las veces coincidirá con el centro de vida del *de cuius*<sup>9</sup>; y porque es la conexión que mejor permite el acoplamiento de las reglas de conflicto y de competencia judicial internacional, teniendo en cuenta los principios singulares a que deben responder además unas y otras. Se admite el desplazamiento de la residencia habitual, no obstante, en varios casos, siendo uno de ellos el de la elección de ley (art. 22). La *professio* habrá de recaer sobre la ley de la nacionalidad o nacionalidades del causante al tiempo de la elección, o del fallecimiento. Cualquiera de estas leyes tiene vocación para regir la sucesión en su totalidad en cuanto al fondo (véase el art. 23; y acerca de la extensión de la ley elegida, el art. 22.1, si bien *no* en la versión española)<sup>10</sup>. Existen no obstante inflexiones: en el caso de una disposición *mortis causa*, por ejemplo,

---

extrema frecuencia, para impedir la entrada en un Estado miembro de personas, empresas y agentes económicos que intervienen en este sector».

<sup>6</sup> Véanse los arts. 24, 25 o 30 para lo primero; el art. 35 para lo segundo.

<sup>7</sup> Cosa distinta es que finalmente, por motivos relacionados con la prueba del Derecho extranjero, la unidad se produjera igualmente.

<sup>8</sup> Actualmente, y desde el 1 de octubre de 2015, art. 22 quáter letra g) LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

<sup>9</sup> Art. 21.1. Omitimos desarrollos relativos a la dificultad para identificar la residencia habitual, de los que ya hay ejemplos en la práctica en aplicación del Reglamento: *Kammergericht Berlin*, de 26 de abril de 2016, 1 AR 8/16; *OLG Hambourg*, de 16 de noviembre de 2016, 2 W 85/16. A juicio de la doctrina —en España, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *loc. cit.*, nota 5, párr. 33, con más citas— la proximidad también justifica la *professio iuris* a favor de la ley nacional, si bien en este caso no debe leerse en clave objetiva sino subjetiva, en términos de costes «conflictuales» para el causante, a quien corresponde decidir si la aplicación de su ley nacional comportará menos costes que la de la residencia habitual. A nuestro juicio ello no es totalmente cierto: la *optio iuris* por la ley nacional tiene que ver con costes conflictuales pero también, y tanto o más, con el contenido (facultades de disponer) del ordenamiento en cuestión.

<sup>10</sup> Compárese con el texto en inglés o francés: «*A person may choose as the law to govern his succession as a whole*», «*Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession*». Sobre otras divergencias en el texto castellano del Reglamento, véase nota 33.

su admisibilidad y validez se evalúan a la luz de la «ley sucesoria anticipada», que es la de la residencia habitual al tiempo del otorgamiento, como si el causante hubiera fallecido en ese momento (art. 24); pero las legítimas se regulan por la ley sucesoria, y no por la ley sucesoria anticipada (art. 23). Por otra parte, el alcance de cualquier ley de la sucesión —ya sea objetivamente aplicable, ya elegida, para la totalidad o solo para lo contemplado en los arts. 24 y 25—, puede verse modificado por la intervención de las reglas especiales previstas en los arts. 29 a 33.

### 2.2.2. *En particular: la elección de ley. Identificación de una elección*

8. La consagración en el Reglamento de la autonomía de la voluntad conflictual dota de gran importancia práctica a la cuestión de cómo se establece si hubo elección de ley. A partir de ahí, en segundo término, surge la cuestión de su validez<sup>11</sup>.

9. A tenor del art. 22 del Reglamento la elección de ley deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o resultar de los términos de una disposición de ese tipo. Ha existido cierta discusión entre los autores sobre si la segunda posibilidad se identifica con una elección tácita, lo que algunos descartan por motivos de seguridad jurídica<sup>12</sup>.

10. El reconocimiento de una elección de ley que no es expresa planteará dificultades y dudas. El propio Reglamento solo ofrece un ejemplo (un indicio, que no autoriza como conclusión necesaria la de que ha habido elección)<sup>13</sup> en su cdo. 39: la referencia en la disposición *mortis causa* a instituciones específicas de la ley del Estado de la nacionalidad del causante. Es típico en los autores aludir al *trust* testamentario anglosajón<sup>14</sup>, pero valdría cualquier otra: mejor cuanto más característica y, sobre todo, si exclusiva del ordenamiento en cuestión. Lo mismo se predica de expresiones típicas del Derecho sucesorio de cierto ordenamiento<sup>15</sup>, así como de la redacción

<sup>11</sup> En la práctica la existencia y la validez de la elección que no es expresa se confunden en cierta medida, porque solo se reconoce como tal elección la que responde a un comportamiento concluyente con las características exigidas por el propio sistema.

<sup>12</sup> LAGARDE, P., *loc. cit.*, nota 5, párr. 31, siguiendo a M. Goré. En la doctrina el adjetivo alternativo a «tácita» parece ser «concluyente»: utiliza el primer término BONOMI, A., «Art. 22», en BONOMI, A. y WAUTELET, P., *Le droit européen des successions*, Bruselas, Bruylant, 2016, párrs. 56 y ss.; KOHLER, C., «L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes», *Rec. des Cours* (formato libro de bolsillo), vol. 19, p. 133. A una elección «concluyente» se refiere BAJONS, E. M., «Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht in Erbsachen», en SCHAUER, M. y SCHEUBA, E. (eds.), *Europäische Erbrechtsverordnung*, Viena, Manz, 2012, pp. 29-41, esp. p. 34.

<sup>13</sup> DÖRNER, H., «EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!», *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, núm. 10, pp. 505-513, esp. p. 511.

<sup>14</sup> Por ejemplo, DAVI, A. y ZANOBBETTI, A., *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Turín, 2014, p. 69; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, 2014, Sección 3.ª, párr. 20, p. 139; GORÉ, M., «La professio iuris», *Defrénois*, 15-30 de agosto de 2012, pp. 762-766, párr. 9.

<sup>15</sup> FISCHER-CZERMAK, C., «Anwenbares Recht», en SCHAUER, M. y SCHEUBA, E. (eds.), *Europäische Erbrechtsverordnung*, Viena, Manz, 2012, pp. 43-55, esp. p. 48.

del testamento siguiendo las pautas de un determinado sistema, o el uso de una lengua determinada<sup>16</sup>, por cuanto todos ellos son elementos del texto. Al margen de ellos —o incluso en su presencia— va a ser preciso interpretar la disposición sucesoria que presuntamente abriga la elección a la luz de la ley competente, que es la ley sucesoria anticipada a tenor del art. 26.1.d)<sup>17</sup>. Modelos previos de *optio iuris* en el Derecho europeo, como son el Reglamento Roma I<sup>18</sup> en su art. 3, y el Reglamento Roma II<sup>19</sup> en su art. 14, son de utilidad limitada: por un lado, por la diferencia esencial entre las materias<sup>20</sup>. Por otro, porque la redacción de aquellos preceptos difiere sensiblemente de la del art. 22 del Reglamento 650/2012, en particular por la exigencia en ellos de que la elección resulte «de manera inequívoca» de los términos del contrato (Roma I) o de las circunstancias del caso (ambos). Ninguno de estos dos elementos consta en el Reglamento de sucesiones, lo que puede apuntar a la voluntad de ser generoso en la identificación de la elección (por eso no se circunscribe a la que se desprenda *inequívocamente* del texto)<sup>21</sup>, al tiempo que se evita recurrir a datos externos cuya delimitación apriorística, con vistas a lograr una interpretación uniforme del texto legal, resultaría harto complicada.

11. La doctrina está dividida, por lo demás, acerca de si cabe atender a ciertos datos como auxiliares para identificar una *professio iuris* que «*transparaît du texte de l'acte de dernière volonté de manière incomplète*», o para apoyar o corroborar una indicación contenida en el texto<sup>22</sup>. Entre ellos cabe citar el lugar de otorgamiento de la disposición, o la nacionalidad

<sup>16</sup> A nuestro juicio la lengua no puede ser determinante en los testamentos redactados a dos columnas, cada una en un idioma.

<sup>17</sup> La admisibilidad y las condiciones de una elección no expresa están reguladas en el Reglamento como bien indica, por todos, DUTTA, A., «Art. 22», *Münchener Kommentar*, Band 10 (Internationales Privatrecht I), 2015, párr. 14; pero más allá de lo que se deriva del mismo, si fuera necesario interpretar el texto de la disposición *mortis causa* para determinar si hay elección, y en qué términos y su alcance, los criterios jurídicos a retener vendrán dados por la ley sucesoria anticipada. También RIPOLL SOLER, A., «Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, 2016, núm. 2, pp. 23-64, bajo 4.2.

<sup>18</sup> Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

<sup>19</sup> Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

<sup>20</sup> LECHNER, K., «Art. 83», en GEIMER, R. y SCHÜTZE, R. A., *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelsachen*, Munich, C. H. Beck, Band III, actualizado a febrero de 2018, párr. 11. El autor no desarrolla más esta afirmación, pero entendemos que se refiere a que los principios que rigen la interpretación son diferentes habida cuenta de que la elección no es —por regla— unilateral en los Reglamentos Roma I y Roma II; y es posible para las partes originales una vez entablado el litigio, para los aspectos que en él se discutan.

<sup>21</sup> En opinión de LECHNER, K., *loc. ult. cit.*, la ausencia del adverbio es querida. Véase otra opinión en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 14, p. 139, siguiendo a G. Kühne.

<sup>22</sup> DAVÌ, A. y ZANOBBETTI, A., «Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea», *CDT*, 2013 (2), pp. 5-139. A favor, BONOMI, A., *loc. cit.*, nota 12, párr. 61. En contra, DAMASCELLI, D., «I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n. 650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte», en FRANZINA, P. y LEANDRO, A. (eds.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milán, Giuffrè, 2013, pp. 87-103, esp. p. 102; GORÉ, M., *loc. cit.*, nota 14.

del notario (que suele coincidir con el criterio precedente, pero que solo será relevante si es la del testador, por cuanto la elección está limitada a esta ley). Aunque no de forma aislada, estos elementos han sido empleados para establecer la ley aplicable bajo la Ley suiza de DIP de 1987, así como en aplicación del art. 25 EGBGB alemana<sup>23</sup>. En el primero de los casos, además, se tuvieron en cuenta hechos externos a la disposición por causa de muerte para apoyar la convicción de la autoridad sobre la voluntad del causante: así, sus declaraciones orales sobre su voluntad de que se aplicara un ordenamiento y no otro, en respuesta a una advertencia del notario sobre el contenido de ambos; o la elección hecha en testamentos previos<sup>24</sup>. En nuestra opinión, a tenor del texto del Reglamento es dudoso que quepa admitir estas prácticas.

12. Se discute también, en fin, si para poder concluir que hubo elección de ley es precisa la disposición psicológica del causante: la conciencia de estar eligiendo, y la voluntad de hacerlo<sup>25</sup>. A nuestro juicio la respuesta afirmativa está implícita en el cdo. 40 cuando indica que: «Debe corresponder [...] a la ley elegida determinar la validez material del acto de la elección, es decir, si cabe considerar que la persona que llevó a cabo la elección comprendió lo que estaba haciendo y consintió en ello»<sup>26</sup>. Es frecuente en la doctrina, no obstante, una actitud indulgente en cuanto al primer elemento, la conciencia, hasta el punto de excluir la necesidad de que el *de cuius* conozca el conflicto de leyes; e incluso la de este mismo<sup>27</sup>. Ello permite hablar de elección aun cuando en el momento del otorgamiento el supuesto careciera de cualquier elemento de internacionalidad —por lo que no cabía plantearse la aplicabilidad de un ordenamiento extranjero—, si el mismo concurre más adelante (el causante modificó su residencia habitual trasladándola al extranjero). Así se posibilita conservar una disposición que sería inválida conforme a la ley objetivamente aplicable<sup>28</sup>. Los autores insisten en todo caso en que debe concurrir la voluntad del causante de que se aplique cierta ley, y desprenderse del

<sup>23</sup> Véanse las citadas por FONTANELLAS MORELL, J. M., «La forma de la designación de ley en la propuesta de reglamento europeo en materia de sucesiones», *REDI*, 2011, pp. 123-144, nota al pie núm. 48. A ellas cabe añadir las decisiones del *OLG Hamm*, de 22 de julio de 2014, Az 15 W 138/14, y la del *OLG Schleswig-Holstein*, de 25 de abril de 2016, 3 Wx 122/15.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Federal suizo, de 3 de septiembre de 1998, en *loc. últ. cit.*

<sup>25</sup> O, al menos, la voluntad de que la sucesión se rija por una ley determinada, aunque no se acompañe de la conciencia de estar eligiendo, porque no exista tampoco la de que podrían aplicarse varios ordenamientos.

<sup>26</sup> Otra lectura en BONOMI, A., *loc. cit.*, nota 12, párr. 62.

<sup>27</sup> BONOMI, A., *loc. últ. cit.*; DUTTA, A., *loc. cit.*, nota 17, párr. 14, con más referencias. En España es lo que se desprende de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Las legítimas en el reglamento sobre sucesiones y testamentos», *AEDIPr*, 2011, pp. 369-406, párr. 12, donde dice «es un elemento a mi juicio especialmente idóneo para la tutela de las expectativas de quien, aun no siendo consciente de la posibilidad de elección de ley, sí dispone de forma cierta [...] conforme a su ley nacional». También es esta la opinión que prevalece en relación con los ordenamientos que como el suizo admiten la *professio iuris*: véanse las referencias citadas por DAVI, A. y ZANOBETTI, A., *op. cit.*, nota 14, en nota al pie núm. 67, donde recuerdan que el Tribunal Supremo Federal tiene, no obstante, otra actitud. La conciencia del conflicto de leyes era también un requisito en el DIPr alemán: *OLG Frankfurt a.M.*, 29 de julio de 1997, *IPRspr.*, 1997, núm. 122.

<sup>28</sup> BONOMI, A., *loc. últ. cit.*, párr. 63; DUTTA, A., *loc. cit.*, nota 17, párr. 14.

texto: no cabe, por ejemplo, que los herederos acuerden que hubo elección a través de un pacto sobre la interpretación del texto<sup>29</sup>.

13. Sobre el segundo elemento, esto es, la voluntad de elegir entre varios ordenamientos, decae lógicamente si se elimina la exigencia de conciencia sobre el conflicto de leyes. No obstante, puede admitirse que el causante que dispone *mortis causa* respetando las condiciones de forma y fondo de su ley nacional está indicando su voluntad de que tal ley sea aplicada, al margen de la consideración de cualquier otra; en todo caso, ello debe derivarse de una disposición *mortis causa*. En este sentido hay que insistir en que son cosas distintas la elección tácita y la hipotética o la presunta, así como la ficción de elección de ley; el Reglamento no admite las primeras, y la tercera solo en el marco del art. 83.4<sup>30</sup>, como veremos.

### 3. LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DEL REGLAMENTO 650/2012. ENTENDIENDO EL ART. 83

14. A partir de la fecha de aplicación del Reglamento el operador jurídico español deberá manejar un sistema que presenta notables diferencias con aquel al que venía acostumbrado. Ello comprende el art. 83, bajo el título «Disposiciones transitorias»<sup>31</sup>.

#### 3.1. Lógica del art. 83

##### 3.1.1. *Apdos. 1 a 3*

15. El art. 83.1 del Reglamento establece la no retroactividad del instrumento: se aplicará a todas las sucesiones que se abran el o tras el 17 de agosto de 2015. La fecha de entrada en vigor del Reglamento es, no obstante, anterior: conforme al art. 84, a los veinte días de su publicación en el *DOUE* el 27 de julio de 2012. Se creó así una etapa interina en la que existía certeza sobre cuáles serían las reglas futuras, mientras permanecían vigentes las previas —salvo una decisión unilateral de aplicación anticipada de aquellas por parte de los Estados miembros—. Este periodo debería servir a la transición a un régimen que introduce importantes novedades en todos los Estados miembros, cualquiera que fuera el punto de partida.

16. Es el hecho mismo del cambio en el régimen de la sucesión internacional lo que justifica los apdos. 2 a 3 en el art. 83 —mientras que el apdo. 4

<sup>29</sup> DUTTA, A., *loc. cit.*, nota 17, párr. 14.

<sup>30</sup> BONOMI, A., *loc. ult. cit.*, párr. 59; *id.*, «Il regolamento europeo sulle successioni», *Riv. Dir. Int. Pr. Pr.*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 313; LECHNER, K., *loc. cit.*, nota 20, párr. 12; DUTTA, A., *loc. cit.*, nota 17, párr. 14.

<sup>31</sup> La búsqueda sobre la aplicación de este texto en otros Estados miembros arroja por el momento resultados muy pobres; la mención suele hacerse solo para indicar que el Reglamento no es aplicable: véase, por ejemplo, en Austria la decisión del OGH de 28 de junio de 2016, 20b105/15b.

responde a una lógica particular que explica su tratamiento separado en este estudio—. Como ha expresado la doctrina, la estructura básica del DIPr nacional en materia sucesoria suele poseer una larga tradición con la que la población está familiarizada —aun de forma inconsciente—, y en la que confía. Que un cambio de residencia habitual conlleve un cambio en la ley aplicable, como ocurre actualmente a tenor del art. 21 del Reglamento, era algo con lo que los ciudadanos no contaban; de ahí que la regla de Derecho transitorio debiera responder, en primer término, al objetivo de conservar en la mayor medida posible la validez de las disposiciones *mortis causa* realizadas previamente, incluyendo en su caso una elección por el causante<sup>32</sup>. La suerte de una elección de ley o de foro previa a la fecha de aplicación del Reglamento se regula en el art. 83.2; la de una disposición por causa de muerte, en el siguiente apartado<sup>33</sup>.

17. Se ha sostenido en el pasado que las expectativas del causante sobre el DIPr aplicable a su disposición *mortis causa* no merecen atención, y ello, porque la ley aplicable no se concreta hasta el fallecimiento; mientras tanto es un estatuto «flotante»<sup>34</sup>. A nuestro juicio, esta afirmación, cierta en general, puede verse en entredicho cuando el sistema permite el individuo anticiparse y elegir antes de su muerte el ordenamiento que será aplicable, fijándolo. El objetivo primero de permitir la elección es eliminar la incertidumbre ligada a un punto de conexión mutable (conflicto móvil); pero también se genera confianza frente al cambio de la norma de conflicto misma, aun cuando su respeto no está totalmente garantizado y deba el causante mientras viva estar atento a posibles modificaciones del régimen conflictual.

18. El art. 83 en sus apdos. 2 y 3 es una manifestación de la opción del propio Reglamento por la anticipación o planificación sucesoria, que como vimos es un eje del sistema, y que en este precepto alcanza sus máximas consecuencias. El art. 83 va mucho más lejos de lo que requeriría respetar las previsiones del causante que otorgó un testamento antes del 17 de agosto de 2015: no solo se mantiene aquello que fuera válido a la luz del régimen vigente al tiempo del otorgamiento, sino que actos inválidos pueden quedar sanados<sup>35</sup>, y ello incluso cuando tal invalidez fuera o pudiera haber sido conocida por el causante; el Reglamento no distingue en función del carácter razonable o irrazonable, legítimo o ilegítimo de estas expectativas<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> LECHNER, K., *loc. cit.*, nota 20, párr. 2.

<sup>33</sup> En castellano el art. 83.3 se refiere en primer lugar a la admisibilidad y la validez de una disposición *mortis causa*, pero alude más adelante al momento «en que se hizo la elección» (cursiva añadida). Por coherencia —también con otras versiones lingüísticas del Reglamento— damos por hecho que se trata de un error de traducción.

<sup>34</sup> Tomamos la expresión de HESS, B., *Intertemporales Privatrecht*, Mohr Siebeck, 1998, pp. 223-224 («Schwebestatut»). Véase también ROUBIER, P., *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, reimpr. 2008, pp. 309-314. La misma idea rige en relación con el Derecho material: véase por ejemplo la DT 12 del CC de 1889.

<sup>35</sup> Entre otros muchos autores BARNICH, L., «Présentation du Règlement successoral européen», en NUYS, A. (coord.), *Actualités en droit international privé*, Bruylant, 2013, pp. 7-33, esp. p. 10; LECHNER, K., *loc. cit.*, nota 20, párr. 5.

<sup>36</sup> WAULETEL, P., «Art. 83», en BONOMI, A. y WAULETEL, P., *Le droit européen des successions*, Bruselas, Bruylant, 2016, párr. 6 (en p. 963) utiliza la expresión «attentes légitimes des justiciables». Sin

19. El Reglamento europeo no es único en el sentido indicado: conforme al art. 22 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, el mismo se aplicará en cada Estado contratante a las sucesiones de las personas cuyo fallecimiento se produzca después de su entrada en vigor para dicho Estado; pero cuando el difunto hubiera designado la ley aplicable a su sucesión en cualquier momento anterior a la entrada en vigor del Convenio en dicho Estado, la citada designación se considerará válida si cumple los requisitos previstos en el art. 5. El Informe al Convenio indica que «*the paragraphs 2 and 3 were not intended by the Sixteenth Session to render invalid a designation which under the law of the forum (assuming the Convention did not exist) is valid. The Convention is intended to be enabling; paragraphs 2 and 3 state, "that designation is to be considered valid if it complies with" Article 5 or Article 11, as the case may be. The intent is that these paragraphs may actually validate designations which in the absence of the Convention would have been invalid*»<sup>37</sup>.

20. Es también interesante recordar el origen y la evolución del Reglamento como claves para una correcta comprensión de este punto. La propuesta de la Comisión, en su art. 50, se limitaba a la validez de una elección que lo fuera conforme al propio Reglamento<sup>38</sup>. Dado que la aplicación de este se preveía para un tiempo (entonces aún no fijado) después de la entrada en vigor<sup>39</sup>, cabía sostener que la Comisión tenía en mente ese periodo interino, en el cual un causante podría realizar una elección de ley ya conforme a las reglas futuras en previsión de fallecer después de la fecha en que las mismas serían aplicables, asumiendo el riesgo de que el óbito sucediera antes. De este modo se satisfacía la necesidad de disponer de tiempo para la transición al nuevo régimen. Es el Parlamento el que quiso extender la aplicabilidad del Reglamento a un pasado anterior: en su enmienda núm. 116 al art. 50 la designación de ley aplicable conforme a las condiciones contempladas en el propio Reglamento sería válida aún realizada en «el periodo anterior a su entrada en vigor»<sup>40</sup>. La adición de más posibilidades para preservar una elección de ley se debe igualmente al Parlamento, si bien en la primera redacción propuesta no se concretaban aún los puntos de conexión que serían alternativos al propio Reglamento. El texto era respetuoso con la situación vigente en cada Estado miembro; la elección de ley válida «en los Estados miembros en los que fuese válida cuando se realizó» se mantendría<sup>41</sup>. Algo similar se esta-

---

embargo, esa restricción no consta en el Reglamento; el mismo autor, párr. 9 (en p. 966), admite que «*le mécanisme dépasse la protection des simples attentes subjectives des personnes concernées, pour acquérir une véritable dimension objective*».

<sup>37</sup> De DONOVAN W. y WATERS, M., *Actes et documents de la Seizième session* (1988), t. II, párr. 134, redonda añadida.

<sup>38</sup> Art. 50.2, COM(2009) 154 final, de 14 de octubre de 2009.

<sup>39</sup> Art. 51.

<sup>40</sup> Proyecto de informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, Comisión de Asuntos Jurídicos, 2009/0157(COD), de 23 de febrero de 2011. *Cursiva añadida.*

<sup>41</sup> Enmienda 118.



blecía para una disposición testamentaria<sup>42</sup>: el Parlamento introdujo la idea de que una disposición conforme al ordenamiento —incluido el DIPr— que habría sido aplicable en el momento del otorgamiento no se vería afectada por virtud del Reglamento<sup>43</sup>. Además, la disposición testamentaria inválida realizada antes de la fecha de aplicación del Reglamento, entendiéndose por ello también el periodo anterior a su entrada en vigor, quedaría sanada si se hubiera redactado conforme al Reglamento mismo<sup>44</sup>.

21. La fórmula finalmente adoptada, el actual art. 83<sup>45</sup>, es apta para producir la siguiente consecuencia: separar los actos de elección de ley y las disposiciones *mortis causa* del régimen jurídico vigente al tiempo de su otorgamiento —por tanto, del régimen al amparo del cual se realizaron—. Ambos (elección y disposición por causa de muerte) podrán ser declarados válidos por el mero hecho de serlo a la luz del Reglamento, esto es, de un sistema que no era aplicable en el momento de elegir o disponer; o del ordenamiento de un Estado miembro que no era el que correspondía aplicar. Su validez, en definitiva, es posible «por accidente»<sup>46</sup>, independiente de la suerte que les deparara el régimen que las autoridades de cada Estado miembro estaban obligadas a respetar al tiempo del otorgamiento<sup>47</sup>. Ello no deja de ser llamativo<sup>48</sup>, en particular en relación con la elección de ley, si se considera que pocos Estados miembros la admitían antes del Reglamento y que si lo hacían era, en general, con límites<sup>49</sup>.

22. De este espectacular refuerzo a la *optio iuris* derivan consecuencias relativas a la dinámica del art. 83 a tener en cuenta de cara a la evaluación

<sup>42</sup> Que, por lo demás, la propuesta de la Comisión no había contemplado siquiera separadamente: sí en cambio los pactos sucesorios.

<sup>43</sup> Enmienda 121 al art. 50.

<sup>44</sup> Enmienda 119.

<sup>45</sup> Aparece ya en el Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, A7-0045/2012, 6 de marzo de 2012, y con el número actual, en la Posición del Parlamento Europeo al respecto, EP-PE\_TC1-COD(2009)0157, de 13 de marzo de 2012.

<sup>46</sup> SCHOPPE, C., «Die Übergangsbestimmungen zur Rechtswahl im internationalen Erbrecht: Anwendungsprobleme und Gestaltungspotenzial», *IPRax*, 2014, pp. 27-33, esp. p. 29. En parecido sentido, BIAGIONI, G., «L'ambito di applicazione del regolamento sulle successioni», en FRANZINA, P. y LEANDRO, A. (eds.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milán, Giuffrè, 2013, pp. 25-58, esp. pp. 57-58, habla de un «effetto paradossale».

<sup>47</sup> El caso del causante que otorga un testamento sin ningún tipo de consejo puede parecer (en principio) merecedor de mayor protección por esta ausencia, si bien también cabría defender que quien no recurre al asesoramiento en una materia tan compleja debería pechar con el riesgo de una invalidez.

<sup>48</sup> El contraste con disposiciones transitorias en Reglamentos previos es puesto de manifiesto por WAUTELET, P., *loc. cit.*, nota 36, p. 963, nota al pie núm. 9, refiriéndose a los arts. 66.2 del Reglamento Bruselas I bis y al art. 64.2 del Bruselas II bis (aunque quizá los términos de la comparación no sean los mejores, por cuanto los preceptos aludidos por P. Wautelet contemplan el reconocimiento y ejecución de decisiones).

<sup>49</sup> Alemania (art. 25.2 EGBGB), Italia (art. 46.2 Legge 218/95), Bélgica (art. 79 Code DIPr 2004), Bulgaria (art. 89.5 Código de DIPr de 13 de mayo de 2005), Finlandia (Sección 6.ª del Código de Sucesiones), Estonia (párr. 25 de la Ley de DIPr de 27 de marzo de 2002), y Rumanía (art. 68.1 Ley DIPr de 22 de septiembre de 1992). La admitían igualmente los Países Bajos, por incorporación del Convenio de La Haya de 1989, según Ley de 4 de septiembre de 1996.

de las Res. DGRN mencionadas en la Introducción: la autoridad nacional que hoy deba valorar la validez de un testamento otorgado antes del 17 de agosto de 2015 tendrá que empezar en todo caso buscando una eventual elección de ley expresa o tácita, aun cuando la misma hubiera sido impensable en aquel tiempo al amparo del DIPr aplicable (cuestión distinta es que el dato de cuál era ese régimen pueda ser orientativo sobre si ha habido elección; si en teoría no podrá ser tenido en cuenta porque no lo admite el art. 22<sup>50</sup>, lo cierto es que estamos en una situación excepcional, como todas las transitorias), y aun cuando el causante hubiera sido asesorado sobre el mismo (por ejemplo, el testamento fue uno abierto ante notario). Veremos a continuación si, no obstante, el apdo. 83.4 del Reglamento introduce algún matiz en esta dinámica.

### 3.1.2. *El art. 83.4*

23. El art. 83.4 del Reglamento resulta de una enmienda del Parlamento a la Propuesta de la Comisión, según la cual si una disposición testamentaria hubiera sido otorgada antes de la fecha de aplicación del Reglamento —incluido el periodo anterior a su entrada en vigor—, con arreglo a la legislación de un Estado que el causante habría podido elegir de conformidad con el art. 17 del presente Reglamento, tal ley se consideraría ley elegida<sup>51</sup>. No consta una explicación al texto: puede verse como preferencia conceptual por la elección de ley; como manifestación de la conciencia por parte del legislador europeo de que el punto de conexión previo al Reglamento, en muchos Estados miembros, era aún la nacionalidad; o como ambas cosas<sup>52</sup>. En relación con lo primero, la doctrina más autorizada<sup>53</sup> presenta el texto como una disposición residual (*catch-up clause*) frente a las incertidumbres en relación con los criterios, a desarrollar en el marco de la interpretación autónoma del Reglamento, de lo que sea una elección tácita. Sobre lo segundo, la misma doctrina propone una lectura de la regla en clave de confianza y facilidad: el texto contempla casos en que un individuo, en un sistema presidido por el punto de conexión «nacionalidad» y sin posibilidad de elección, no consideró tal posibilidad e hizo testamento conforme a su ley nacional coincidente con la residencia habitual, ajeno a la idea de que un cambio de residencia habitual podría afectar a la validez del testamento —lo que efectivamente ocurre

<sup>50</sup> *Supra* párrs. 8 y ss.

<sup>51</sup> Enmienda 120, Proyecto de informe sobre la propuesta..., *supra* nota 40.

<sup>52</sup> LECHNER, K., *loc. cit.*, nota 20, párrs. 11, 13; FRANZINA, P., «Art. 83», en CALVO CARAVACA, A. L., DAVÌ, A. y MANSEL, H. (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, CUP, 2016, pp. 853-863, párr. 17.

<sup>53</sup> LECHNER, K., *loc. cit.*, nota 20, párr. 11. K. Lechner es autor del *In-depth Study* para el Parlamento Europeo «Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über Erbsachen und die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses», 2015, y ponente en el Informe del Parlamento sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

tras el 17 de agosto de 2015—. Entender que la ley nacional ha sido elegida facilita la solución de estos casos en la práctica<sup>54</sup>.

24. A la luz de la explicación anterior cabe imaginar un rol para el art. 83.4 cuando una elección de ley no sea evidente (ya que en este caso entraría en juego el art. 83.2). En tal supuesto, especialmente si el punto de partida es el otorgamiento de la disposición *mortis causa* en un tiempo y bajo un ordenamiento donde elegir *no* fuera una opción posible, dar paso al art. 83.4 permite eliminar la necesidad de investigar tal elección, que pudo existir aun cuando el sistema original no la admitiera, y ser válida conforme a alguna de las opciones del art. 83.2. Esta manera de entender el precepto es, sin duda, de interés práctico en la perspectiva de una autoridad española ante la que se sustancie una sucesión cuando exista (como en las resoluciones de la DGRN que dan origen a estas reflexiones) un testamento otorgado en España.

### 3.2. Interpretación del texto

25. Existen dudas sobre la interpretación del texto: unas afectan a varios o todos sus apartados a un tiempo, otras son singulares<sup>55</sup>.

#### 3.2.1. Con carácter general

26. El art. 83 utiliza conceptos que aparecen en otros lugares del Reglamento: elección de ley, disposición *mortis causa*, admisibilidad y validez, residencia habitual... En principio no hay razón para suponer que su definición es diferente: piénsese que en otro caso el ámbito de aplicación del precepto podría no coincidir con el general del Reglamento. Al mismo tiempo, atendiendo a la función particular de la norma —Derecho inter-temporal—, podría sostenerse una opinión distinta: por ejemplo, que da cabida a cualquier mecanismo en el cual el causante hubiera depositado expectativas de organización de su sucesión, y cuya calificación como disposición *mortis causa* esté aceptada en un determinado Estado miembro, aun cuando existan dudas sobre la misma desde la perspectiva del Reglamento<sup>56</sup> —e incluso si finalmente una interpretación autónoma del texto condujera a excluirla de su ámbito de

<sup>54</sup> LECHNER, K., *loc. cit.*, nota 20, párr. 13.

<sup>55</sup> Las observaciones que haremos sobre el art. 83 giran en torno a la elección de ley y las disposiciones *mortis causa* distinta de los pactos sucesorios; estos últimos requieren desarrollos específicos que no vamos a abordar.

<sup>56</sup> Existen dudas sobre la calificación en relación con liberalidades como la donación *mortis causa*, que solo algunos ordenamientos someten a las normas de la sucesión: véase BONOMI, A., *loc. cit.*, nota 12, párr. 51. Otros ejemplos de difícil calificación son los *will-substitutes* del Derecho anglosajón, modalidades de transmisión al margen de la sucesión pero que participan de rasgos comunes a las disposiciones de última voluntad (*id.*, párr. 41); o los pactos sucesorios de disposición (*id.*, «Art. 3», párr. 20).

aplicación—<sup>57</sup>, si como resultado de esa inclusión tal disposición es válida (y no lo sería de otro modo). En parecido sentido y por el mismo motivo, la definición de «residencia habitual» que da paso a la ley del Estado de la misma como alternativa al Capítulo III en el art. 83.2 y 83.3 podría no ser la del Reglamento, sino la vigente conforme a tal ordenamiento<sup>58</sup>.

27. En la medida en que el art. 83 incorpore las nociones en uso en el resto del texto traerá con ellas sus dudas. Un ejemplo: la discusión en el marco del art. 24 a propósito de la distinción, que opera en algunos ordenamientos, entre la disposición por causa de muerte en sentido formal (o «acto de disposición»: el testamento, el testamento mancomunado o el pacto sucesorio) y en sentido material (a la que también se alude como «modo de disponer», y que designa la institución de heredero, los legados, sustituciones, o el nombramiento de un ejecutor testamentario)<sup>59</sup>. La pregunta sobre si las reglas especiales del art. 24 engloban la admisibilidad y validez en cuanto al fondo de ambos tipos de disposición se proyecta también sobre el art. 83.

28. La aplicabilidad del art. 83 en el tiempo ha generado igualmente discusión. Por lo que se refiere a la validez de una elección de ley reguladora bien de la sucesión al completo, bien de una disposición *mortis causa*, se ha preguntado la doctrina si se contemplan las realizadas también antes de la entrada en vigor del texto el 16 de agosto de 2012, incluso para ser valoradas conforme al Capítulo III del Reglamento. Prevalen las opiniones favorables; y ello es, como hemos visto en el apartado previo, lo que parece derivarse de la evolución en las negociaciones del texto<sup>60</sup>. La ausencia de límites temporales permite extender el Reglamento por igual a un testamento otorgado en 2003 y a otro en 2014<sup>61</sup> si el causante fallece tras el 17 de agosto de 2015, a pesar de que la situación de partida era evidentemente distinta desde el punto de vista legal.

29. Se discute también cuáles son los sistemas de DIPr que el precepto considera como alternativas posibles al Capítulo III del Reglamento a la hora de apreciar la validez (en su caso, también la admisibilidad) de una elección de ley, o de una disposición *mortis causa*: si solo los de los Estados miembros o también los de Estados terceros. Parte de la doctrina se pronuncia a favor de lo primero con apoyo en uno de los objetivos del precepto, cual es el de facilitar

<sup>57</sup> El Reglamento no consagra el recurso necesario a la interpretación autónoma, excepto en lo relativo a la autenticidad del documento público (cdo. 62).

<sup>58</sup> Otra opinión BAUER, F., «Art. 83», en DUTTA, A., *Internationales Erbrecht*, Munich, C. H. Beck, 2016, párr. 12.

<sup>59</sup> Se refiere a ella BONOMI, A., «Art. 3», párr. 10; «Art. 24», párr. 6, y «Art. 25», párr. 15, en BONOMI, A. y WAUTELET, P., *Le droit européen des successions*, Bruselas, Bruylant, 2016, si bien para rechazar que haya sido acogida en el Reglamento.

<sup>60</sup> Véase no obstante DÖRNER, H., *loc. cit.*, nota 13, para quien la elección contemplada es la posterior a la entrada en vigor del texto. En España le sigue CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 14, párr. 52. En contra, WAUTELET, P., *loc. cit.*, nota 36, nota al pie núm. 15, con más referencias en este sentido; ROSOUX, H., «Arrêt sur le régime transitoire du Règlement successions», *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, 2014, párr. 1, nota al pie núm. 8; FONGARO, E., «L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions», *JDI*, abril de 2014, versión en línea, p. 26.

<sup>61</sup> Como ocurre en las resoluciones aludidas en la nota al pie núm. 1.

la transición entre los regímenes; algo en lo que no se tiene en cuenta a los Estados terceros, a los que el Reglamento no vincula<sup>62</sup>. En contra se posicionan otros autores, argumentando que el propósito general de la regla es evitar que la introducción del nuevo régimen frustrase las expectativas del *de cuius*, conservando la validez de los actos realizados antes de ella, y no facilitar una transición fluida entre regímenes a quienes han de aplicarlos<sup>63</sup>; se indica también que la distinción entre Estados miembros y terceros iría en contra de la regla de aplicación universal que sienta el art. 20<sup>64</sup>. En todo caso, los primeros autores tienen razón en lo relativo a la alternativa «ley de la autoridad que sustancie la sucesión», solo presente en el art. 83.3: aunque no por los motivos que alegan, sino por el hecho obvio de que las únicas autoridades a las que el Reglamento se refiere en tanto que encargadas de la sucesión son las de Estado miembro (de hecho, el propio texto alude aquí a «Estado miembro de la autoridad»).

30. La última pregunta de carácter general que suscita la aplicación del art. 83 es la relativa a cómo se reconstruye el régimen jurídico de una sucesión para la que el *de cuius* realizó actos de planificación antes del 17 de agosto de 2015, pero no conforme al Capítulo III del Reglamento sino a alguna de las otras posibilidades: el DIPr del Estado de su residencia habitual, de su nacionalidad, o (caso del art. 83.3) de la autoridad ante la que se sustancia la sucesión. La necesidad de reconstrucción puede deberse a distintas circunstancias. En el marco del art. 83.3, según su propio tenor las normas de DIPr nacionales intervienen solo en relación con la admisibilidad y validez formal y material de una disposición por causa de muerte; este es el ámbito material de la ley sucesoria anticipada, por lo que será preciso identificar la ley que concurre con ella para regular el resto de los aspectos de la sucesión. En el caso de una elección de ley conforme al art. 83.2, ocurre que por una parte el texto solo contempla la validez —si bien luego veremos las dudas sobre la realidad de este límite—<sup>65</sup>. Por otra, es perfectamente posible imaginar una elección cuyo alcance está restringido de entrada: así, porque conforme al DIPr aplicable las legítimas se regulan necesariamente por un ordenamiento diferente<sup>66</sup>. A nuestro juicio, la identificación de la ley «complementaria» debe

<sup>62</sup> WAULETEL, P., *loc. cit.*, nota 36, párr. 18, seguido por ROSOUX, H., *loc. cit.*, nota 60, en su nota al pie núm. 40.

<sup>63</sup> FRANZINA, P., *loc. cit.*, nota 52, párr. 12. También DUTTA, A., «Art. 83», *Münchener Kommentar*, Band 10 (Internationales Privatrecht I), 2015, párr. 7; FONGARO, E., *loc. cit.*, nota 60, p. 26; en España, IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Art. 83», en IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Sucesiones internacionales*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 668-675, esp. p. 672. También, aunque sin mayor explicación, FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012*, Aranzadi, 2016, p. 773.

<sup>64</sup> BAUER, F., *loc. cit.*, nota 58, párr. 15.

<sup>65</sup> En el apartado que sigue abordamos la cuestión de si el punto de partida —elección de ley que no respeta la unidad de la sucesión— es aceptable en el marco del Reglamento, o si por el contrario toda elección que sea válida por virtud de una de las opciones del art. 83.2 pasa necesariamente a regir el conjunto de los bienes, y la totalidad de la sucesión en el sentido del art. 23, con lo cual el problema que evocamos en el texto no se plantearía.

<sup>66</sup> Véase el art. 79 Code DIPr belga: «*Une personne peut soumettre l'ensemble de sa succession au droit d'un Etat déterminé. La désignation ne prend effet que si cette personne possédait la nationalité de cet Etat ou avait sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat au moment de la désignation ou du*

producirse conforme al Reglamento incluso cuando la validez de la elección o de la disposición por causa de muerte resulte de uno de los sistemas nacionales de DIPr que contempla el art. 83, y no del Capítulo III del instrumento europeo; será, en definitiva, la ley de la residencia habitual o la que presente vínculos más estrechos (art. 21), acompañada por las reglas de aplicación del Reglamento (arts. 34, 35, etc). Otra solución cambiaría completamente la regla de aplicación temporal por la que ha optado el legislador europeo y, por tanto, debería haber encontrado expresión en el texto: por ejemplo, en una norma que indicara sin más que el Reglamento no se aplica a las sucesiones de quienes hubieran realizado una elección de ley o una disposición *mortis causa* válidas antes de su entrada en vigor, aun cuando el fallecimiento ocurriera el o después del 17 de agosto de 2015. Cuestión distinta es el «perímetro» de la ley de la residencia habitual/conexión más estrecha del art. 21, que será variable en el caso de una elección de ley parcial<sup>67</sup>.

### 3.2.2. Aspectos singulares

#### a) *El art. 83.2*

31. Sobre el art. 83.2 existe en primer término la duda acerca de qué elección de ley es la que contempla: en otras palabras, si tiene cabida cualquiera, incluyendo la limitada a una parte de la herencia (en cuanto a bienes) o a aspectos de la misma (por ejemplo, la admisibilidad o/y validez de una disposición por causa de muerte). A nuestro juicio, como ya sugeríamos en el apartado previo, debe responderse a esto en sentido afirmativo. No sería lógico establecer una limitación *a priori*; la opción del causante puede haberse expresado en una forma o con un alcance tal que no sería considerada elección de ley (más bien: elección de ley admisible y válida) a la luz del Reglamento, pero sí de uno o varios de los sistemas de DIPr que el precepto contempla como opciones. Algún autor expresa no obstante otra opinión, excluyendo del art. 83.2 una elección del estilo de la prevista en el art. 24.2 Reglamento; la misma «*fallt unter die Sonderregel des Abs. 3*»<sup>68</sup>. La consecuencia de esta interpretación es que la validez una elección de ley limitada a la admisibilidad y validez formal y de fondo de una disposición por causa de muerte no se beneficia de las alternativas del art. 83.2<sup>69</sup>.

---

*décès. Toutefois, cette désignation ne peut avoir pour résultat de priver un héritier d'un droit à la réserve que lui assure le droit applicable en vertu de l'article 78*». El precepto ha sido derogado por la Ley de 6 de julio de 2017, *Loi portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice*, pero mantiene su aplicabilidad en virtud del art. 83 del Reglamento a los casos que este mismo determina.

<sup>67</sup> Siempre y cuando no se entienda que la elección, válida conforme a un sistema distinto del Reglamento, pasa necesariamente a regir la totalidad de la sucesión con independencia de lo que pueda determinar al respecto el sistema de DIPr de partida, o la voluntad del difunto. *Supra* nota 65.

<sup>68</sup> DUTTA, A., *loc. cit.*, nota 63, párr. 7.

<sup>69</sup> WAUTELET, P., *loc. cit.*, nota 36, párr. 9.

32. De gran trascendencia práctica es la cuestión de los efectos o consecuencias normativas de una elección de ley previa al 17 de agosto de 2015, que no es válida conforme al Capítulo III del Reglamento, pero sí a tenor del DIPr de uno de los Estados que el art. 83.2 enumera. En este sentido hay que recordar que una elección tan amplia en su alcance como la que consagra el Reglamento no era habitual antes del mismo. Bélgica y Alemania proporcionan ejemplos característicos de elecciones limitadas: el Code de DIPr belga permitía la elección de la ley de la residencia habitual en el momento de la elección, pero siempre protegiendo las legítimas<sup>70</sup>; el art. 25 EGBGB alemana excepcionaba la regla general —aplicación de la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento— con la posibilidad de elegir la ley alemana para la sucesión en la propiedad inmobiliaria, siendo Alemania el lugar de situación de tales bienes<sup>71</sup>.

33. Literalmente, el art. 83.2 solo salva la *validez* de la *optio iuris* del causante: si nos atenemos a la letra del precepto los sistemas de DIPr alternativos al Capítulo III del Reglamento no tienen otro alcance. La consecuencia es que el efecto de una elección válida vendrá determinado por el Reglamento mismo; la ley elegida se aplicará, como regla, a toda la sucesión, como ocurre en el caso de *optio iuris* el o tras el 17 de agosto de 2015<sup>72</sup>. La solución es descrita en la doctrina como una especie de *dépêchage*: la *professio iuris* se conserva a la luz de una regla de DIPr nacional, pero sin que la misma sea aplicada en su totalidad<sup>73</sup>. En nuestra opinión resulta extraño aceptar que una *professio iuris* es válida, mas separarla del ámbito de operatividad previsto para ella por el sistema que la ampara. El resultado es peculiar: al mantener una elección sin respetar su alcance lo que se defiende es el hecho de elegir, conceptualmente (el *si*), y no en su proyección a cada caso concreto (el *para qué* o *sobre qué* se aplica lo elegido). La solución es difícil de aceptar desde el propio Reglamento: a diferencia de sistemas como el alemán, donde la *professio iuris* se introdujo para «*faciliter la tâche des autorités allemandes lorsque la succession d'un étranger —en principe soumise à sa loi nationale— comprend des immeubles en Allemagne*»<sup>74</sup>, en el Reglamento la finalidad es la de asegurar la previsibilidad y la estabilidad del régimen sucesorio, evitando las incertidumbres ligadas a la concreción de un punto de conexión mutable

<sup>70</sup> *Supra* nota 66.

<sup>71</sup> «(1) Die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte. (2) Der Erblasser kann für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen in der Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen».

<sup>72</sup> El art. 22 del Reglamento no tolera una elección de ley parcial, de manera que la misma será inválida si no cabe interpretar la voluntad del causante como elección global. Una elección de ley limitada es posible no obstante para la admisibilidad y validez material de la disposición *mortis causa* (art. 24.2), y de los efectos vinculantes, en el caso del pacto sucesorio (art. 25.2).

<sup>73</sup> WAUTELET, P., *loc. cit.*, nota 36, párr. 20.

<sup>74</sup> Como explica BONOMI, A., *Successions internationales. Conflits de lois et de juridictions*, *Rec. des Cours*, vol. 350, 2011, p. 204. Y sigue: «*Grâce à elle, la procédure de délivrance d'un certificat d'héritier, nécessaire pour l'inscription des héritiers au registre foncier allemand (Grundbuch), peut se dérouler plus simplement et rapidement, car elle se base alors sur le droit interne*». También KOHLER, C., *loc. cit.*, nota 12, párr. 129.

(*in casu*, de la residencia habitual). Si esta filosofía se lleva al art. 83, lo razonable es respetar toda la previsión del causante que realizó la elección, y organizó el destino de sus bienes a la luz del ordenamiento elegido *en el marco de la extensión permitida por él*<sup>75</sup>.

34. Es interesante además recordar que el Reglamento solo permite la elección de la ley nacional del causante, y que tal limitación se explica, conforme al cdo. 38, en la pretensión de proteger las expectativas de los herederos legitimarios. En los ordenamientos que admiten la *professio iuris* esta ha sido también la razón que en general ha motivado las restricciones a la posibilidad de elegir, articuladas, no (o no solo) en forma de límite en cuanto a qué ordenamientos pueden ser objeto de elección, sino también en cuanto a su alcance material (véase el art. 79 Code DIPr belga). A nuestro juicio, parece lógico que si la filosofía de la restricción es la misma también sus concreciones se respeten en el paso del antiguo régimen al del Reglamento. Algo similar puede predicarse en relación con los sistemas en que la elección se limita a los bienes inmuebles por motivos ajenos a la anticipación sucesoria, y ligados a la relación entre la sucesión y los derechos reales: el ejemplo típico, como vimos, era el art. 25 EGBGB. Al fin y al cabo el Reglamento tolera que ciertos bienes o empresas conserven su régimen particular; parece razonable sostener que tras el Reglamento la elección de una ley en las condiciones descritas (ley alemana, *lex rei sitae*, para los bienes inmuebles en tal país) mantenga su efecto limitado a esos bienes, porque la idea de prever para ellos un tratamiento especial no es ajena al sistema vigente —aun cuando el argumento de fondo que lo justifica no sea del todo coincidente—<sup>76</sup>.

35. Finalmente, no se cuestiona que una elección más generosa que la del Reglamento mantenga todos sus efectos tras la entrada en vigor de este, al amparo del art. 83<sup>77</sup>. En nuestra opinión, si esto es así, lo mismo debe valer para el caso opuesto. Sin duda las consecuencias para la práctica pueden resultar complejas: sostener que la elección válida conforme a un sistema distinto del Reglamento —aunque tolerado por este— posee el alcance que prevea dicho sistema significa que si es limitado (a ciertos bienes, a ciertos aspectos de la sucesión) habrá que recurrir a una ley complementaria que, como vimos en el apartado precedente, no será ya la prevista en el aquel sistema, sino la de la residencia habitual del causante (excepcionalmente una con vinculación manifiestamente más estrecha, art. 21 del Reglamento).

<sup>75</sup> Lo habitual no será la elección de ley para una sucesión intestada, sino testada. Pero incluso en el primero de los casos hay que insistir en que si bien la *professio iuris* en materia sucesoria tiene una dimensión localizadora, lo más relevante es que a través de ella el causante organiza el reparto de su patrimonio para después de su muerte. En este sentido no es una solución flexibilizadora de la norma de conflicto, sino material.

<sup>76</sup> BAUER, F., *loc. cit.*, nota 58, párr. 20, sigue este razonamiento para concluir que una elección limitada a ciertos bienes de la sucesión (el ejemplo alemán) solo debe regir esa parte de la sucesión. Su opinión es la opuesta en cambio para el caso de la elección restringida a aspectos de la sucesión (caso belga), y se justifica a la luz de los supuestos de *dépeçage* que el Reglamento mismo admite (arts. 24.2, 25.2).

<sup>77</sup> WAUTELET, P., *loc. cit.*, nota 36, párr. 21.



36. En todo caso, lo correcto es reconocer que a día de hoy la cuestión no está resuelta; su dificultad se refleja en la marcada división de opiniones de la doctrina. Autores como Kurt Lechner, Christoph Schoppe, o Pietro Franzina<sup>78</sup> defienden mantener los efectos que la *professio iuris* tenía en el sistema de DIPr nacional, y ello aunque la consecuencia sea la ruptura de la sucesión en términos de ley aplicable: si ello atenta contra una de las ideas fuerza del Reglamento, cual es el principio de unidad de la sucesión, es cierto también que el propio Reglamento admite inflexiones a tal principio. Estos autores no siempre explican su postura. Cuando lo hacen el razonamiento suele ser el de salvaguardar las expectativas del causante frente a la aplicación sobrevenida de un régimen distinto al vigente al realizar la elección; no hay razones para asociar a la misma más efectos que los previstos por el ordenamiento nacional<sup>79</sup>.

37. Otros autores optan más o menos claramente<sup>80</sup> por la solución opuesta: «*Die Folgen einer nach Abs. 2 wirksamen Rechtswahl, insbesondere ihr Umfang, richten sich am oder nach dem Stichtag nach Art. 22 der Verordnung und [...] nicht nach dem nationalen Kollisionsrecht*»<sup>81</sup>. Refiriéndose a la elección tácita, pero en unos términos que son igualmente válidos para la expresa, se ha dicho que: «El principio de unidad que inspira el reglamento se proyecta [...] hacia el pasado: la ley tácitamente elegida se aplica a la totalidad de la sucesión, y no únicamente a las disposiciones de las que se dedujere, independiente de cuál fuere la posición del DIPr del foro en el momento de la elección»<sup>82</sup>. A favor de adoptar los efectos del propio Reglamento se argumentan ante todo el principio de unidad de la sucesión, pero también la falta de criterio para decidir entre las opciones que ofrece el art. 83 cuando la elección de ley sea válida conforme a más de una de ellas<sup>83</sup>. A esto han respondido otros autores al amparo de una regla general en materia de elección de ley: si varias de las alternativas permitieran considerar la disposición como válida habría que aplicar aquella «*qui le fait dans la plus grande mesure*»; ello, «*under a teleological interpretation of art. 83.2*»<sup>84</sup>.

38. A la vista de las dudas expuestas es de lamentar una redacción más clara del texto. Los trabajos preparatorios no aportan claves. El Convenio de

<sup>78</sup> LECHNER, K., *loc. cit.*, nota 20, párr. 37; SCHOPPE, C., *loc. cit.*, nota 46, p. 31; FRANZINA, P., *loc. cit.*, nota 55, párr. 9: «*For the purposes of article 83.2, validity should be understood in broad terms as encompassing admissibility, formal validity, effectiveness and enforceability*».

<sup>79</sup> FRANZINA, P., *loc. cit.*, nota 52, párr. 10.

<sup>80</sup> Dubitativo WAUTELET, P., *loc. cit.*, nota 36, párr. 20.

<sup>81</sup> DUTTA, A., *loc. cit.*, nota 63, párr. 7; con los matices indicados en nota 76, BAUER, F., *loc. últ. cit.*

<sup>82</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «El ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones», en GINEBRA MOLÍNS, M. E. y TARABAL BOSCH, J., pp. 55-77, párr. 8 (cursiva añadida). CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 14, p. 125; y entre la doctrina extranjera, además de la citada en las notas precedentes PAMBOUKIS, H., «Art. 83», en PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation*, núm. 650/2012, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2017, párr. 10.

<sup>83</sup> DUTTA, A., *loc. cit.*, nota 63, párr. 7 *in fine*.

<sup>84</sup> ROSOUX, H., *loc. cit.*, nota 60, párr. 17, FRANZINA, P., *loc. cit.*, nota 52, para 11. Se aprecia cierta contradicción en el último autor: bajo el para. 10 ha excluido los mayores efectos que pudiera otorgar el Reglamento «*in the light of the goal pursued by art. 83.2*», y lo ha identificado con la protección de las expectativas del causante. Pues bien, estas no tienen por qué ser las de la elección más liberal en cuanto a su extensión.

La Haya de 1989 no parece haber funcionado aquí como modelo<sup>85</sup>. Tampoco cabe extraer una conclusión segura con apoyo en el argumento sistemático: el art. 83.3 solo contempla la admisibilidad y validez de la disposición *mortis causa*, excluyendo los efectos de la misma<sup>86</sup>, pero el paralelismo entre este párrafo y el segundo es limitado. Los términos del problema no son los mismos: el ejercicio de la autonomía de la voluntad material carece del potencial normativo de una elección de ley; si el causante procede, no solo a elegir la ley aplicable, sino también a organizar su sucesión conforme al ordenamiento elegido, tal potencial empieza a manifestarse a partir del momento en que se produce la elección, sin esperar al momento de la muerte. Tampoco ayuda el art. 83.4, donde se establece una ficción de elección de ley, y (según la opinión general)<sup>87</sup> se atribuye la regulación del conjunto de la sucesión a la ley «elegida». Hemos señalado ya que el texto tiene una justificación propia, que hace difícil extrapolar del mismo cualquier conclusión a los efectos aquí discutidos. Por otra parte, la ficción se produce en relación con la ley que *podría haberse elegido conforme al Reglamento tras el 17 de agosto de 2015*: elección que, de haber sucedido, habría tenido en todo caso alcance global, por virtud del art. 22.

b) *Sobre el art. 83.3*

39. Hemos aludido más atrás a los posibles problemas de interpretación que presenta el art. 83.3 en tanto que incorpora nociones que aparecen en otros lugares del Reglamento. Igualmente hemos señalado que la referencia a la «admisibilidad y validez formal y material» trae a la disposición el esquema de reparto o fraccionamiento entre los ordenamientos concurrentes (ley sucesoria, ley sucesoria anticipada) establecido por el propio Reglamento<sup>88</sup>. La alternatividad de los sistemas —el Capítulo III del Reglamento y los otros sistemas de DIPr— se proyecta solo sobre que se indica en el texto, es decir, la validez formal y material de la disposición, y no sobre los efectos de la misma. Esto es coherente con la idea que inspira el art. 24 del Reglamento: «*La costatazione che i testamenti producono effetti solo a partire dalla morte del loro autore ha opportunamente condotto a espungere dall'art. 24 reg. ogni riferimento alla disciplina degli effetti di tali negozi*»<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Indicaba el art. 5.4 que: «A los efectos del presente artículo se considerará que, a falta de disposición expresa en contrario del difunto, la designación de la ley aplicable afecta a la totalidad de la sucesión, tanto si el difunto hubiera fallecido intestado como si hubiera dispuesto por testamento de la totalidad o de una parte de sus bienes». A la luz del informe, DONOVAN, W. y WATERS, M., *loc. cit.*, nota 37, p. 558, el precepto sirve a reforzar la regla en casos de elección en los que realizada la misma la sucesión es intestada, o en parte testada y en parte intestada.

<sup>86</sup> Remitimos al apartado siguiente para un análisis con mayor profundidad sobre este aspecto.

<sup>87</sup> Si bien es cierto que el art. 83.4 no indica que ese sea el alcance de la ley nacional, esa es la comprensión más extendida: véase *infra*, bajo c).

<sup>88</sup> Se reproduce así el ámbito del art. 24; la validez formal se encuentra en realidad regulada en el art. 26, también en el Capítulo III. El art. 25, relativo a los pactos sucesorios, también menciona los efectos vinculantes entre las partes, cosa que no hace el art. 83.3, generando dudas doctrinales que no reproducimos, en línea con la opción anunciada de dejar al margen estos actos.

<sup>89</sup> DAMASCELLI, D., *Diritto internazionale private delle successioni a causa di morte*, Giuffrè, 2013, pp. 98-99.

40. Queda por abordar algún extremo. En primer lugar, la diferencia entre los arts. 83.2 y 83.3 en cuanto al número de alternativas que ofrecen: la ley de la autoridad ante la que se sustancie la sucesión solo aparece en el apdo. 3. No parece existir ninguna razón para ello: no responde al hecho de que la elección de ley tenga una lógica propia (la que hemos evocado en el apartado previo) en comparación con una disposición *mortis causa*. Tampoco cabe argumentar que asegurar la coincidencia *fórum-ius*, que es el resultado en definitiva de la opción «Estado miembro de la autoridad que sustancie la sucesión», sea un objetivo de mayor importancia cuando hay una disposición *mortis causa* que frente a una elección de ley. La doctrina ha criticado la diferencia, que califica de inexplicable<sup>90</sup>.

41. Finalmente, a propósito de la relación entre los apdos. 2 y 3 del art. 83, parece justificado entender que si la disposición por causa de muerte contiene al tiempo una elección de ley y disposiciones sustantivas se aplicarán respectivamente los apdos. 2 y 3 del art. 83 del Reglamento<sup>91</sup>. Si la elección de ley es válida concurrirá con el resto de las previstas en el art. 83.3 a fin de determinar la validez de la o las disposición *mortis causa*.

### c) Sobre el art. 83.4

42. La sencillez del último apartado del art. 83 es solo aparente; el precepto suscita críticas e interrogantes: sobre el alcance de la ley nacional; y sobre el funcionamiento del texto. Tampoco su relación con los apartados previos se entiende siempre igual, como prueban las diferentes sistemáticas seguidas por los autores al abordar el precepto: después del art. 83.2, resaltando su parentesco con la elección de ley; o tras el art. 83.3, reflejando la identidad del supuesto de hecho de ambos párrafos<sup>92</sup>.

43. Dado que todavía hay autores que formulan la cuestión<sup>93</sup>, o incluso defienden lo contrario<sup>94</sup>, merece una breve mención el hecho de que conforme a la opinión mayoritaria el art. 83.4 sienta una ficción, y no una presunción *iuris tantum*<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> FRANZINA, P., *loc. cit.*, nota 52, párr. 11.

<sup>91</sup> ROSOUX, H., *loc. cit.*, nota 60, párr. 12; WAUTELET, P., *loc. cit.*, nota 36, párr. 9. *Supra* nota 68, en cambio, la opinión de A. DUTTA.

<sup>92</sup> Para lo primero DUTTA, A., *loc. cit.*, nota 63, párr. 8, o FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 64, p. 773; para lo segundo, que es más común, véase, por ejemplo, WAUTELET, P., *loc. cit.*, nota 36, párr. 20, párrs. 28 y ss.

<sup>93</sup> GODECHOT, S., «Le nouveau droit international privé des successions: entre satisfactions et craintes...», *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2462, párr. 37.

<sup>94</sup> A favor, BIAGIONI, G., *loc. cit.*, nota 46, p. 58; GORÉ, M., *loc. cit.*, nota 14, párr. 10. En España parece ser la interpretación, además de RIPOLL SOLER, A., *loc. últ. cit.*, nota 17, de FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 64, p. 773.

<sup>95</sup> Claramente LECHNER, K., *loc. cit.*, nota 20, párrs. 10 y ss.; ROSOUX, H., *loc. cit.*, nota 60, párr. 18, como WAUTELET, P., *loc. cit.*, nota 36, párr. 32. DUTTA, A., *loc. cit.*, nota 63, párr. 8 *in fine*, pese a entender lo mismo, lo lamenta. Es errónea a nuestro juicio la descripción de RIPOLL SOLER, A., *loc. cit.*, nota 17, bajo 4.2, que lo califica de «ejemplo legislado de elección de ley realizada tácitamente».

44. A propósito del ámbito de la ley nacional, es común la opinión de que es aplicable a toda la sucesión, sin que ello elimine las críticas al respecto<sup>96</sup>. Sin duda es llamativo derivar la aplicación a la totalidad de la sucesión de la ley nacional del causante por el solo hecho de que una disposición singular se haya redactado conforme a ella<sup>97</sup>. Es obligado preguntarse además sobre qué hacer cuando existan varias disposiciones por causa de muerte, si la consecuencia de proyectar la ley nacional sobre el conjunto es negar la validez de alguna de ellas. Una solución posible es que el art. 83.4 no se aplica, sin más, en este caso.

45. Sobre cómo interpretar la exigencia de que la disposición en juego «se realizara con arreglo a la ley», a la vista de los principios que lo inspiran la doctrina sugiere una interpretación generosa, admitiendo que son suficientes indicios menores<sup>98</sup>. La pregunta es si cabría ir más lejos y sostener que la simple validez de la disposición *mortis causa* a la luz de la ley nacional otorga ya la preferencia a esta, o si es preciso en todo caso que el causante se acomodara a dicha ley con la conciencia de hacerlo. En nuestra opinión prevalece lo primero —siempre que ello no vaya contra una elección clara de ley, que en el marco del art. 83 puede no ser a favor de la ley nacional—. Tal solución debe imponerse al menos cuando el supuesto bajo examen coincida con el que justifica esta disposición, cuyo punto de partida son sistemas nacionales de DIPr en los que solo se permitía disponer *mortis causa* conforme a la ley nacional, y no la elección de ley no era posible; a la luz de este dato es legítimo abstenerse de indagar cuál era la voluntad del causante en el caso concreto<sup>99</sup>.

46. Por lo que respecta a la relación con el art. 83.3, la pregunta es si el art. 83.4 sienta la primacía de la ley nacional sobre las otras posibilidades contempladas por aquel precepto: de ser así, existiendo una disposición *mortis causa* el análisis de su admisibilidad y validez debería siempre comenzar por dicha ley, y pasar solo a las otras ante un resultado negativo de tal análisis. A nuestro juicio cabe defender que sí: la vocación de la ley nacional de regir toda la sucesión parece conferirle una posición preferente sobre las demás, que se traduce en el orden en que el operador jurídico consultará las distintas leyes.

47. A la luz de los supuestos de hecho de los apdos. 2 y 4 del art. 83 cabría concluir en principio que los mismos no «se tocan»: si el punto de partida en el art. 83.2 es una elección de ley, en el apdo. 4, justamente, no la

---

<sup>96</sup> DUTTA, A., *loc. últ. cit.*

<sup>97</sup> BIAGIONI, G., *loc. cit.*, nota 46, p. 58. En la misma línea, GORÉ, M., *loc. últ. cit.*, ejemplificando con el caso del americano que reside en Francia y que redacta una disposición por causa de muerte por la que constituye un *trust* relativo solo a ciertos bienes.

<sup>98</sup> LECHNER, K., *loc. cit.*, nota 20, párrs. 12, 14.

<sup>99</sup> DUTTA, A., *loc. cit.*, nota 63, párr. 8, sostiene otra cosa. Es de la misma opinión que la expresada en el texto WAUTELET, P., *loc. cit.*, nota 36, párr. 32. Probablemente también FRANZINA, P., *loc. cit.*, nota 52, párr. 21: «*The presumption in question is not meant to unveil the actual intentions of the de cuius as regards the law applicable to his or her succession. Rather, it is intended to restore the conditions for the substantive planning of the latter to be enforced.*».

hay. Ello no significa, sin embargo, que no haya situaciones en que ambos apartados puedan concurrir: así, si hay una elección de ley (no coincidente con la ley nacional), pero también una disposición *mortis causa* que sería válida conforme a la ley nacional. El favor del Reglamento a la planificación sucesoria y la elección de ley conducen a pensar que en tal caso el art. 83.4 no entrará en juego. Como mucho, si en tal caso la disposición *mortis causa* fuera inválida conforme a la ley elegida pero válida según la ley nacional, cabría aún conservarla: pero no sustituir con la ley nacional el ordenamiento elegido para el resto.

## 4. LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN

### 4.1. Los supuestos

48. Las resoluciones de la DGRN objeto de comentario<sup>100</sup> tienen un punto de partida casi idéntico: el causante, nacional extranjero con última residencia en España, otorgó testamento aquí antes del 17 de agosto de 2015, pero falleció después; teniendo hijos, nombró heredera universal a otra persona. Se incluye en los testamentos objeto de examen en 2016 y 2017 una cláusula que deja a salvo los posibles derechos que la ley de la nacionalidad al tiempo del fallecimiento (en la Resolución de 2017: «La ley que regule la sucesión») otorgue a los legitimarios. Ignoramos si constaba también en la Resolución de 2018.

49. Son elementos diferenciales: la nacionalidad del causante (británico en las de 15 de junio, 4 de julio de 2016 y 2 de marzo de 2018, y alemán en la de 10 de abril de 2017); la fecha de otorgamiento del testamento (con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento en las dos primeras; en el periodo interino entre la entrada en vigor y la fecha de aplicación en la tercera)<sup>101</sup>. Hay bienes fuera de España sin duda en el caso que origina la Resolución de 10 de abril de 2017; no los hay en la de 4 de julio de 2016, y existen dudas al respecto en la que queda.

50. Las Resoluciones de 2016 y 2017 resuelven recursos elevados contra la nota de calificación del encargado del registro de la propiedad, que suspende la práctica de la inscripción solicitada por motivos ligados a su convicción acerca de la ley aplicable al amparo del Reglamento<sup>102</sup>: la española, en las Resoluciones de 2016, como ley de la última residencia habitual del causante

<sup>100</sup> *Supra* nota 1.

<sup>101</sup> El testamento no solo se redactó tras la fecha de publicación, como indica la registradora, sino bajo la vigencia actual del mismo.

<sup>102</sup> En la RDGRN de 15 de junio de 2016, así como en la de 4 de julio, la registradora sostenía la necesidad de que todos los herederos forzosos intervinieran en la partición de la herencia, porque así lo exige el Código Civil español. En la de 10 de abril, el problema esencial es la falta de prueba del Derecho extranjero. En la de 2018 el registrador exigía la presentación de resolución judicial inglesa expedida por el *Probate Service*.

—la DGRN concluirá que se aplica la extranjera, elegida por él—; y la alemana, en la de 2017, justamente como resultado de atender al precedente sentado por la DGRN a través de las otras dos —la DGRN concluirá que se aplica la española de la residencia habitual—, rechazando que haya habido elección. En la Resolución de 2018 registrador y notario coincidían en cambio en cuanto a la ley aplicable —la inglesa, en todo caso—, y discrepaban sobre la norma de conflicto —la DGRN, por su parte, retomó los razonamientos empleados en la de 4 de julio de 2016—.

## 4.2. Sobre la ley aplicable

### 4.2.1. *La ley aplicable en las Resoluciones de 2016 y 2018*

51. La Resolución de julio de 2016 sigue a la de junio a la hora de identificar la ley aplicable. En esta, la DGRN comienza evocando el art. 83 y procede en primer lugar a buscar una posible elección (FD 4), que de existir primaría sobre la ley de la residencia habitual (FD 5). No hay nada que objetar al planteamiento hasta este punto: como indicamos más atrás, el art. 83, apdos. 2 y 3, lleva al extremo el favor por la planificación sucesoria que es eje del Reglamento, hasta el punto de obligar a investigar si hubo elección de ley incluso donde el punto de partida (esto es, el DIPr en el lugar y momento del otorgamiento) era el opuesto —como sería el caso español: incluso se ha sostenido que los notarios españoles «carecían de competencia para autorizar la elección notarial de la ley aplicable»<sup>103</sup>.

52. Menos convincentes son los pronunciamientos que siguen, en el FD 6. Comenzando por el final: la referencia al apdo. 4 del art. 83 choca con el resto de los desarrollos del texto. La DGRN parece convencida de que el causante efectuó una elección<sup>104</sup>; pero de ser ese el caso, por lo que vimos el supuesto no sería uno del art. 83.4, ya que en este el punto de partida es, justamente, que no ha habido elección.

53. Resultan también dudosas las afirmaciones sobre la *professio iuris* misma: carece de una apoyatura suficiente, y no se indaga en su extensión. A propósito de lo primero, la DGRN se limita a recordar lo que dice el Reglamento en su art. 22 y en sus cdos. 39 y 40 sobre la elección no expresa, y se da por satisfecha —en el sentido de que ha habido elección— por el mero hecho de que disponer *mortis causa* a favor de la esposa corresponde «al tipo de frecuencia de los testamentos británicos»<sup>105</sup> (FD 6). El razonamiento es pobre. Se suma que la doctrina ha concluido lo contrario ante supuestos

<sup>103</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *loc. cit.*, nota 5, párr. 70.

<sup>104</sup> Véase el mismo FD 6, y el 8.

<sup>105</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., en su «Nota» a la STS de 12 de enero de 2015, *REDI*, 2015 (2), pp. 235-238, califica también la situación de 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, como un «supuesto de hecho [que] no puede ser más típico».

idénticos: en algún caso sin mayores argumentos<sup>106</sup>; en otro a la luz de un elemento que ahora también se da, como es la cláusula de salvaguarda de las legítimas. Se indica en este sentido que: «Probablemente se trate de una mera cláusula de estilo introducida por el notario con el objetivo de evitar la preterición [...] bajo la eventual aplicación de una ley que —contrariamente a la nacional del testador— contemplase tales realidades jurídicas (la legítima y la preterición)», pero que trae consecuencias: «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»; «[no] 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 [...], ya señalé [...] que el contenido del testamento se corresponde con un testamento sometido a un sistema como el del CC. La alusión a la salvaguarda de las legítimas imposibilita concluir que hay elección tácita de la ley inglesa»<sup>107</sup>.

54. La DGRN no investiga la extensión de la *optio iuris*, a pesar de que el testamento se limita a los bienes que se hallen en España<sup>108</sup>. Ello no es irrelevante, porque en el marco del Reglamento, art. 22, la elección de ley solo es válida si es total; en otro caso cabe aún, mas limitada a la admisibilidad y validez material (y formal, a tenor del art. 83.3) de la disposición *mortis causa*.

55. A tenor de su FD 2, en marzo de 2018 la DGRN aprecia elección de ley por el causante en el testamento otorgado ante notario español en 2004 por dos motivos: la redacción del documento a doble columna en lenguas inglesa y española<sup>109</sup>, y la mención a que se otorgaba conforme a la ley personal (como no podía ser de otra manera, por virtud del art. 9.8 CC). De nuevo, una argumentación pobre.

#### 4.2.2. *La Resolución de 10 de abril de 2017*

56. El parecido entre los supuestos en la base de esta resolución y las de 2016 explican que la registradora concluyera la aplicación de la ley alemana, con apoyo expreso en las resoluciones previas: el título testamentario fue vehículo para el establecimiento de la *professio iuris*; el testador alemán eligió su ley nacional. La DGRN, en el FD 4, en cambio, optó por un razonamiento distinto: califica el problema expresamente como cuestión de interpretación del testamento, e indica que la misma ha de hacerse a la luz de la ley hipotéticamente aplicable (la que ostentará este título si el testamento es válido),

<sup>106</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 14, párr. 167 en p. 278.

<sup>107</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. últ. cit.* Podríamos decir que la presencia de la cláusula actúa como contrapeso al argumento de la DGRN —el «tipo de frecuencia»—.

<sup>108</sup> Al dato del testamento parcial alude la DGRN en el FD 9, pero desde una óptica distinta: la de si es posible la división de los títulos testamentarios una vez en vigor el Reglamento. Contra lo que parece entender la DGRN, ello no atenta de forma automática contra la unidad de la sucesión MARIÑO PARDO, F. M., *loc. cit.*, nota 1. También lo sugiere ÁLVAREZ GONZÁLEZ, A., *loc. últ. cit.*

<sup>109</sup> Véase *supra* nota 16.

que, a su juicio, es la de la residencia habitual (art. 21). Hay aquí, a nuestro juicio, varios datos discutibles: de entrada, los criterios de interpretación a fin de determinar si ha habido elección de ley han de ser en primer término los que aporta el Reglamento, y no los de la ley aplicable<sup>110</sup>. En segundo lugar, la ley hipotéticamente aplicable es la presuntamente elegida, y no la que se aplicaría en defecto de elección<sup>111</sup>. Finalmente, la DGRN concluye que no ha habido elección sin mayor argumentación<sup>112</sup>, y desde luego sin intervención alguna del Derecho español de la residencia habitual que ella misma ha declarado aplicable para interpretar el testamento.

57. Con independencia de que en el fondo es esta resolución la que nos parece correcta, y no las otras, es de lamentar la falta de unidad en la manera de afrontar el problema de la ley aplicable a los testamentos previos al 17 de agosto de 2015; y en general, en la búsqueda de una elección no explícita. A nuestro juicio, cuando el sistema vigente en el momento de otorgar el testamento es igual o semejante al de nuestro Código Civil, y especialmente si ha intervenido un fedatario al que el ordenamiento confía la protección de la legalidad de los actos<sup>113</sup>, la búsqueda de una elección de ley está irremediablemente presidida por la presunción de que *no* existe, porque no podía (legalmente) existir<sup>114</sup>. La interpretación de las Resoluciones de 2016 —y la de 2018—, con su escaso fundamento, resulta demasiado generosa; y lo es sin necesidad, porque podría haber llegado a idéntico resultado con apoyo en el apdo. 4 del art. 83, es decir, a través de una ficción de elección<sup>115</sup>. Un precepto que, por cierto, se echa en falta en la Resolución de 10 de abril de 2017.

58. Tampoco se entiende —y menos aún a la luz de la generosidad aludida— cuál ha sido el elemento determinante del resultado distinto en la Resolución de abril de 2017. La nacionalidad alemana (y no inglesa) del testador, sin más, no puede serlo; tampoco el contenido de la ley nacional, por cuanto justamente faltaba la prueba del Derecho alemán cuya elección se discute<sup>116</sup>. Solo la diferencia en las fechas de otorgamiento de los testamentos en la base de una y otras resoluciones podría ser relevante: al fin y al cabo, en septiembre de 2014, cuando se redacta el testamento del causante de nacionalidad alemana, el notario ya podía jugar con la nueva normativa, aunque faltaba

<sup>110</sup> *Supra*, párrs. 8 y ss.

<sup>111</sup> Nota anterior; también FRANK, S., «Art. 22», en GEIMER, R. y SCHÜTZE, R. A., *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, Munich, C. H. Beck, Band III, 2018, párr. 27.

<sup>112</sup> FD 4: «Solo de resultar una *professio iuris* expresa o indubitada en sus términos —lo que no ocurre—».

<sup>113</sup> Aunque existen por supuesto dudas sobre cuál debe ser el alcance del asesoramiento.

<sup>114</sup> La voluntad del testador como hecho podría existir, pero sería irrelevante a los ojos del ordenamiento del otorgamiento, que la consideraría —más que inexistente— inválida.

<sup>115</sup> Véase *supra*, párr. 24, sobre el recurso al art. 83.4 cuando una elección de ley no es evidente, especialmente porque no habría sido posible al amparo del sistema de DIPr aplicable al tiempo de otorgarse el testamento o disposición *mortis causa*.

<sup>116</sup> En el marco del art. 83 cabe hacer depender la elección de ley de que la disposición que la vehicula sea válida a la luz del ordenamiento presuntamente elegido, porque tal validez sugiere (¿ratifica?) que efectivamente el testador quiso aplicar esa ley. Sin embargo, en ninguna de las resoluciones en juego se analiza la validez del testamento en cuanto al fondo.



casi un año para su aplicabilidad plena. No obstante, no trasciende del texto que este sea el motivo por el cual la DGRN ha afrontado la elección de ley de una forma diferente en este caso<sup>117</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

61. El Reglamento 650/2012, en vigor desde el 17 de agosto de 2012, es aplicable desde el 17 de agosto de 2015 a las sucesiones que se abran en o tras esa fecha, abarcando también el caso en que exista una disposición *mortis causa* otorgada anteriormente. Es por ello por lo que su art. 83 será en estos primeros años de vigencia una regla a la que habrá que recurrir con frecuencia. Las dificultades que plantea la comprensión del texto hacen pensar que será necesaria la interpretación por parte del TJUE.

62. En España existen ya varios supuestos de aplicación por parte de la DGRN de la disposición mencionada. Debido a la remisión que desde la misma se hace a otros preceptos del Reglamento —en particular el relativo a la elección de ley por el causante— estos entran en juego, y tenemos una primera impresión sobre cómo son comprendidos por nuestros operadores jurídicos. En este sentido, más allá de la valoración que las resoluciones de la DGRN que hemos analizado merecen en su solución concreta, es oportuno resaltar cómo la DGRN plasma su actitud de cara al nuevo régimen y su voluntad de promover su correcta aplicación por aquellos a quienes vincula (en primera línea, notarios y registradores). Remitimos en este sentido a la lectura de los FFDD 4, 5 o 7 de la Resolución de 15 de junio de 2016: sobre el rol actual del art. 9.8 CC; sobre el carácter no absoluto de la conexión a la residencia habitual; sobre el antecedente en el Convenio de La Haya de 1989. Las afirmaciones, si bien innecesarias para los casos concretos y no todas ellas correctas (o compartidas), indican a nuestro juicio dos rasgos muy valorables: la atención prestada al sistema<sup>118</sup>, y la intención, pedagógica si se quiere, de hacerlo visible y comunicarlo. En la misma línea va el recordatorio a las obligaciones del notario a raíz de la puesta en marcha del sistema europeo, más complejo que el precedente, y que obliga a identificar en cada caso el carácter internacional de la sucesión; la residencia habitual del causante; y si ha habido *professio iuris*.

---

<sup>117</sup> Excepto que quiera leerse entre líneas en el recordatorio al final del FD 3, sobre la diligencia del notario: porque la *professio iuris* no expresa debe resultar de los términos de la disposición *mortis causa*, el notario debe establecer en abstracto la ley aplicable a la sucesión, y en concreto los elementos relevantes al caso.

<sup>118</sup> Las resoluciones plantean —aunque no necesariamente para abordar, o resolver— algunos otros problemas que sin duda surgirán en la práctica del Reglamento, como es el del reenvío.

**RESUMEN****EL TIEMPO EN EL REGLAMENTO 650/2012. ILUSTRACIONES DE LA PRÁCTICA ESPAÑOLA**

Los primeros casos de aplicación del Reglamento europeo de sucesiones en España han recaído sobre disposiciones testamentarias otorgadas antes del 17 de agosto de 2015 por extranjeros residentes en España. Las dudas entre los operadores jurídicos involucrados a propósito de la ley aplicable, y en particular, sobre la identificación de una elección de ley, se enmarcan en el art. 83 (disposiciones transitorias). El estudio se centra primero en esta norma ciertamente compleja y trata de explicarla, y pasa luego a evaluar las decisiones españolas a la luz de la misma.

**Palabras clave:** Reglamento de Sucesiones, elección de ley, art. 83, disposiciones transitorias, Dirección General de los Registros y del Notariado.

**ABSTRACT****TIME IN THE REGULATION 650/2012. FIRST ILLUSTRATIONS OF SPANISH PRACTICE**

The first cases of application of the European Successions Regulation in Spain dealt with testamentary dispositions granted before August 17, 2015 by foreigners with habitual residence in Spain. The application of art. 83 (transitional provisions) raised doubts among the legal practitioners involved as to the applicable law, in particular regarding the identification of a choice of law. The paper focuses on art. 83 and its complexity; at a second stage it assesses the Spanish decisions in light of the proposed explanations to the rule.

**Keywords:** Successions Regulation, choice of law, art. 83, transitional provisions, Directorate General for Registers and Notaries.

## LA REFORMA DE LA CORPORACIÓN PARA LA ASIGNACIÓN DE NOMBRES Y NÚMEROS DE INTERNET (ICANN): UN ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE LEGITIMIDAD

Margarita ROBLES CARRILLO \*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DISCURSO DE LA LEGITIMIDAD.—2.1. El disenso político-institucional.—2.2. La apariencia de neutralidad.—2.3. El fundamento de la reforma.—3. EL ALCANCE Y CONTENIDO DE LA REFORMA.—3.1. El modelo institucional.—3.1.1. Estructura orgánica.—3.1.2. Naturaleza y funcionamiento.—a) Organigrama general.—b) Estatuto de la Organización de Apoyo.—c) Estatuto del Comité Asesor.—d) La situación del GAC.—3.2. El modelo de responsabilidad.—3.2.1. La dimensión normativa material.—3.2.2. La dimensión orgánica.—3.2.3. La naturaleza del IRP.—4. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. La Corporación para la Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN) es una entidad constituida de conformidad con la *Nonprofit Public Benefit Corporation Law* del estado de California<sup>1</sup>, con la finalidad de gestionar la gobernanza tecnológica del ciberespacio<sup>2</sup>. La misión general de la ICANN consiste en garantizar el funcionamiento estable y seguro del sistema mundial de identificadores únicos de Internet: la administración de los parámetros de protocolo, la administración de los recursos numéricos de Internet y la gestión de la Zona Raíz del Sistema de Nombres de Dominio

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Granada. Miembro del Grupo de Investigación NESG-Network Engineering & Security Group ([mrobles@ugr.es](mailto:mrobles@ugr.es)). Este trabajo se realiza en el marco del proyecto TIN2017-83494-R financiado parcialmente por el Gobierno de España.

Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 26 de abril de 2018.

<sup>1</sup> Según esa normativa, la ICANN se organiza y opera con propósitos científicos, educativos y benéficos, según lo expuesto en la Sección § 501 (c) (3) del Código Tributario de Estados Unidos de 1986 (<https://www.icann.org/resources/pages/articles-2012-02-25-en>).

<sup>2</sup> Un estudio básico sobre esta actividad se encuentra en KURBALIJA, J. y GELBSTEIN, E., *Gobernanza de Internet. Asuntos, actores y brechas*, 7.ª ed., Ginebra, DiploFoundation, 2016.

(DNS)<sup>3</sup>. No es necesario explicar la importancia de esas funciones para el funcionamiento del ciberespacio y para la sociedad. La seguridad, interoperabilidad, confiabilidad y, con ello, el correcto funcionamiento de las redes informáticas dependen de la identificación y localización del conjunto de los diferentes dispositivos integrados en ellas que es posible, fundamentalmente, mediante la gestión de un sistema único de nombres de dominio y de direcciones IP que tiene atribuida la ICANN.

2. La ICANN centraliza el ejercicio de esas funciones básicas para el funcionamiento de Internet, desde 1998, a través de la *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA)<sup>4</sup> y sobre la base de una serie de acuerdos concluidos con el Departamento de Comercio estadounidense<sup>5</sup>. La razón histórica que explica el origen de esta corporación se ha utilizado para justificar su localización geográfica, su fundamentación jurídica como entidad privada, sus modalidades de funcionamiento y, muy especialmente, el control de su actividad por parte de Estados Unidos<sup>6</sup>, en especial, en lo concerniente a la gestión de la Zona Raíz a través de la *National Telecommunications and Information Administration* (NTIA)<sup>7</sup>. Pero, prácticamente desde su origen, esta situación ha sido objeto de crítica por parte de la mayoría de los actores, tanto estatales como no gubernamentales, que han coincidido en la necesidad de modificar este sistema de gestión de la gobernanza tecnológica extrayéndolo de la órbita de influencia de Estados Unidos<sup>8</sup>. Finalmente, en marzo de 2014, se inicia el proceso de transición dirigido a su internacionalización pero condicionado, desde el principio, por una exigencia de mejora de la legitimidad de la ICANN.

3. La importancia de este objetivo se pone de manifiesto en el hecho de que la reforma de la ICANN se organiza a través de dos grupos de trabajo: el Grupo de Coordinación de la Transición de la Custodia de las Funciones de la IANA (*IANA Stewardship Transition Coordination Group*)<sup>9</sup> y el Grupo de

<sup>3</sup> Sobre estas funciones, véase DENARDIS, L., *The Emerging Field of Internet Governance*, Yale Information Society Project Working Paper Series, septiembre de 2010, pp. 3 y ss. Sobre el DNS como recurso crítico de la infraestructura de Internet, véase NICHOLLS, T., «An Empirical Analysis of Internet Top-Level Domain Policy», *Journal of Information Policy*, vol. 3, 2013, pp. 464-484.

<sup>4</sup> Véase KLEIN, H., «ICANN and Internet Governance: Leveraging Technical Coordination to Realize Global Public Policy», *The Information Society*, vol. 18, 2002, pp. 193-207.

<sup>5</sup> Sobre este proceso, véase BYGRAVE, L. A., *Contract versus statute in Internet Governance*, Research Paper Series, núm. 2011-34, University of Oslo, Faculty of Law Legal Studies, pp. 5 y ss.

<sup>6</sup> Sobre las relaciones entre ICANN y la Administración estadounidense, véase WEITZENBOECK, E. M., «Hybrid Net: the regulatory framework of ICANN and the DNS», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 22, 2014, núm. 1, pp. 49-73.

<sup>7</sup> Sobre este sistema, véase RAUSTIALA, K., «Governing the Internet», *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper, 2016, núm. 16-33.

<sup>8</sup> Véanse PURKAYASTHA, P. y BAILEY, R., «U.S. Control of the Internet: Problems facing the Movement to International Governance», *Monthly Review*, vol. 66, 2014, núm. 3, pp. 103-127; DENARDIS, L., «Five Destabilizing Trends in Internet Governance», *I-S: A Journal of Law and Policy*, vol. 12, 2015, pp. 123 y ss.; KRUGER, L. G., *Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress*, CSR Report, noviembre de 2016, p. 3; SAVAGE, J. E. y MCCONNELL, B. W., *Exploring Multi-Stakeholder Internet Governance*, Nueva York, East-West Institute, 2015, p. 3.

<sup>9</sup> <https://www.icann.org/en/system/files/files/iana-stewardship-transition-proposal-10mar16-en.pdf>.

Trabajo Intercomunitario sobre la Mejora de la Responsabilidad de la ICANN (*Cross Community Working Group on Enhancing ICANN Accountability: CC-WG-Accountability*)<sup>10</sup>. La previsión misma de esos dos grupos, en paralelo, evidencia la naturaleza constitutiva del objetivo finalista de incrementar la responsabilidad y legitimidad de la ICANN en la medida en que comparte su carácter prioritario con el cambio básico estructural en el ejercicio de las funciones de la IANA. A pesar de ello, las condiciones, el proceso y, finalmente, el resultado mismo de la reforma, que se hace efectiva el 1 de octubre de 2016, no responden a ese propósito finalista de dotar de mayor legitimidad a la ICANN.

4. La ICANN no es el único ejemplo de gobernanza técnica, ni de gestión privatizada que conoce la sociedad internacional<sup>11</sup>. La diferencia con paradigmas previos o similares se encuentra en su objeto mismo: el ciberespacio que tiene una naturaleza y unos caracteres singulares que lo hacen tan vulnerable como vital<sup>12</sup>, razón por la cual se ha definido como un recurso crítico<sup>13</sup> y un bien público<sup>14</sup> y global<sup>15</sup>. Esta categorización que podría ser un argumento concluyente para su gestión pública, no significa necesariamente excluir cualesquiera otras opciones. Pero impone ciertos condicionantes, básicamente, la necesidad de contar con determinadas garantías de legitimación de su modelo de organización y funcionamiento tanto si su gestión es pública como, sobre todo, si es privatizada<sup>16</sup>. Hay dos circunstancias adicionales que apuntan a esa misma necesidad: la naturaleza cuasi-pública de sus funciones y las ramificaciones globales de sus decisiones<sup>17</sup>.

5. El objetivo de este trabajo es analizar la reforma de la ICANN desde la perspectiva concreta de la legitimidad, no solo por ser una de sus declaradas prioridades sino, también y especialmente, porque era la condición que se había formulado, en distintos foros y por parte de distintos Estados y organizaciones, para aceptar la privatización de la gobernanza tecnológica de Internet a través de esta corporación. Por ello, la siguiente sección se dedica al discur-

<sup>10</sup> <https://www.icann.org/en/system/files/files/ccwg-accountability-supp-proposal-work-stream-1-recs-23feb16-en.pdf>.

<sup>11</sup> Sobre las modalidades de gobernanza técnica en perspectiva histórica, véase DRAKE, W. J. y WILSON III, E. J., *Governing Global Electronic Networks*, Cambridge, The MIT Press, 2008, pp. 3 y ss.

<sup>12</sup> OPDERBECK, D. W., «Cybersecurity and Executive Power», *Washington University Law Review*, vol. 89, 2012, núm. 4, p. 797; TEPLINSKY, M. J., «Fiddling on th Roof: Recent Developments in Cybersecurity», *American University Business Law Review*, vol. 2, 2013, núm. 2, p. 227.

<sup>13</sup> [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl\(03.06.2015\)2&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl(03.06.2015)2&direct=true).

<sup>14</sup> ASLLANI, A., WHITE, Ch. S. y ETTKIN, L., «Viewing Cybersecurity As a Public Good: The Role Of Governments, Businesses, And Individuals», *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, vol. 16, 2013, núm. 1, p. 9.

<sup>15</sup> MULLIGAN, D. K. y SCHNEIDER, F. B., «Doctrine for cybersecurity», *Daedalus*, vol. 140, 2011, núm. 4, p. 75.

<sup>16</sup> «Un liderazgo del sector privado y una política pública eficaz no son conceptos mutuamente excluyentes», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «La gobernanza de Internet: los próximos pasos» [COM (2009) 277, final, de 18 de junio de 2009, p. 4].

<sup>17</sup> RACHOVITSA, A., «International Law and the Global Public Interest: ICANN's Independent Objector as a Mechanism of Responsive Global Governance», *Non-State Actors and Changing Relations in International Law*, Groningen, Martinus Nijhoff/Brill, p. 201.

so de la legitimidad con la intención de analizar ese principio en el contexto y con los condicionantes político-institucionales de la reforma, así como en su interpretación doctrinal. Sobre esa base, que ha de servir de marco analítico de referencia, la Sección 3.<sup>a</sup> se ocupa del modelo institucional y del modelo de responsabilidad de la ICANN por tratarse de las dos dimensiones de la reforma realizadas con la finalidad de dotar de mayor legitimidad a la ICANN. El análisis de esas disposiciones permite llegar a unas conclusiones sobre el alcance y los resultados de la reforma en términos de legitimidad.

## 2. EL DISCURSO DE LA LEGITIMIDAD

6. El discurso sobre la legitimidad de la ICANN concierne, en realidad, a la legitimidad del modelo de gobernanza tecnológica del ciberespacio que, a su vez, engarza con el dilema que plantean tanto su diseño mismo, como su relación con la gobernanza política<sup>18</sup>. Aunque no es el único componente de aquel modelo<sup>19</sup>, el protagonismo de la ICANN se justifica porque asume la gestión de funciones básicas para el funcionamiento de Internet, porque opera bajo el control de Estados Unidos y porque, con su reforma, parece cerrarse —al menos, por un tiempo— el debate abierto sobre esas modalidades de gobernanza; un debate, intenso y controvertido, en el que la opción por la ICANN desplaza la posibilidad de atribuir esa misión a otro tipo de institución, ya existente o creada a esos efectos, siguiendo los parámetros tradicionales de organización pública internacional.

7. Desde esa perspectiva, como primera providencia, es preciso distinguir, aunque están completamente interconectados, dos problemas diferentes: la cuestión de la legitimidad de la primacía de Estados Unidos respecto de la ICANN y la propia legitimidad de esta corporación como componente principal dentro del modelo de gobernanza tecnológica de Internet. No hay una fundamentación jurídico-internacional para la primera, mientras que la solución a la crisis de la segunda habría sido posible garantizando una efectiva internacionalización, un estatuto igualitario para los Estados, junto con una adecuada representación de los mismos en su condición de autoridades públicas en la estructura institucional de la ICANN, y un modelo de responsabilidad independiente y externo a la corporación.

---

<sup>18</sup> Sobre las consecuencias del modelo de gobernanza creado con la ICANN en el marco de las relaciones internacionales y desde la perspectiva del Derecho internacional, véase ROBLES CARRILLO, M., «Gobernanza política versus gobernanza tecnológica del ciberespacio», *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2017, núm. 56, pp. 1-20. Al tratar ambos paradigmas, la autora explica que «esta dialéctica político-tecnológica plantea serios interrogantes que van desde la viabilidad misma de la convivencia entre ambas modalidades de gobernanza —siendo, como son, diferentes por su naturaleza, objetivos y evolución—, hasta la capacidad del paradigma tecnológico de influir en la solución del dilema de la gobernanza política. La pretendida neutralidad de cada una de esas dimensiones del ciberespacio respecto de la otra no parece defendible» (*ibid.*, p. 20).

<sup>19</sup> Sobre el resto de los agentes de esta gobernanza, véase KURBALIJA, J. y GELBSTEIN, E., *op. cit.*, nota 2, pp. 5 y ss.

8. El discurso sobre la legitimidad se ha desarrollado en torno a tres coordenadas básicas. La primera es el disenso político-institucional de fondo sobre la gobernanza tecnológica de Internet, que ha favorecido una solución unilateral *de facto* en la medida en que se ha traducido en una reforma dirigida y controlada por Estados Unidos desde su inicio hasta su final (2.1). La segunda viene dada por una percepción errónea, solo parcialmente superada, sobre la neutralidad de la gobernanza tecnológica, que ha facilitado el desarrollo del proceso sin la atención, la discusión y la controversia que, sin embargo, se han manifestado con toda su entidad respecto de la organización de la gobernanza política (2.2). La tercera se localiza en el fundamento mismo de la reforma apoyada en el recurso al modelo *multistakeholder* y en la decisión de Estados Unidos sobre su desarrollo y sus resultados (2.3).

## 2.1. El disenso político-institucional

9. El debate sobre el déficit de legitimidad de la ICANN no es nuevo<sup>20</sup>. Es una preocupación compartida por Estados y organizaciones internacionales que consideran esencial la articulación de un modelo coherente y transparente de gestión en el que, en particular, se encuentre garantizada una presencia de los Estados en su condición de autoridad pública, así como de las organizaciones internacionales competentes, en su caso. La necesidad de legitimación de la ICANN es mayor, precisamente, por el disenso político-institucional de fondo existente sobre las modalidades de gobernanza de Internet.

10. A pesar de ello, al final, ese disenso ha sido el caldo de cultivo que ha propiciado la solución del problema de la gobernanza tecnológica mediante una reforma de la ICANN que, solo aparentemente presidida por el doble objetivo de su internacionalización y privatización, se ha materializado en la constitución de un modelo *multistakeholder* de gestión privatizada en el que el déficit real de internacionalización se aprecia tanto en el desarrollo mismo del proceso de transición, dirigido y controlado por Estados Unidos<sup>21</sup>, como en la escasa presencia de los Estados en el diseño institucional final de la ICANN.

11. En el plano político-institucional, son tres los motivos principales que explican esa solución unilateral. En primer lugar, la falta de acuerdo entre los Estados sobre el modelo de gestión técnica de Internet como con-

<sup>20</sup> Esa crítica ha sido una constante desde los inicios de la ICANN. Véanse LIU, J. P., «Legitimacy and Authority in Internet Coordination: A Domain Name Case Study», *Indiana Law Journal*, vol. 74, 1999, p. 587; PALFREY, J., «How ICANN's Foray Into Global Internet Democracy Failed», *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 17, 2004, núm. 2, p. 409; BENDRATH, R., HOFMANN, J., LEIB, V., MAYER, P. y ZÜRN, M., «Governing the Internet: The Quest for Legitimate and Effective Rules», en BENDRATH, R., HOFMANN, J., LEIB, V., MAYER, P. y ZÜRN, M., *Transformations of the State*, Nueva York, Palgrave McMillan, 2007, p. 134.

<sup>21</sup> Sobre el debate interno protagonizado por el Congreso estadounidense y la NTIA, véase RUOTOLO, G. M., «Fragments of fragments. The domain name system regulation: global law or informalization of the international legal order?», *Computer Law & Security Review*, vol. 33, 2017, pp. 165-166.

secuencia de la presencia de tres opciones principales diferentes: el recurso a la UIT<sup>22</sup>, la creación de una nueva organización intergubernamental o el mantenimiento de la ICANN aunque, eso sí, en cualquiera de los supuestos, con la doble condición de garantizar roles y responsabilidades iguales a los Estados en la gobernanza de Internet y de contar con mecanismos de transparencia y responsabilidad en cuanto a esa gestión<sup>23</sup>. En segundo término, la aceptación creciente del papel de la comunidad *multistakeholder* en el marco de esta gobernanza<sup>24</sup> que se alimenta, además, de una doble circunstancia: por una parte, la propia implicación de sus representantes en los debates realizados tanto a nivel intergubernamental como fuera del mismo; y, por otra, la voluntad de un grupo apreciable de Estados manifestada en distintos foros internacionales de reconocerle, con carácter general, alguna forma de participación en la gestión del ciberespacio, incluida, la gobernanza política<sup>25</sup>. Para terminar, el tercer elemento en esta ecuación es el consenso generalizado sobre la necesidad de cambiar el modelo existente extrayendo esa gestión del control de Estados Unidos que, paradójicamente, ha servido para precipitar el proceso en la dirección defendida por ese Estado.

12. La combinación de esos tres factores ha posibilitado la materialización final de la solución unilateral<sup>26</sup>. Esta afirmación se justifica en términos generales y en tres aspectos concretos. Con carácter general, el proceso y los criterios de forma y de fondo exigidos para la reforma de la ICANN son establecidos por la *National Telecommunications and Information Administration* (NTIA)<sup>27</sup>.

13. En cuanto a los aspectos concretos, que justifican aquella afirmación, es preciso destacar tres. En primer lugar, hay que subrayar la exigencia expresa de la NTIA de seguir un procedimiento basado en un debate amplio, inclusivo y global entre todas las partes interesadas para la formulación de un propuesta colectiva con un sólido respaldo. Esta condición impuesta por Estados Unidos supone una ampliación indeterminada del número de interlocutores y un requisito en cuanto al desarrollo y a la terminación misma del proceso que, como condicionantes, están capacitados para difuminar la

<sup>22</sup> Sobre los argumentos en contra de la UIT, véase HILL, R., «The Internet, its governance, and the multi-stakeholder model», *Info*, vol. 16, 2014, pp. 35 y ss.

<sup>23</sup> Sobre ese proceso, véanse ROBLES CARRILLO, M., «El proceso de reforma de la ICANN: objetivos, régimen jurídico y estructura orgánica», *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, vol. 2, 2017, núm. 7, pp. 25-65; EPSTEIN, D., «The making of institutions of information governance: the case of the Internet Governance Forum», *Journal of Information Technology*, vol. 28, 2013, p. 139; SUTHERLAND, E., «Corruption and Internet Governance», *Info*, vol. 16, 2014, p. 3.

<sup>24</sup> La OCDE (<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecd-principles-for-internet-policy-making.pdf>), la UE (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=JOIN:2013:0001:FIN:ES:PDF>) y el G-8 (<http://www.mofa.go.jp/files/000160279.pdf>) se manifiestan a favor de ese modelo.

<sup>25</sup> <http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf>.

<sup>26</sup> Como instrumento de la dominación americana es descrito en ARSENE, S., «Global Internet Governance in Chinese Academic Literature», *China Perspectives*, 2016, núm. 2, p. 30.

<sup>27</sup> Sobre la filosofía que explica la preferencia estadounidense por este modelo, véase LEWIS, J. A., «Sovereignty and the Role of Government in Cyberspace», *The Brown Journal of World Affairs*, vol. XVI, 2010, núm. 2, p. 61.



presencia y la capacidad de influencia de las autoridades públicas estatales e intergubernamentales<sup>28</sup>. En segundo lugar, el procedimiento de reforma exige expresamente la remisión a la NTIA de las propuestas acordadas para su revisión y aprobación, lo que se traduce en una capacidad de intervención y de decisión de la administración estadounidense que no tiene reconocida ninguna otra autoridad pública y que solo se explica por las consabidas razones históricas, pero que no resulta fácil de justificar cuando se trata, notoriamente, de un tema de interés internacional. Finalmente, en tercer lugar, la obligación de respaldar el modelo *multistakeholder* y de excluir toda reforma dirigida a sustituir el sistema en vigor por otro liderado por un Gobierno o por una organización internacional, exigida también por la NTIA, implica definitivamente la imposición de la solución ideada por Estados Unidos para el desafío de naturaleza internacional que supone la gobernanza tecnológica del ciberespacio<sup>29</sup>.

14. El hecho es que esta operación se ha sustanciado como si fuese simplemente la reforma de una corporación creada conforme al Derecho estadounidense cuando se trata de la organización de la gobernanza tecnológica de Internet que es un problema global de naturaleza internacional. Ni las razones históricas que originariamente explican su vinculación con Estados Unidos, ni la solución inicial que supuso la privatización de esa gestión mediante la constitución de la ICANN, ni tampoco el trabajo desarrollado por esta corporación desde su creación, son argumentos suficientes para legitimar esta solución unilateral al problema de la gestión de Internet<sup>30</sup>.

15. Más allá de otras consideraciones teóricas sobre las consecuencias de este proceso, que exceden el marco de este trabajo<sup>31</sup>, la reforma de la ICANN apenas ha suscitado controversia. Una confianza no necesariamente justificada en las bondades del modelo *multistakeholder*, en unos casos, y un sentido pragmatismo, en otros, han servido para disipar las críticas. Las reacciones internacionales a esta situación muestran dos tendencias principales:

<sup>28</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre «La política y la gobernanza de Internet. El papel de Europa en la configuración de la gobernanza de Internet» [COM (2014) 72 final, de 12 de febrero de 2014, pp. 6-7].

<sup>29</sup> Sobre esta situación de asimetría en el ciberespacio, véase SHEN, Y., «Cyber Sovereignty and the Governance of Global Cyberspace», *Chinese Political Science Review*, vol. 1, 2016, núm. 1, p. 84. En el mismo sentido, desde otro planteamiento se concluye que «*multistakeholder governance over the Internet has triumphed in large part because it reflects hegemonic power, not in spite of it*» (RAUSTIALA, K., *loc. cit.*, nota 7, p. 502).

<sup>30</sup> En efecto, «*the long-standing preferences of the United States are best realized by multistakeholderism, not multilateralism*» (RAUSTIALA, K., *loc. cit.*, nota 7, p. 501). En su Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «La gobernanza de Internet: los próximos pasos», en 2009, la Comisión advertía sobre la intención de Estados Unidos de mantener el control efectivo de la coordinación de las funciones clave de la asignación de nombres y direcciones, manteniendo la «supervisión unilateral» sobre esos recursos [COM (2009) 277, final, de 18 de junio de 2009, pp. 7 y 9].

<sup>31</sup> En particular, las implicaciones del modelo de gobernanza tecnológica sobre la definición del modelo jurídico-político que, después de años de negociaciones y de haber conducido a la adopción de varios informes por parte de los Grupos de Expertos Gubernamentales creados en el marco de los trabajos de la Asamblea General de Naciones Unidas, ha concluido en 2017 sin resultados ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre los Estados.

por una parte, países como China, inicialmente opuestos a este sistema, se han concurado con el mismo compatibilizando, en un ejercicio manifiesto de su característico pragmatismo, su particular concepción de la soberanía cibernética con una creciente participación en el modelo *multistakeholder* en aras de la conectividad global, sus ventajas económicas y en términos de influencia<sup>32</sup>; por otra parte, países que apostaban por ese modelo de gestión confiando en su organización conforme a los principios compartidos de legitimidad, como es el caso de los europeos, se han visto confrontados a la existencia de una reforma más aparente que real. En realidad, a pesar del margen de tiempo transcurrido, el alcance y el contenido de esa reforma aún no han sido suficientemente apreciados como consecuencia de la propia complejidad de la normativa y de los modelos diseñados para la gestión de la ICANN.

16. Junto con ello, resulta sorprendente y hasta preocupante que, a pesar de la controversia inicial, la organización de la gobernanza tecnológica se haya resuelto en apenas dos años con la reforma de la ICANN, mientras que, paralelamente, han fracasado las conversaciones sobre la organización de la gobernanza jurídico-política. La idea de que la dimensión tecnológica es, en general, menos importante que la política podría ser un motivo aunque realmente injustificado, en este caso, si se considera que la infraestructura de Internet es un recurso crítico. Pero parece que, también con carácter general, el discurso sobre la neutralidad de las acciones y decisiones tecnológicas ha contribuido a una infravaloración de la importancia de la gobernanza tecnológica.

## 2.2. La apariencia de neutralidad

17. La neutralidad de la gobernanza tecnológica ha sido un argumento recurrente para justificar tanto la privatización de la ICANN como, una vez acordada, el papel limitado de los Estados y demás organizaciones públicas y de su órgano de representación en su modelo institucional de la corporación<sup>33</sup>. Más que una realidad<sup>34</sup>, es una apariencia como demuestran dos órdenes de consideraciones. Por una parte, las funciones gestionadas por la ICANN afectan a todos los ámbitos de la economía y de la sociedad y a materias de muy diversa naturaleza, pero ninguna de escasa relevancia, entre las

---

<sup>32</sup> Véase, al respecto, ARSÈNE, S., «Internet Domain Names in China», *China Perspectives*, 2015, núm. 4, pp. 25-34.

<sup>33</sup> Un tema distinto, y no exento de controversia, es el principio de neutralidad de Internet entendido como el hecho de la información y el conocimiento que circulan a través de las redes han de permanecer ajenos a todo tipo de control o filtrado ya sea por considerarse un derecho básico, un servicio público o una facultad de acceso y utilización sin restricciones basadas en consideraciones morales, políticas o de otra índole.

<sup>34</sup> La doctrina coincide afirmando que: «*New technologies are never neutral in their impact; it is known that they can alter powers relations and economic dependencies among stakeholders*» (KUEBIS, B. y MUELLER, M. L., «Negotiating a New Governance Hierarchy: An Analysis of the Conflicting Incentives to Secure Internet Routing», *Communications & Strategies*, vol. 81, 2011, p. 135). Véase, en particular, sobre el uso de los nombres de dominio de nivel superior, NICHOLLS, T., *loc. cit.*, nota 3, p. 468.

que se encuentran desde los derechos de propiedad intelectual sobre nombres de dominio o la política de competencia<sup>35</sup>, hasta temas fundamentales de derechos humanos como, particularmente, la protección de datos personales<sup>36</sup> o cuestiones de especial calado político vinculadas a los dominios de nivel superior o con código de país<sup>37</sup>, además de las estrictamente comerciales y económicas<sup>38</sup>. Por otra parte, la creencia en la neutralidad de la gobernanza tecnológica en el sentido de una pretendida asepsia de las decisiones tecnológicas, respecto de las políticas o de otros intereses, no encuentra justificación cuando se trata de un recurso esencial, el sustento físico, técnico y funcional que garantiza la seguridad, la interoperabilidad y el funcionamiento del conjunto del sistema sobre el que se asienta la economía y la sociedad contemporáneas.

18. En esta situación, la falacia del argumento de la neutralidad tecnológica se puede justificar de diversas maneras. Por una parte, como explica Adamantia Rachovitsa, «*ICANN manages the Internet as a universal resource and its choices define the essential backbone of the network as well as the information that is available to Internet users globally*»<sup>39</sup>. Por otra parte, el hecho mismo de que, ya en el año 2000, el número de servidores raíz en Estados Unidos (10), incluido el servidor «raíz A» principal, triplicara en número a los situados en el resto del mundo (3) es un dato contundente sobre el grado de dependencia del resto de los Estados y la situación hegemónica que implica el control tecnológico del ciberespacio<sup>40</sup>. Para terminar, la propia política

<sup>35</sup> Sobre las tempranas inquietudes que plantea su gestión, véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre «La organización y gestión de Internet» [COM (2000) 202 final, de 11 de abril de 2000, p. 17].

<sup>36</sup> Los datos de registradores y registros y, en general, los flujos de datos relacionados con el sistema de registro de nombres de dominio o el régimen de comunicación y acceso a los mismos han planteado siempre serios interrogantes. En particular, respecto de los datos Whois se han identificado tres órdenes de problemas: la transparencia exigida para eliminar informaciones inexactas u obsoletas, la coherencia entre los diversos registros de datos y la determinación de los fines para los que pueden usarse (*ibid.*, p. 33). Sobre la compatibilidad entre ese sistema y el Reglamento General de Protección de Datos, véase <https://www.icann.org/en/system/files/correspondence/jelinek-to-marby-11apr18-en.pdf>. Pueden verse RACHOVITSA, A., «Engineering and lawyering privacy by design: understanding online privacy both as a technical and an international human right issue», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 24, 2016, pp. 374-399; HEUPEL, M., HIRSCHMANN, G. y ZÜRN, M., «International organisations and human rights: What direct authority needs for its legitimation», *Review of International Studies*, vol. 44, 2018, pp. 343-366.

<sup>37</sup> Sobre casos que han planteado controversia, como el requerimiento catalán sobre nombres de dominio, véase MÖLLER, Ch., «New Technology, Minorities and Internet Governance», *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, 2013, núm. 4, pp. 16-33.

<sup>38</sup> Una detallada explicación de la evolución del mercado del DNS y del beneficio obtenido por las empresas implicadas en el mismo, en particular, Network Solutions Inc., puede verse en BACH, D., «Varieties of cooperation: the domestic institutional roots of global governance», *Review of International Studies*, vol. 36, 2010, pp. 578-580.

<sup>39</sup> Entre los posibles problemas se encuentra la aplicación de la llamada «*limited public interest objection*» (RACHOVITSA, A., «General Principles of Public Order and Morality and the Domain Name System: Whither Public International Law», *Netherlands International Law Review*, vol. 63, 2016, pp. 23-49).

<sup>40</sup> Sobre los casos en los que se han producido caídas de los servidores raíz y sus consecuencias, véase HART, T. y ROLLETSCHKE, G., «The challenges of regulating the Web», *Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications, Information and Media*, vol. 5, 2003, p. 8.

seguida por China en relación con la ICANN constituye una demostración al respecto. Paralelamente a la afirmación de su soberanía cibernética, materializada en el control extremo que ejerce sobre el uso del ciberespacio desde su territorio y entre su población, y a pesar de haber liderado opciones distintas de gobernanza, ha optado por participar de modo activo en los trabajos de la ICANN al haber asumido las consecuencias de sus funciones desde muy diversas perspectivas<sup>41</sup>.

19. La doctrina también ha apelado a las carencias del argumento de la neutralidad con razonamientos distintos y complementarios, principalmente, los que destacan la impronta de la componente de política pública presente en este ámbito y los que cuestionan la sustitución de una «*governance of the network*» por una «*governance by the network*». En este último caso, la idea básica es que no hay que confundir ambas opciones, ni sus consecuencias<sup>42</sup>. En cuanto al primero, se entiende que la opción binaria entre el modelo *multistakeholder* y el multilateral «*misses the fact that while some issues such as technical protocols can be worked out between various stakeholders through a consensual process, the issues change when public policy is involved. Essentially, policy issues demand that a concept of public interest be introduced to override the sectoral interest of certain stakeholders*», porque, efectivamente, «*the key difference between governments and corporations is that the governments are accountable to their people, while corporations are answerable to their shareholders*»<sup>43</sup>.

20. A pesar de su escasa justificación, la supuesta neutralidad ha servido como excipiente para facilitar la reforma y desactivar la controversia existente en el marco interestatal que, sin embargo, se ha visto exacerbada en relación con la gobernanza política. A diferencia de ella, la gobernanza tecnológica se ha organizado y fundamentado sobre parámetros no intergubernamentales.

### 2.3. El fundamento de la reforma

21. La reforma de la ICANN responde a dos principios básicos: *a)* se ha realizado siguiendo el modelo de participación *multistakeholder*, y *b)* ha sido dirigida y aprobada por Estados Unidos sin que se haya producido una intervención similar o equivalente por parte de otros Estados<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> ARSÈNE, S., *loc. cit.*, nota 32, p. 25.

<sup>42</sup> BRAMAN, S., «Laying the path: governance in early internet design», *Info*, vol. 15, 2013, núm. 6, pp. 64 y ss.; DENARDIS, L. y MUSIANI, F., «Governance by Infrastructures», en MUSIANI, F., COGBURN, D. L., DENARDIS, L. y LEVINSON, N. S. (eds.), *The Turn to Infrastructure in Internet Governance*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2016, p. 3; y MERRIL, K., «Domains of Control: Governance of and by the Domain Name System», *ibid.*, p. 89.

<sup>43</sup> PURKAYASTHA, P. y BAILEY, R., *loc. cit.*, nota 8, p. 113.

<sup>44</sup> Ruotolo, reconociendo la dudosa legitimidad de la posición de Estados Unidos en la organización de la gobernanza a través de la ICANN, plantea dos posibles explicaciones como un supuesto de ejercicio extraterritorial del poder o un sistema de administración distribuida (RUOTOLO, G. M., *loc. cit.*, nota 21, pp. 161-164).

22. a) Sin necesidad de entrar en un debate de fondo sobre su naturaleza, como explica Richard Hill, hay que reconocer que el modelo *multistakeholder* no solo no es, por definición, democrático sino que, además, diluye la influencia de instituciones públicas de representación mayoritaria y realmente democráticas<sup>45</sup>. Ewan Sutherland advierte, asimismo, que: «*Multistakeholderism, apparently by design, is neither representative, nor accountable. It generates or contributes to change in national and international policies, treaties, laws and regulations by means of complex and often obscure processes of network governance*»<sup>46</sup>. Sin caer en críticas extremas, pero tampoco en una versión idealista de democracias participativas, el modelo *multistakeholder* no garantiza automáticamente la representación de todos los agentes implicados, en número y en grado, ni la legitimidad de sus procedimientos y decisiones. La combinación de una diversidad de actores y de una variedad de procedimientos, por muy significativa que sea a nivel de participación, no es garantía suficiente de representatividad, legitimidad y autoridad o, en cualquier caso, no es mayor que la ofrecida por una institución pública como el Estado, ni tampoco comparable a ella.

23. b) Aun reconociendo que se trataba de modificar una institución creada conforme al Derecho estadounidense, el proceso y el resultado de la reforma de la ICANN se materializan como la decisión de un solo Estado respecto de un asunto de interés global. Por ello, debería haberse fundamentado en un consenso mayoritario en el plano internacional entre los Estados. No solo ese compromiso está ausente y se ha visto desplazado por el resultado de acuerdos informales, en marcos informales y mediante procedimientos informales, que han favorecido la opción por el modelo *multistakeholder*, sino que, además, el mínimo consenso intergubernamental existente en torno a la opción de la privatización —pero, eso sí, acompañada de medidas claras de transparencia, responsabilidad y legitimidad— no se ha visto finalmente respetado ni en los procedimientos ni, como se verá, en los resultados. En la doctrina se ha acuñado precisamente la expresión IN-LAW o *informal international lawmaking* para caracterizar ese tipo de combinado que concita la informalidad del proceso, la informalidad de los actores y la informalidad de los resultados<sup>47</sup>.

24. Atendiendo a ambos parámetros, no resulta difícil concluir que la asociación de la comunidad *multistakeholder* ha servido a Estados Unidos

<sup>45</sup> HILL, R., *loc. cit.*, nota 22, p. 30. Una posición distinta puede verse en VON BERNSTOFF, J. «The Structural Limitations of Network Governance: ICANN as a Case in Point», en JOERGES, Ch., SAND, I.-J. y TEUBNER, G. (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 259.

<sup>46</sup> SUTHERLAND, E., *loc. cit.*, nota 23, p. 9. En el mismo sentido se manifiesta la Comisión en su comunicación sobre «La política y la gobernanza de Internet. El papel de Europa en la configuración de la gobernanza de Internet» [COM (2014) 72 final, de 12 de febrero de 2014, pp. 6-7].

<sup>47</sup> PAUWELIN, J., WESSEL, R. A. y WOUTERS, J., *The Stagnation of International Law*, Working Paper Leuven Center for Global Governance Studies, 2012, núm. 97, pp. 33 y ss.; WESSEL, R. A., «Informal International Law-Making as a New Form of World Legislation?», *International Organizations Law Review*, vol. 8, 2011, pp. 253-265.

para justificar la exclusión en la reforma de la ICANN de los procedimientos, las normas y los sujetos de Derecho internacional, particularmente, los Estados. No ha sido, en sentido preciso, un proceso de internacionalización, que habría requerido la presencia del resto de los sujetos internacionales, sino una especie de transnacionalización o bien, más preocupante, «*the move from a world fragmented into sovereign States to a world fragmented into specialized regimes*»<sup>48</sup> o, en todo caso, un inquietante tránsito de lo público a lo privado.

25. La privatización se ha considerado un hecho innegable o, incluso, irreversible en el proceso de globalización<sup>49</sup>, donde se está manifestando como «*the privatization of authority, or the authorization of private institutions*»<sup>50</sup>. En ese discurso, la ICANN ha llegado a ser considerada un ejemplo de equivalencia funcional entre autoridad pública y privada<sup>51</sup>, razón por la cual se entiende que ha de estar sujeta a exigencias estructurales y funcionales acordes con esa naturaleza<sup>52</sup>. Para Veronika Zolnerčíková, «*ICANN is an organisation that is a public rule-maker and a private company with customer oriented approach at the same time*»<sup>53</sup>. En sentido similar se advierte que «*as ICANN performs functions of public trust, there is hardly an alternative to some form of public representation*», lo que supone que «*is not only in need of more transparent systems of checks and balances, but also of more transparency when it comes to filling its positions*»<sup>54</sup>.

26. En la doctrina destacan dos aportaciones sobre ese déficit de legitimidad de la ICANN. Por una parte, Jonathan Koppel identifica cinco dimensiones concretas, «*transparency, liability, controllability, responsibility and responsiveness*», para concluir que ninguna de ellas se encuentra debidamente cubierta en esta corporación<sup>55</sup>. En el estudio realizado por el Centro Berkman, liderado por Urs Gasser, se suprime el componente «*controllability*» y se diferencia entre tres modalidades: «*Public sphere accountability*», «*Corporate and legal accountability*» y «*Participating community accountability*»<sup>56</sup>. En ambas aproximaciones doctrinales, el principal problema se localiza en

<sup>48</sup> RUOTOLO, G. M., *loc. cit.*, nota 21, p. 169.

<sup>49</sup> SCHÖWEL, Ch. E. J., «Whither the private in global governance?», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, 2012, núm. 4, pp. 1122 y ss.; WESSEL, R. A., *loc. cit.*, nota 47, p. 263.

<sup>50</sup> COMPANY, B., «A Public Law Approach to Internet Standard Setting», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 7, 2016, núm. 1, p. 55.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>52</sup> Como explicaba Weinberg, «*ICANN's exercise of authority looked, walked, and quacked like public regulatory power. This raised a crucial hurdle for ICANN to surmount in any quest for public legitimacy [...] ICANN was unlikely to win public acceptance in democratic nations if it could not answer the charge that it was exercising policy-making authority in a way inconsistent with core democratic values*» (WEINBERG, J., «ICANN and The Problem of Legitimacy», *Duke Law Journal*, vol. 50, 2000, p. 217).

<sup>53</sup> ZOLNERČIKOVÁ, V., «ICANN: Transformation of Approach Towards Internet Governance», *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 11, 2017, pp. 159 y 163.

<sup>54</sup> HART, T. y ROLLETSCHEK, G., *loc. cit.*, nota 40, pp. 7-8.

<sup>55</sup> KOPPELL, J. G. S., «Pathologies of Accountability: ICANN and the Challenge of Multiple Accountabilities Disorder», *Public Administration Review*, vol. 65, 2005, núm. 1, p. 96.

<sup>56</sup> GASSER, U., BURKERT, H., PALFREY JR., J. G. y ZITTRAIN, J. L., *Accountability and Transparency at ICANN. An Independent Review*, Harvard, Berkman Center Research Publication, 2010-13.

el funcionamiento del organigrama institucional y en las carencias de los mecanismos de exigencia de responsabilidad, que son precisamente el objeto principal de la reforma de la ICANN<sup>57</sup>.

### 3. EL ALCANCE Y CONTENIDO DE LA REFORMA

27. Dentro del amplio y complejo entramado normativo que supone la reforma de 2016, el núcleo esencial de la misma desde una perspectiva jurídico-institucional se encuentra en los Estatutos de la ICANN que están dedicados, prácticamente en su totalidad, al modelo institucional y de responsabilidad de esta corporación<sup>58</sup>. Para determinar si son la respuesta a su déficit de legitimidad, en este apartado se consideran sus disposiciones en el plano institucional (3.1) y en materia de responsabilidad (3.2).

Es importante subrayar que, aunque pueda resultar en apariencia descriptivo, en realidad, es un análisis constructivo realizado sobre la base de la muy extensa, compleja y dispersa normativa existente sobre ambos extremos, que dista mucho de ofrecer una panorámica clara y comprensiva de su régimen jurídico. Una crítica general que merece la reforma atiende precisamente a la complejidad y la escasa transparencia de sus disposiciones. Ni el modelo institucional, ni el sistema de responsabilidad son fácilmente aprehensibles, siguiendo esas disposiciones, pero su comprensión es básica para articular el discurso de la legitimidad.

#### 3.1. El modelo institucional

28. El modelo institucional de la ICANN es, efectivamente, el paradigma de la complejidad. Diseñado con la intención de integrar, representándola, al conjunto de la comunidad *multistakeholder*<sup>59</sup>, el resultado final plantea serios interrogantes sobre su capacidad a esos efectos, su operatividad funcional y su propia legitimidad.

##### 3.1.1. Estructura orgánica

29. Junto con el presidente, el secretario y el director financiero (art. 15), la ICANN cuenta con tres órganos principales, tres organizaciones de apo-

<sup>57</sup> Koppel identifica el problema de fondo cuando afirma que: «*The lack of specificity regarding the meaning of accountability can undermine an organisation's performance. First, the organization may attempt to be accountable in the wrong sense. Second, and perhaps worse, an organisation may try to be accountable in every sense. Organisations trying to meet conflicting expectations are likely to be dysfunctional, pleasing no one while trying to please everyone. Ironically, this may include failures of accountability -in every sense imaginable*» (KOPPEL, J. G. S., *loc. cit.*, nota 55, pp. 95-96).

<sup>58</sup> <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en>.

<sup>59</sup> RAYMOND, M. y DENARDIS, L., «Multistakeholderism: anatomy of an inchoate global institution», *International Theory*, vol. 7, 2015, pp. 572-616.

yo, cuatro comités asesores y una serie de comités y órganos adicionales de distinta naturaleza entre los que destacan el Grupo de Enlace Técnico y el Comité Permanente del Cliente.

30. Los órganos principales de la ICANN son: la *Empowered Community* (EC)<sup>60</sup>, que cuenta con capacidad jurídica propia<sup>61</sup>; la Junta de Directores como órgano decisorio y ejecutivo principal (art. 2, Sección 2.1)<sup>62</sup>; y el Comité de Nominaciones que tiene como función principal designar a ocho directores de la Junta y a los dos directores del *Public Technical Identifiers* (PTI)<sup>63</sup>, así como realizar las demás selecciones previstas en los Estatutos (art. 8).

31. Las Organizaciones de Apoyo son tres: la Organización de Apoyo para Direcciones (ASO), que tiene asignada la misión de asesorar a la Junta sobre políticas relacionadas con la operación, asignación y administración de direcciones de Internet (art. 9)<sup>64</sup>; la Organización de Apoyo para Nombres de Dominio con Código de País (ccNSO), que se ocupa de elaborar y recomendar políticas globales relativas a los nombres de dominio de nivel superior con código de país (ccTLD)<sup>65</sup>; y la Organización de Apoyo para Nombres Genéricos (GNSO) que cumple una función similar respecto de las políticas sustantivas sobre dominios genéricos de nivel superior (TLD)<sup>66</sup>.

32. Los Comités Asesores, regulados en el art. 12, son diferentes entre sí en cuanto a su naturaleza y funcionamiento, pero tienen en común que carecen de autoridad para actuar en nombre o por cuenta de la ICANN. Son

<sup>60</sup> La EC se constituye siguiendo la legislación del estado de California, con capacidad jurídica propia, incluida la legitimación activa ante cualquier tribunal con jurisdicción sobre la ICANN. Está regulada en el art. 6 de los Estatutos donde se define como una asociación sin ánimo de lucro formada por la ASO, la ccNSO, la GNSO, el ALC y el GAC, esto es, las tres Organizaciones de Apoyo y los dos Comités Asesores de corte político.

<sup>61</sup> La EC tiene atribuidas funciones generales similares a las que podría tener la asamblea de una organización en materia normativa, presupuestaria y de control. Pero esa similitud es meramente material respecto de la tipología, porque no tienen el mismo alcance, jurídicamente. Exceptuando el caso de su actividad de control, sus atribuciones se acercan más a una capacidad de veto mediante su rechazo a una propuesta que a una capacidad normativa o presupuestaria en sentido preciso.

<sup>62</sup> La Junta está formada por 16 directores con derecho a voto y cuatro enlaces, carentes del mismo, designados por el GAC, el SSAC, el RSSAC y el *Internet Engineering Task Force* (IETF). El presidente de ICANN ejerce también como director (art. 7).

<sup>63</sup> <https://pti.icann.org/>.

<sup>64</sup> La ASO se constituye mediante el *Memorandum of Understanding* celebrado el 21 de octubre de 2004 entre la ICANN y la *Number Resource Organization* (NRO), donde están organizados los cinco Registros Regionales de Internet (RIR). Los RIR son organizaciones sin ánimo de lucro que administran y registran el espacio de las direcciones IP en cada región y desarrollan sus propias políticas regionales de asignación de recursos numéricos mediante un sistema abierto, integral y basado en el consenso. Véase KUERBIS, B. y MUELLER, M. L., *loc. cit.*, nota 34, p. 125.

<sup>65</sup> La ccNSO está compuesta por los administradores de los ccTLD que han aceptado por escrito ser miembros de la ccNSO dentro de cada Región Geográfica de ICANN y por el propio Consejo ccNSO, que es el responsable de la gestión del proceso de desarrollo de las políticas de la ccNSO (art. 10.2).

<sup>66</sup> La GNSO está integrada por un número de circunscripciones denominadas *Constituencies*, cuatro grupos *multistakeholder*, dos Cámaras y un Consejo GNSO, responsable de la gestión de las políticas de la GNSO (art. 11.2). El Consejo GNSO se organiza mediante una estructura bicameral formada por la Cámara de Partes Contratadas y una Cámara de Partes No Contratadas. Véase BRUEN, G., «Our Internet Infrastructure at Risk», en JAKOBSSON, M., *The Death of the Internet*, Nueva Jersey, IEEE Press, 2012, p. 96.



cuatro: el Comité Asesor Gubernamental (GAC), competente en materia de interés público o gubernamental; el Comité Asesor At-Large (ALAC) que representa a los usuarios individuales de Internet<sup>67</sup>; el Comité Asesor de Seguridad y Estabilidad (SSAC), competente en los asuntos relativos a la seguridad y la integridad de los sistemas de asignación de nombres y direcciones de Internet; y el Comité Asesor de Sistema de Servidores Raíz (RSSAC) que asesora sobre las cuestiones relativas al funcionamiento, administración, seguridad e integridad del Sistema de Servidores Raíz de Internet [art. 12.2.c)].

### 3.1.2. *Naturaleza y funcionamiento*

33. El modelo institucional de la ICANN es original, además de complejo<sup>68</sup>. En una primera aproximación, parece responder a esa voluntad de representación del conjunto de los componentes de la comunidad *multistakeholder* que inspira la reforma. Sin embargo, un análisis más detallado permite advertir que, bajo esa apariencia, se esconden no pocas disfunciones.

#### a) *Organigrama general*

34. En la estructura general de la ICANN, la presencia de la Junta de Directores y de la EC puede hacer pensar, desde una perspectiva funcional, en una combinación *sui generis* de órganos ejecutivo y asambleario. Esa posibilidad, que toma como referencia ineludible los modelos preexistentes de organización del poder, no encuentra apoyo desde el punto de vista orgánico que es el que, en definitiva, otorga alcance y significado a la división funcional. Orgánicamente, no hay una verdadera estructura de distribución del poder, ni tampoco de representación igualitaria de los distintos componentes de la comunidad *multistakeholder*, como consecuencia de la coincidencia efectiva, aunque no resulte suficientemente visible, entre miembros de la EC, la Junta y el Comité de Nominaciones<sup>69</sup>. Esa situación acaba afectando a la posición real de cada uno de los componentes del sistema.

35. Los miembros de la EC coinciden mayoritariamente con los de la Junta de Directores<sup>70</sup>. Pero, por su distinta representación en esa Junta, la situación de los miembros de la EC no es equiparable, ni se encuentran en una situación de igualdad como miembros de ella, porque en el caso del GAC se limita a un enlace sin derecho a voto, mientras que los demás tienen direc-

<sup>67</sup> El ALAC está compuesto por dos miembros seleccionados por cada una de las Organizaciones Regionales At-Large (RALOs) y cinco miembros designados por el Comité de Nominaciones. En cada Región Geográfica hay una RALO que sirve como foro principal de coordinación.

<sup>68</sup> NICHOLLS, T., *loc. cit.*, nota 3, p. 465.

<sup>69</sup> PAUWELIN, J., WESSEL, R. A. y WOUTERS, J., *op. cit.*, nota 47, p. 12.

<sup>70</sup> Mientras que en la primera están la ASO, la ccNSO, la GNSO, el GAC y el ALAC, la Junta cuenta con dos directores por parte de la ASO, dos por la ccNSO, dos por la GNSO, uno por el ALAC y un enlace por parte del GAC.

tores con derecho a voto. La situación es similar respecto del Comité de Nominaciones donde el ALAC tiene cinco delegados votantes, la GNSO cuenta con siete y el Consejo de la ccNSO, el Consejo de la ASO y el IETF disponen de uno cada uno, mientras que nuevamente el GAC está representado con un enlace. Por su parte, el Comité de Nominaciones designa a ocho directores de la Junta y la Junta a los tres presidentes del Comité. Este Comité nombra a tres miembros del Consejo ccNSO de un total de seis con derecho a voto, mientras que el Consejo ccNSO cuenta con un delegado votante en el Comité de Nominaciones. Para terminar, el ALAC tiene cinco delegados votantes en el Comité de Nominaciones, mientras que este designa a cinco miembros del ALAC<sup>71</sup>.

36. En consecuencia, hay una diferencia apreciable entre el estatuto efectivo de los diferentes componentes del sistema. En primer lugar, destacan la GNSO y el ALAC con dos directores en la Junta y siete delegados votantes en el Comité de Nominaciones y con un director y cinco delegados votantes, respectivamente. En segundo término, se encuentran la ASO y la ccNSO con dos directores y con un delegado votante cada una. En último lugar, el GAC solo tiene reconocido un enlace sin derecho a voto en la Junta y en el Comité de Nominaciones. La situación real como miembros de la EC de la GNSO, la ASO, la ccNSO, el ALAC y el GAC no es equiparable, como tampoco lo es su presencia en el conjunto del sistema a través de su representación en la Junta de Directores y en el Comité de Nominaciones.

#### b) *Estatuto de la Organización de Apoyo*

37. Las Organizaciones de Apoyo no tienen un fundamento, composición, naturaleza o funciones similares que justifiquen la autonomía conceptual de esta categoría, ni que permitan apreciar con claridad su posición y funciones dentro de la ICANN. Tienen en común el hecho de ser miembros de la EC y participar en el nombramiento de los miembros de la Junta con dos directores cada una. Pero esa limitada afinidad orgánica se rompe en dos aspectos especialmente relevantes: por una parte, el fundamento y la composición misma de las Organizaciones de Apoyo, que ponen de manifiesto la naturaleza heterogénea de esta categoría<sup>72</sup>; y, por otra, la participación diferenciada de cada una de ellas en el Comité de Nominaciones que traduce un diferente grado de influencia<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Una interesante propuesta de organización se encuentra en COGLIANESE, C., «Weak Democracy, Strong Information: The Role of Information Technology in the Rulemaking Process», en MAYER-SCHÖNBERGER, V. y LAZER, D., *Governance and Information Technology: From Electronic Government to Information Government*, Cambridge, MIT Press, 2014, pp. 107 y ss.

<sup>72</sup> La ASO está formada por los RIR (art. 9.2). La ccNSO está integrada por administradores de los ccTLD y por el propio Consejo ccNSO (art. 10.3). Por su parte, la GNSO está formada por circunscripciones, grupos *multistakeholder*, dos Cámaras y un Consejo GNSO.

<sup>73</sup> La GNSO cuenta con siete delegados votantes, mientras que son los Consejos de la ccNSO y de la ASO quienes tienen atribuida la designación de un único delegado votante por parte de cada uno de

38. En definitiva, la apariencia de un estatuto similar encierra situaciones diferentes que, incluso, si hubiesen de estar justificadas, hacen muy poco o nada en favor de la comprensión y la transparencia del sistema<sup>74</sup>.

c) *Estatuto del Comité Asesor*

39. El término «comité» tampoco es una categoría homogénea en el marco de la ICANN<sup>75</sup>. Los Comités Asesores comparten entre sí poco más que el nombre. El GAC y el ALAC responden a un perfil político, mientras que el del SSAC y el RSSAC es técnico. Esta combinación no tendría quizá mayor importancia si se prescinde del hecho de que el GAC representa a los Gobiernos y el ALAC a la comunidad de usuarios, esto es, son los órganos en los que se puede apoyar la legitimidad del sistema, en su conjunto, que acaban compartiendo una condición jurídica relativamente indefinida con órganos estrictamente técnicos. Pero, además, tanto el GAC como el ALAC forman parte de la EC de la que están excluidos los técnicos. Para terminar, el proceso de designación de los componentes de estos comités es también diferente<sup>76</sup>.

40. El problema principal en este caso deriva, en particular, del desigual estatuto asignado a los comités políticos. Ambos forman parte de la EC y participan en la Junta y en el Comité de Nominaciones. Pero, bajo esa aparente similitud orgánica, las diferencias entre ellos son apreciables. Mientras el GAC designa un enlace sin derecho a voto en la Junta, al ALAC le corresponde un director con derecho a voto. Mientras el GAC cuenta con un enlace en el Comité de Nominaciones, el ALAC dispone de cinco delegados votantes. A ello se suma el hecho de que las disposiciones del Estatuto atribuyen funciones más amplias al ALAC y materialmente más restringidas al GAC. En realidad, el GAC no dispone de la misma autoridad institucional que el ALAC dentro del sistema y, desde luego, no es la que debería corresponder al órgano de representación de Gobiernos y autoridades públicas<sup>77</sup>. Merece, por diversos motivos, una atención especial.

---

ellos. La importancia de este aspecto reside en el hecho de que el Comité de Nominaciones nombra a ocho directores de la Junta, así como a los dos directores del PTI. Al estar desigualmente representados en el Comité de Nominaciones, también lo están indirectamente en la propia Junta de Directores. Aunque cada una cuenta con la posibilidad de designar dos directores en dicha Junta, la GNSO dispone de siete delegados votantes, dentro de los 15 del Comité de Nominaciones que tienen derecho a voto, mientras que el Consejo de la ccNSO y de la ASO solo cuentan con un voto cada uno.

<sup>74</sup> Véase MCCARTHY, D. R. y FLUCK, M., «The concept of transparency in International Relations: Towards a Critical Approach», *European Journal of International Relations*, vol. 23, 2017, núm. 2, pp. 416-440.

<sup>75</sup> El Comité de Nominaciones tiene un estatuto diferente al de los Comités Asesores, al igual que ocurre con los comités creados por la Junta y entre ellos. Existen, también, diferencias apreciables entre los propios Comités Asesores.

<sup>76</sup> Los miembros del SSAC y del RSAAC son designados por la Junta, mientras que en el GAC son acreditados por Gobiernos y organizaciones y en el ALAC son decididos por las RALOs y el Comité de Nominaciones.

<sup>77</sup> Sobre la evolución de la situación de los Gobiernos en los nuevos modelos de gobernanza, véase KAHLER, M., «Complex governance and the new interdependence approach (NIA)», *Review of International Political Economy*, vol. 23, 2016, núm. 5, pp. 825-839.

d) *La situación del GAC*

41. El estatuto del GAC dentro de la ICANN ha sido una preocupación compartida por Estados y organizaciones internacionales desde antes de la reforma<sup>78</sup>. Hay dos motivos principales: por una parte, el número insuficiente de países y organizaciones que forma parte del mismo; y, por otra, la función meramente consultiva que tiene asignada<sup>79</sup>. La OSCE<sup>80</sup>, el Consejo de Europa<sup>81</sup> y la UE<sup>82</sup> han sido particularmente insistentes en la exigencia de que la necesaria vigilancia pública de la ICANN debería ejercerse con carácter multilateral y, en primera instancia, a través del GAC<sup>83</sup>. Tras la reforma, siguiendo lo previsto en el art. 12.2.a), el GAC está abierto a todos los Gobiernos nacionales y también a las denominadas «*Distinct Economies as recognized in international fora, and multinational governmental organizations and treaty organizations*». No es una formulación precisamente correcta para la composición del órgano que representa a la autoridad pública<sup>84</sup>, como tampoco lo son sus funciones.

42. La función de asesoramiento del GAC se concreta en los siguientes aspectos: a) la Junta notificará al GAC «*any proposal raising public policy issues on which it or any of the Supporting Organizations or Advisory Committees seeks public comment, and shall take duly into account any timely response to that notification prior to taking action*» [art. 12.2.a)viii)], y b) el GAC puede presentar asuntos a la Junta, directamente como comentario o como asesoramiento previo o mediante recomendaciones específicas o nuevas políticas o revisión de las existentes.

43. La fórmula utilizada en el apdo. viii) del art. 12.2.a) no es un ejemplo de precisión. El apdo. x) de la misma disposición reitera que la opinión del GAC será tenida en cuenta en la formulación y adopción de políticas asociando dos consecuencias principales a esa afirmación. La primera es que, en caso de que la Junta se aparte de la posición mantenida por este órgano, debe informar al GAC y explicar los motivos. La segunda, algo más relevante, implica que una decisión del GAC aprobada por consenso general, sin obje-

<sup>78</sup> En su Comunicación de 2009, la Comisión subraya que «persiste una legítima inquietud sobre si el asesoramiento de una empresa privada por un comité intergubernamental constituye un mecanismo adecuado y efectivo para que los gobiernos puedan ejercer sus responsabilidades en materia de política pública» [COM (2009) 277, final, de 18 de junio de 2009, p. 8].

<sup>79</sup> PAGALLO, U., «The Realignment of the Sources of the Law and their Meaning in an Information Society», *Philosophy & Technology*, vol. 28, 2015, núm. 1, pp. 62 y ss.

<sup>80</sup> <https://www.oecd.org/sti/economy/oecd-principles-for-internet-policy-making.pdf>.

<sup>81</sup> [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl\(03.06.2015\)2&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl(03.06.2015)2&direct=true).

<sup>82</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISUM:si0012>.

<sup>83</sup> Véanse CHRISTOU, G. y SIMPSON, S., «Shaping the global communications milieu: The EU's influence on Internet and telecommunications governance», *Comparative European Politics*, vol. 12, 2014, núm. 1, pp. 67 y ss.; NICHOLLS, T., *loc. cit.*, nota 3, p. 464.

<sup>84</sup> Sobre la necesidad de dotar de mayor legitimidad a la ICANN mejorando la posición institucional del GAC o reemplazándolo por un Consejo Internacional de Internet, véase EPSTEIN, D., *loc. cit.*, nota 23, pp. 144 y ss.

ción formal, esto es, el denominado *GAC Consensus Advice*, solo puede ser rechazada por un voto no inferior al 60 por 100 de la Junta. En ese supuesto, el GAC y la Junta intentarán de buena fe, en tiempo oportuno y de manera eficiente, encontrar una solución mutuamente aceptable. Si no se llega a un acuerdo, la Junta explicará en su decisión las razones por las que se ha apartado de la opinión del GAC «*and such statement will be without prejudice to the rights or obligations of Governmental Advisory Committee members with regard to public policy issues falling within their responsibilities*» [art. 12.2.a) xi)]. Sin entrar en la ambigüedad y complejidad de esta formulación y en sus consecuencias<sup>85</sup>, en realidad, la garantía última que otorga un peso relativo al GAC se encuentra en la exigencia de un voto cualificado en el 60 por 100 para rechazar una decisión suya, siempre que haya sido aprobada por consenso general, y la obligación de comportamiento consistente en buscar una solución mutuamente aceptable con la Junta de Directores.

44. Junto a lo anterior, el mecanismo del Asesoramiento Especializado Externo en relación con las denominadas materias de política pública supone un cierto reconocimiento del papel del GAC. Este simbólico protagonismo respecto de los asuntos de política pública es la única diferencia en relación con el procedimiento común aplicable al resto de las materias porque el asesoramiento, que habrá de realizarse por escrito, no es vinculante, sino que tiene un carácter meramente consultivo dirigido a ampliar la información a disposición de la ICANN para el cumplimiento de sus obligaciones. Además, el resto de las Organizaciones de Apoyo y Comités Asesores pueden pronunciarse sobre el mismo antes de la decisión de la Junta<sup>86</sup>. La existencia de ambos procedimientos plantea, desde otra perspectiva, una cuestión de interés porque la opción por uno y otro, esto es, la calificación del asesoramiento como ámbitos de política pública o no, a efectos de su tramitación, va a depender en principio de la Junta y será definitiva si concita el acuerdo del 60 por 100 suficiente para rechazar una opinión contraria del GAC que, además, en su caso, requiere ser adoptada por consenso general<sup>87</sup>.

45. En definitiva, ni las atribuciones del GAC en materias de política pública, ni su posición institucional y respecto del resto de los órganos como el ALAC, ni siquiera las fórmulas utilizadas para definir su composición y funciones, permiten una conclusión positiva sobre su estatuto. No es un órgano con la presencia y las atribuciones de las Organizaciones de Apoyo, ni tampoco con las prerrogativas del ALAC, en particular, en la determinación de la composición de otros órganos.

<sup>85</sup> Véanse BRADSHAW, S. y DENARDIS, L., «The Politicization of the Internet's Domain Name System: Implications for Internet security, universality, and freedom», *New Media & Society*, 2016, pp. 1-19; WEITZENBOECK, E. M., *loc. cit.*, nota 6, p. 49.

<sup>86</sup> Sobre las diferentes atribuciones e interacciones orgánicas, véase el Comunicado del GAC de la reunión de San Juan de Puerto Rico de 15 de marzo de 2018 en [https://gac.icann.org/advice/communications/public/20180315\\_icann61%20gac%20communique\\_final.pdf](https://gac.icann.org/advice/communications/public/20180315_icann61%20gac%20communique_final.pdf).

<sup>87</sup> Sobre las consecuencias de este requisito, y abundando en el papel de Estados Unidos, puede verse el caso *Amazon* en <https://www.cfr.org/blog/case-amazon-and-what-it-means-icann>.

46. Esta situación puede acarrear no pocos problemas de corte teórico y práctico<sup>88</sup>. Con carácter general, el interés de los usuarios representado por el ALAC va a prevalecer sobre el interés público cuya defensa se encomienda al GAC, ya que solo el primero tiene representación con voto en los demás órganos en los que participa sin contar, para ello, con la autoridad y legitimidad de la representación pública que asume el GAC<sup>89</sup>. Un problema adicional, y no menor, estriba en que, precisamente, el estatuto del GAC dentro de la ICANN había de ser la respuesta a la inquietud generalizada sobre el papel de los Estados en la gobernanza tecnológica del ciberespacio<sup>90</sup>. Esa preocupación se comparte tanto por quienes habían defendido el recurso, a esos efectos, al modelo convencional de organización internacional<sup>91</sup>, como por quienes habían apostado por el sistema *multistakeholder*, pero incluyendo dentro del mismo una adecuada representación intergubernamental<sup>92</sup>. Esta exigencia no solo era una contraprestación lógica frente a quienes se habían conformado con la exclusión del modelo de organización internacional sino que, de haberse satisfecho, habría servido como componente legitimador del sistema en su conjunto<sup>93</sup>.

### 3.2. El modelo de responsabilidad

47. La defensa del modelo de gestión *multistakeholder* de la ICANN por parte de Estados y organizaciones internacionales ha estado siempre condicionada, como se ha visto en la primera sección, al establecimiento de mecanismos efectivos de responsabilidad y rendición de cuentas<sup>94</sup>. Ello se explica también porque esta corporación ha llegado a ser calificada como el paradigma del fenómeno denominado *Multiple Accountability Disorder (MAD)*<sup>95</sup>. Con

<sup>88</sup> LEWIS, J. A., *loc. cit.*, nota 27, p. 58.

<sup>89</sup> RACHOVITSA, A., *loc. cit.*, nota 39, p. 23.

<sup>90</sup> YANNAKOGEORGOS, P. A., «Internet Governance and National Security», *Strategic Studies Quarterly*, 2012, pp. 102 y ss.; DRAKE, W. J. (ed.), *Reforming Internet Governance: Perspectives from the Working Group on Internet Governance*, Nueva York, Naciones Unidas, 2005; MUELLER, M., *The IANA Transition and the Role of Governments in Internet Governance*, IP JUSTICE JOURNAL: Internet Governance and Online Freedom Publication Series, 2015.

<sup>91</sup> <http://www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12.pdf>.

<sup>92</sup> PIGONI, L., «Internet Governance: Time for an Update», *CSS Analyses in Security Policy*, noviembre de 2014, núm. 163; LEWIS, J. A., «Internet Governance: Inevitable Transitions», *Internet Governance Papers*, 2013, núm. 1; ÜLGEN, S., *Governing Cyberspace. A Road Map for Transatlantic Leadership*, Washington, Carnegie Europe, 2016, pp. 37 y ss.; MULLER, M. L., *Networks and States. The Global Politic of Internet Governance*, The MIT Press, 2010, pp. 55 y ss.; NYE, J. S., *The Regime Complex For Managing Global Cyber Activities*, Harvard Kennedy School, Belfer Center for Science and International Affairs, noviembre de 2014, pp. 4 y ss.

<sup>93</sup> [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl\(03.06.2015\)2&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl(03.06.2015)2&direct=true). Véanse RACHOVITSA, A., *loc. cit.*, nota 39, p. 23; FISCHER-LESCANO, A., «Struggles for a global Internet constitution: protecting global communication structures against surveillance measures», *Global Constitutionalism*, vol. 5, 2016, núm. 2, p. 162.

<sup>94</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «La gobernanza de Internet: los próximos pasos» [COM (2009) 277, final, de 18 de junio de 2009, p. 8].

<sup>95</sup> KOPPELL, J. G. S., *loc. cit.*, nota 55, pp. 95-96.

el objetivo de superar esa situación, los arts. 3 y 4 de los Estatutos se dedican a la transparencia y la responsabilidad. Además de los procedimientos ordinarios de control<sup>96</sup> y el procedimiento de revisión interna, el principal expediente a esos efectos es el Procedimiento de Revisión Independiente regulado (IRP) en el art. 4.3. Pero el IRP es extremadamente complejo desde una perspectiva material y orgánica, así como por su naturaleza. Una vez más, su explicación requiere un análisis constructivo más que descriptivo.

### 3.2.1. *La dimensión normativa material*

48. La normativa reguladora del IRP es muy extensa y dispersa<sup>97</sup>. Ello se traduce, en particular, en una falta de transparencia que en poco o en nada contribuye al objetivo de mejora de la responsabilidad de la ICANN.

49. Las normas que intervienen en este procedimiento —además de las propias Actas Constitutivas y los Estatutos de la ICANN, cuya violación justifica el recurso al IRP— son las siguientes: *a)* el art. 4.3, desde el apdo. *a)* hasta el apdo. *y)*; *b)* los denominados «Propósitos del IRP», establecidos pormenorizadamente en el art. 4.3.*a)*, que han de informar del conjunto de este procedimiento; *c)* las «Reglas de Procedimiento del IRP», elaboradas por el Equipo de Supervisión de la Aplicación del IRP, en consulta con el *Standing Panel*, que deben estar adaptadas a las normas arbitrales internacionales y ser conformes con los Propósitos del IRP [art. 4.3.*n)*]; *d)* las normas de Derecho aplicable —sin especificación adicional respecto de su contenido— y la jurisprudencia previa y relevante de otros IRP [art. 4.3.*g)* e *i)*]; *e)* las «normas internacionales de arbitraje aplicables en cualquier tribunal con jurisdicción» [art. 4.3.*a)*], que es una referencia tan genérica como imprecisa, capacitada para generar una considerable inseguridad jurídica, y *f)* las Reglas del *IRP Provider*, regulado en el apdo. *m)* del art. 4.3, que se utilizan para nombrar al tercer miembro del Panel IRP en caso de desacuerdo entre los panelistas en virtud de lo dispuesto en el apdo. *k)* de esta disposición.

50. Esta relación de normas aplicables al IRP no solo es amplia y complicada en sí misma sino, también, por la remisión que hace a conjuntos normativos externos, particularmente, en los apdos. *a)*, *g)* o *i)* del art. 4.3. Ambas circunstancias impiden realizar una valoración positiva del IRP desde esta perspectiva.

### 3.2.2. *La dimensión orgánica*

51. Este procedimiento cuenta con la participación de diversos órganos definidos en el art. 4.3 de los Estatutos, que son los siguientes: *a)* el Panel

<sup>96</sup> En esta categoría se encuentran la revisión periódica, las revisiones específicas y la mediación de la comunidad, además de la revisión anual y la figura del Defensor del Pueblo.

<sup>97</sup> WEITZENBOECK, E. M., *loc. cit.*, nota 6, p. 62.

IRP está formado, de conformidad con lo previsto en el art. 4.3.k), por tres miembros seleccionados del *Standing Panel*, uno por parte del demandante, otro por parte de ICANN y un tercero designado por estos dos panelistas; b) el *Standing Panel* está compuesto de, al menos, siete miembros dotados de conocimientos jurídicos relevantes en Derecho internacional, gobernanza empresarial, sistemas judiciales, resolución de controversias y/o arbitraje [art. 4.3.j)] y con conocimientos y experiencia sobre la ICANN y el DNS; c) el *IRP Implementation Oversight Team*, previsto en el art. 4.3.n), está formado por miembros de la comunidad global de Internet designados mediante consulta a las Organizaciones de Apoyo y a los Comités Asesores, y d) el Proveedor IRP funciona con independencia respecto de ICANN y se ocupa de recibir y distribuir las reclamaciones, las respuestas y la documentación [art. 4.3.n) y o)].

52. En apariencia, la estructura diseñada en este modelo de responsabilidad no debería plantear problemas. La presencia de esos cuatro componentes habría de servir para garantizar la distribución de funciones que debe caracterizar un modelo legítimo y responsable de funcionamiento. Surgen, sin embargo, ciertas dudas al respecto si se presta atención a algunos datos. Por un lado, las Organizaciones de Apoyo y los Comités Asesores participan de un modo u otro, en ambos casos, en la elección de los miembros del *Standing Panel* y del *IRP Implementation Oversight Team*. Por otra parte, la Junta ha de confirmar la elección realizada por ellos en el caso del *Standing Panel*, pero en la Junta se encuentran, también, los representantes de esos mismos órganos aunque con un número de miembros y un estatuto diferente. A la postre, los mejor representados en la Junta tendrán mayores opciones de ver avaladas sus decisiones en la fase previa, condicionando con ello el desarrollo de la misma y mostrando que, en realidad, un mecanismo de selección formalmente neutro no llega a serlo tanto en el fondo. Incluso, los diferentes requisitos exigidos para los miembros del Panel IRP y del *Standing Panel* resultan injustificados teniendo en cuenta que los primeros son seleccionados del segundo<sup>98</sup>. Nuevamente, marca su impronta la complejidad y la escasa transparencia del modelo sumadas, y esto es aún más preocupante, a la ausencia de un verdadero mecanismo de control externo.

### 3.2.3. *La naturaleza del IRP*

53. El art. 4.3.x) establece que el IRP es un proceso de arbitraje definitivo y vinculante, de manera que las decisiones del Panel IRP, salvo en caso de apelación, y del *Standing Panel* son decisiones vinculantes y se consideran ejecutables ante cualquier tribunal con jurisdicción sobre la ICANN<sup>99</sup>, sin

---

<sup>98</sup> Sobre la naturaleza de los paneles, véase POLLICINO, O. y BASSINI, M., *Internet Law in the Era of Transnational Law*, Florencia, EUI Working Paper RSCAS, 2011, pp. 24 y ss.

<sup>99</sup> ZOLNERČIKOVÁ, V., *loc. cit.*, nota 53, pp. 170-171.



necesidad de una nueva revisión respecto de los hechos o las conclusiones jurídicas<sup>100</sup>.

54. En esta disposición, la ICANN consiente expresamente en obligarse por las decisiones de los paneles IRP. Pero está previsto que si la Junta rechaza una decisión del Panel IRP sin apelar o rechaza una decisión del *Standing Panel*, el reclamante podrá acudir a la jurisdicción competente para su ejecución. La previsión misma de que puede rechazar la decisión del Panel IRP es, ciertamente, una forma extraña de entender la aceptación de la obligatoriedad por parte de la ICANN<sup>101</sup>. La cuestión es que, si acepta obligarse por las decisiones de los paneles, no puede tener la opción de rechazarlos, aunque ello abra la vía de recurso para su ejecución.

55. Por su parte, cuando somete su reclamación a un Panel IRP, el reclamante acepta que la decisión del IRP tiene la intención de ser una decisión final y vinculante de arbitraje. Pero si el demandante no consiente con ello, puede iniciar un IRP no vinculante, siempre y cuando la ICANN también esté conforme. En ese supuesto, la decisión de IRP no será vinculante. El problema de esta opción estriba en la posibilidad de que se recurra a ella para comprobar, sin comprometerse, la viabilidad de una reclamación. En caso de obtener satisfacción, lógicamente, se decidiría utilizar la vía del procedimiento vinculante y no ocurriría así en caso contrario. No es, desde luego, una opción recomendable desde el punto de vista jurídico.

#### 4. CONCLUSIONES

56. A pesar de la importancia de sus funciones, la ICANN sigue siendo una institución escasamente conocida y valorada en el marco académico<sup>102</sup> e, incluso, institucional<sup>103</sup>. No ha de extrañar que su reforma, habiendo suscitado un enconado debate político en el marco internacional, se haya sustanciado en apenas dos años y, cercano ya también su segundo aniversario<sup>104</sup>, no haya justificado los necesarios estudios críticos en sede doctrinal.

57. La reforma de la ICANN es un proceso dirigido por Estados Unidos, en un contexto internacional marcado por el disenso político-institucional,

---

<sup>100</sup> No es una previsión exenta de controversia. La Comisión ya había indicado que la estructura de la ICANN y su constitución al amparo del Derecho de California planteaban serios problemas, en particular, en cuanto a litigios sobre la legislación y la jurisdicción aplicables [COM (2009) 277, final, de 18 de junio de 2009, p. 8].

<sup>101</sup> Puede verse el caso *Africa gLTD* en <https://www.icann.org/news/announcement-3-2017-02-09-en>.

<sup>102</sup> PERNICE, I., «Global cybersecurity governance: A constitutionalist analysis», *Global Constitutionalism*, vol. 7, 2018, p. 133.

<sup>103</sup> Un año después de la reforma de la ICANN, en una Comunicación de la Comisión se menciona a la IANA en lugar de la ICANN y se prescinde de la existencia, en lugar de aquella, del PTI [Anexo a la Comunicación de la Comisión «Sacar el máximo partido a la SRI», COM (2017) 476 final, 4 de octubre de 2017, pp. 22-23].

<sup>104</sup> En octubre de 2018, con ocasión del mismo, la reunión de la ICANN se celebrará en Barcelona (<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/Paginas/2018/refc20180209.aspx#icann>).

con la finalidad de controlar exactamente su resultado que es la privatización de la gobernanza tecnológica y no en sentido preciso su internacionalización, porque mantiene su naturaleza originaria más allá de los cambios operativos en el ejercicio de las funciones de la IANA a través del PTI. Las dudas sobre la legitimidad de su actuación se suman a las que plantea ese resultado en la medida en que la reforma realizada no responde a las condiciones formuladas por la mayoría de los Estados y organizaciones internacionales en cuanto a la garantía de un estatuto intergubernamental equivalente o igual y en relación con la habilitación de mecanismos de transparencia y responsabilidad<sup>105</sup>. No hay que olvidar que la opción de la privatización era aceptada —y no por la totalidad de los interlocutores— siempre y cuando se cumplieren esas condiciones. Ni, tampoco, que finalmente la ICANN sigue siendo una corporación constituida de conformidad con la legislación del estado de California<sup>106</sup>, lo que supone estar sometida a la jurisdicción estadounidense, carecer de las inmunidades y privilegios característicos de las organizaciones internacionales y no contar con suficientes garantías de objetividad e imparcialidad en su relación con entidades estadounidenses o extranjeras<sup>107</sup>; características todas ellas suficientemente definitorias de su personalidad jurídica. A pesar de su filosofía *multistakeholder*, no refleja en su composición, estructura y funcionamiento la diversidad global. En su lugar, sacraliza la preeminencia tecnológica y económica del Estado bajo cuyo ordenamiento jurídico está constituida<sup>108</sup>. El modelo institucional y de responsabilidad confirman esta situación.

58. El análisis del diseño institucional de la ICANN resultante de la reforma permite extraer algunas conclusiones. En una primera panorámica del sistema, orgánicamente, se identifica una estructura amplia y representativa con tres órganos principales —EC, Junta y Comité de Nominaciones— tres Organizaciones de Apoyo y cuatro Comités Asesores. La situación no es exactamente así. Los tres órganos principales se nutren de los demás y, además, el modo de hacerlo en cada caso afecta al estatuto de cada elemento del sistema y a su posición como componente del mismo y, en particular, de la EC. La naturaleza de los órganos no solo no es homogénea como partes integrantes de un mismo sistema —o, incluso, dentro de la misma categoría como Organizaciones de Apoyo o Comités Asesores— sino que se ve, además, condicionada, por la representación que se otorga a cada uno de ellos dentro de los órganos principales. La relación de independencia característica de un sistema de reparto de poder no es efectiva, ni la representatividad del sistema es real. Tras la apariencia de un modelo de poder organizado y representativo,

---

<sup>105</sup> Véase la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de febrero de 2015 sobre la renovación del mandato del Foro para la Gobernanza de Internet (DO C 310, de 25 de agosto de 2016, pp. 12-14).

<sup>106</sup> En realidad: «*Cosmetic changes to existing institutions will not do. Deep-rooted changes are required, the kind of changes that will expand democracy and social and economic justice, preserve the right of people as well as the sovereign rights of countries, and ensure that the Internet is used for peace - not war*» (PURKAYASTHA, P. y BAILEY, R., *loc. cit.*, nota 8, p. 125).

<sup>107</sup> KUERBIS, B. y MUELLER, M. L., *loc. cit.*, nota 34, p. 125; LEWIS, J. A., *loc. cit.*, nota 27, p. 58.

<sup>108</sup> PURKAYASTHA, P. y BAILEY, R., *loc. cit.*, nota 8, pp. 110 y ss.

hay una realidad distinta porque no es igual la situación de la GNSO que la de la ccNSO, como tampoco lo es la del GAC y el ALAC, a pesar de compartir la condición de miembros de la EC.

59. El estudio del modelo institucional de la ICANN no permite llegar a una valoración positiva en términos de transparencia, representatividad y legitimidad como modelo de gobernanza. No son argumentos a su favor la complejidad de su estructura y órganos, su diferente naturaleza y fundamentación normativa, la ausencia de un estatuto o una tipología que permita adscribir a sus distintos componentes en categorías, las distintas fórmulas de participación y, muy particularmente, en términos de legitimidad, la no atribución al GAC de una posición conforme con la naturaleza y el valor de su representación.

60. En definitiva, para la organización de ese modelo, se habría requerido operar de acuerdo con tres parámetros principales: en primer lugar, una estructura institucional básica articulada mediante instituciones representativas y diferenciadas gracias a un estatuto jurídico claramente definido en cuanto a su composición, naturaleza y funciones; en segundo lugar, un modelo real de reparto de atribuciones y un sistema de *checks and balances* capacitado para garantizar el reparto y el control del poder y, con ello, el equilibrio institucional garante básico de la legitimidad de cualquier sistema de organización; y en tercer lugar, el reconocimiento del papel de los Estados y organizaciones públicas mediante el establecimiento de un órgano de representación con la composición, naturaleza y atribuciones que le corresponden atendiendo a su condición, sin renunciar al modelo *multistakeholder* pero sin soslayar tampoco la necesaria presencia estatal.

61. Por su parte, el análisis de la reforma principal del modelo de responsabilidad tampoco arroja un balance positivo. En primer lugar, el conjunto de procedimientos y expedientes previstos con esa finalidad resulta complejo en su organización, excesivo en cuanto al número y poco transparente en su diseño final, en particular, respecto del IRP. En segundo término, como se ha explicado, este procedimiento no es realmente independiente, ni mucho menos externo. Por último, la normativa aplicable es muy extensa, diversa e, incluso, finalmente, indeterminada y la naturaleza del procedimiento arroja mayores ambigüedades que certidumbres. Además de las Actas constitutivas, los Estatutos y las reglas específicas, se recurre en exceso a la técnica de la remisión a las disposiciones de Derecho aplicable, sin especificarlas, o a las normas arbitrales internacionales, internas o propias. El conjunto de estas disposiciones puede, en sí mismo, resultar inabarcable. El resultado no responde a exigencias mínimas de seguridad jurídica que, sin embargo, se habrían cubierto si se hubiese operado mediante la identificación, selección y compilación de esas normas en un único texto, bien dentro de los Estatutos o en un anexo a los mismos. En definitiva, la reforma debería haberse traducido en la articulación de un procedimiento interno y de un procedimiento externo, realmente independiente, de rendición de cuentas y de garantía de responsabilidad apoyado en una normativa compilada, comprensible y

transparente y en una supervisión multilateral de naturaleza intergubernamental.

62. En realidad, la responsabilidad de una organización, y con ella su propia legitimidad, no derivan —ni pueden hacerse depender— de un entramado normativo, orgánico y procedimental compuesto por estructuras complejas en su organización y funcionamiento y procedimientos de responsabilidad diversos, con la intervención de numerosos órganos, con un marco normativo indefinido o indeterminado en su globalidad y con escasas garantías jurídicas básicas. Es cierto que el modelo *multistakeholder* que ha presidido este proceso no es fácilmente conciliable con los requerimientos propios de la técnica y la lógica jurídicas, pero desconocerlos entraña serios riesgos para la operatividad misma del entramado en su conjunto. La seguridad jurídica, la transparencia y la confiabilidad del sistema son condiciones ineludibles si realmente se pretende dotarlo de la necesaria legitimidad y efectividad en el ejercicio de sus funciones tan esenciales para la gobernanza del ciberespacio.

63. En términos de legitimidad, la reforma de la ICANN ha supuesto mantener la discutible posición de privilegio de Estados Unidos y, en gran medida, la cuestionable dependencia de la ICANN. El recurso al modelo *multistakeholder* ha servido para consolidar esa situación con cambios de fondo más aparentes que reales y para soslayar, una vez más, el necesario consenso intergubernamental que habría operado como legitimador del modelo de gobernanza en su conjunto.

## RESUMEN

### LA REFORMA DE LA CORPORACIÓN PARA LA ASIGNACIÓN DE NOMBRES Y NÚMEROS DE INTERNET (ICANN): UN ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE LEGITIMIDAD

La ICANN es una corporación constituida, de conformidad con el Derecho estadounidense, para garantizar el funcionamiento estable y seguro del sistema mundial de identificadores únicos de Internet: los parámetros de protocolo, los recursos numéricos y la gestión de la Zona Raíz del Sistema de Nombres de Dominio. Desde su creación, esta corporación ha sido ampliamente criticada por su déficit de legitimidad que justifica la necesidad de proceder a su reforma. El disenso político-institucional y la apariencia de neutralidad de la gobernanza tecnológica han propiciado una solución unilateral a ese problema en la medida en que Estados Unidos ha controlado su desarrollo y sus resultados. Esa reforma se ha realizado siguiendo el modelo *multistakeholder* y se ha materializado principalmente en los Estatutos que establecen el modelo institucional y el sistema de responsabilidad de la ICANN. El primero muestra serias disfunciones en su organización, naturaleza, interacciones y funcionamiento. Por su parte, el modelo de responsabilidad se ha construido principalmente a través de un procedimiento que no garantiza realmente un control independiente y externo. A pesar de la reforma, la crisis de legitimidad de la ICANN no se ha resuelto satisfactoriamente.

**Palabras clave:** ICANN, gobernanza tecnológica, legitimidad, modelo institucional, responsabilidad.

**ABSTRACT**

**THE REFORM OF THE INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES  
AND NUMBERS (ICANN): AN ANALYSIS OF ITS LEGITIMACY**

ICANN is a corporation created in accordance with US law and aimed to ensure the stable and secure operation of the Internet's unique identifier systems. Since its creation, this corporation has been widely criticized for its lack of legitimacy. This problem justifies the need to reform it. Both political-institutional dissent and the appearance of neutrality of technological governance have led to a unilateral solution to this problem to the extent that the United States has controlled its development and results. This reform has been carried out following the multistakeholder model. The new Bylaws modifies the ICANN institutional model and also the accountability system. But the first shows serious organic and functional problems, while the second has been built mainly through one procedure that does not really guarantee independent and external control. Despite the reform, ICANN's legitimacy crisis has not been yet resolved satisfactorily.

**Keywords:** ICANN, technological governance, accountability, institutional framework.



## LOS PRINCIPIOS RUGGIE Y LA AGENDA 2030. UN FUTURO DE RECÍPROCAS INFLUENCIAS POR EXPLORAR\*

Carmen MONTESINOS PADILLA

**SUMARIO:** 1. DESARROLLO SOSTENIBLE, DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS.—2. LA PRERROGATIVA ESTATAL DE VULNERACIÓN (Y PROTECCIÓN) DE LOS DERECHOS, BAJO SOSPECHA.—3. LOS PLANES DE ACCIÓN NACIONAL. HACIA UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL SOCIALMENTE RESPONSABLE.—3.1. Impulsos regulatorios.—3.2. Valoración preliminar.—3.2.1. Debilidades a superar (y herramientas para hacerlo): Reino Unido, Países Bajos, Dinamarca, Finlandia y Suecia.—3.2.2. Fortalezas alcanzadas (a imitar): Francia, Noruega, Italia y Suiza.—3.2.3. Cambios necesarios: España.—4. EL RESPETO DE LOS DERECHOS POR EL SECTOR EMPRESARIAL COMO INDICADOR DE SOSTENIBILIDAD.

### 1. DESARROLLO SOSTENIBLE, DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS<sup>1</sup>

1. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 o la Agenda), adoptada en Nueva York en septiembre de 2015, es un «plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad» que integra 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 metas que conjugan sus dimensiones

---

\* Este artículo ha sido elaborado gracias a la financiación de la Xunta de Galicia (Axudas de apoio á etapa de formación posdoctoral nas universidades do SUG, nos organismos públicos de investigación de Galicia e noutras entidades do Sistema galego de I+D+i). Carmen Montesinos Padilla es investigadora postdoctoral (acreditada como profesora contratada doctora) de la Universidad de Vigo ([cmontesinos@uvigo.es](mailto:cmontesinos@uvigo.es)). Actualmente está vinculada al INTRALaw Centre, Aarhus University (Dinamarca). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 27 de enero de 2017.

<sup>1</sup> «Where people's human rights are not fully respected, their ability to enjoy the fruits of development are much reduced, and the disparities between the poor and most vulnerable and the rest of society only grow. By contrast, where companies focus resources on reducing the risks to people's human rights along their value chains, they not only reduce harm but also help advance development»: véase RUGGIE, J., *The Sustainable Development Goals and the Guiding Principles. Open letter to the heads of the Global Commission on Business and Sustainable Development*, disponible en <https://www.shiftproject.org/resources/viewpoints/sustainable-development-goals-guiding-principles/>.

económica, ambiental y social<sup>2</sup>. Reemplazando a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), y aunque consciente en sus propósitos de la necesidad de diferenciar en la adopción de responsabilidades comunes, la Agenda pretende su implementación universal (párrs. 4 y 5) y hunde sus raíces en el Derecho Internacional (DI) de los derechos humanos (párrs. 10 y 18). Manifiesta un compromiso firme de poner fin a la pobreza y el hambre, combatir las desigualdades, construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas y garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos, aspirando para ello al respeto universal de los derechos humanos, el Estado de Derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación (párr. 8). Los ODS y los derechos humanos se refuerzan así mutuamente. La implementación de la Agenda 2030 no es posible si no se respetan los derechos humanos, mientras que el cumplimiento de los objetivos que la integran contribuye sustancialmente a la efectiva protección de las libertades y los derechos de las personas<sup>3</sup>. Y con metas específicas como la erradicación del trabajo forzoso, las formas contemporáneas de esclavitud, el trabajo infantil y la trata de personas (ODS 8), la Agenda representa una oportunidad inigualable para hacer de la relación entre los derechos y las empresas la piedra angular de un desarrollo sostenible<sup>4</sup>. Por ello, los Principios Rectores de Naciones Unidas (ONU) sobre Empresas y Derechos Humanos (Principios Rectores o Principios Ruggie)<sup>5</sup> son considerados como una valiosa herramienta para su implementación (párr. 67)<sup>6</sup>.

2. Los Principios Ruggie deben ser la base sobre la que articular la consecución de un desarrollo sostenible a través de la actividad comercial. En las asociaciones estratégicas que se establezcan entre el sector empresarial y los Estados, los gobiernos deberían garantizar que sus socios comerciales asumen un compromiso demostrable con los mismos. Deberían aprovechar sus políticas, tanto las relacionadas con la implementación de la Agenda, como las vinculadas con el comercio y la promoción de las inversiones en general, para alentar las prácticas empresariales responsables. Así, por ejemplo, entre las actuaciones para respaldar una contratación pública sostenible (ODS 17.2), los Estados tendrían que introducir procedimientos de debida diligencia en sus legislaciones y prácticas de adquisiciones. Por su parte, las

<sup>2</sup> Disponible en <http://www.sela.org/media/2262361/agenda-2030-y-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible.pdf>.

<sup>3</sup> DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, *Los derechos humanos en el seguimiento y examen de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Copenhagen, Danish Institute for Human Rights, 2016, p. 8. La relación entre la Agenda y los derechos ha sido desarrollada en *The Human Rights Guide to the Sustainable Development Goals*, véase en <http://sdg.humanrights.dk/es>.

<sup>4</sup> En este sentido, por ejemplo, véase GNETING, U., BLOCH VEIBERG, C. y MEHRA, A., en <http://blog.journals.cambridge.org/2017/11/23/why-the-business-and-human-rights-community-needs-to-engage-with-the-sdgs/>.

<sup>5</sup> A/HRC/17/31, de 21 de marzo de 2011. Véase el epígrafe 3 de este trabajo.

<sup>6</sup> En su párr. 37, la Agenda de Acción de Addis Abeba (<http://www.un.org/esa/ffd/ffd3/wp-content/uploads/sites/2/2015/07/Addis-Ababa-Action-Agenda-Draft-Outcome-Document-7-July-2015.pdf>) reitera la necesidad de proteger los derechos de conformidad con los Principios Rectores para alcanzar un sector empresarial eficiente.



propias empresas habrían de incorporar el respeto de los derechos a lo largo de toda su cadena de valor<sup>7</sup>, sometiéndose, en todo caso, su actividad comercial a una adecuada rendición de cuentas. De hecho, la implementación tanto de la Agenda 2030 como de los Principios Rectores impone la adopción de medidas que garanticen el acceso de las víctimas a mecanismos efectivos de reparación (ODS 16 y Pilar III Principios Ruggie)<sup>8</sup>. En pocas palabras, los Principios Rectores deberían guiar la actuación de los Estados y las empresas para hacer de la actividad comercial un medio real para la consecución de un desarrollo sostenible. Los gobiernos tendrían, por tanto, que adoptar Planes de Acción Nacional en materia de derechos y empresas (PANs) que integren compromisos firmes de implementación de políticas e iniciativas legislativas que, mediante el cumplimiento de los Principios Ruggie, coadyuven a la consecución de los ODS. Así, la evaluación del contenido de los PANs y de su nivel de cumplimiento serviría como indicador para determinar, a su vez, el nivel de consecución de los objetivos y metas que integran la Agenda 2030. Y es a esta labor de seguimiento que pretenden contribuir las páginas que siguen<sup>9</sup>.

## 2. LA PRERROGATIVA ESTATAL DE VULNERACIÓN (Y PROTECCIÓN) DE LOS DERECHOS, BAJO SOSPECHA

3. El potencial de las empresas para vulnerar los derechos está hoy fuera de toda duda. Es difícil negarlo si pensamos, por ejemplo, en las recientes denuncias de los casos de explotación infantil en las cadenas de suministro de las compañías de automóviles y telefonía móvil más importantes del mundo, en los más de 60.000 trabajadores que cobran una media de 2,5 dólares estadounidenses al día por las labores de explotación del aceite de palma en Indonesia y en la muerte de más de 1.000 personas ocasionada por el hundimiento del edificio Rana Plaza en Bangladesh, o en la de más de 20.000 a resultas de la fuga de gas en la bien conocida planta química de Bhopal<sup>10</sup>. Pero a medida que las empresas, especialmente las transnacionales, han ido incrementado su capacidad de influencia en las esferas económica, política y social y, simultáneamente, ganando terreno en la regulación de su actividad comercial, los Estados se han visto sometidos a un proceso de paulatina erosión de su soberanía<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Sobre esta materia, BUSINESS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT COMMISSION, *Business, Human Rights and the Sustainable Development Goals. Forging a Coherent Vision and Strategy*, Londres, Business and Sustainable Development Commission, 2016.

<sup>8</sup> Estas recomendaciones se encuentran disponibles en [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR\\_SDGRecommendations.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR_SDGRecommendations.pdf).

<sup>9</sup> Sobre el monitoreo de la Agenda 2030, véase DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, *op. cit.*, nota 3.

<sup>10</sup> Los históricos de estos casos puede consultarse en la web de Amnistía Internacional: véase <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/empresas-y-derechos-humanos/>.

<sup>11</sup> EVANS, P., «¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización», en CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *Globalización y Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 41.

4. Como advirtiera David Held, quizá hablar de un «eclipse total de los Estados» distorsione lo ocurrido en el contexto de la globalización, donde los mismos siguen siendo actores relevantes. Quizá sea así más conforme con la realidad contemporánea referirnos a las profundas transformaciones de las que están siendo objeto sus elementos constitutivos<sup>12</sup>. En todo caso, lo cierto es que frente a la intensificación de las relaciones que la globalización genera, no se han logrado imponer los límites y controles jurídicos necesarios<sup>13</sup>. De este modo, en un contexto caracterizado por una compleja red normativa al servicio de los intereses de las corporaciones privadas (*Lex Mercatoria*, se ha venido a llamar), la progresiva adquisición por las empresas de poderes cuyo ejercicio ha correspondido tradicionalmente a las autoridades nacionales y la incapacidad (y no infrecuente falta de voluntad) de los Estados para afrontar sus obligaciones de tutela, no es de extrañar la continua emergencia de instrumentos regulatorios tendentes a la atribución de responsabilidades a las empresas. Las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) para Empresas Multinacionales<sup>14</sup>, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>15</sup> y el *Global Compact* (o Pacto Mundial)<sup>16</sup> son, posiblemente, los más conocidos, caracterizándose todos ellos por su naturaleza voluntaria. Pero también ha habido intentos por articular instrumentos que impongan a las empresas obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos. El *non nato* Código de Conducta para las Empresas Transnacionales fue el primero<sup>17</sup>. Las fallidas Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos (NRTDH), el segundo<sup>18</sup>.

5. En cualquier caso, el tránsito desde la voluntariedad hacia la obligatoriedad jurídica en este terreno no es sencillo. Ilustrativo resulta el diálogo entablado en los últimos años entre los Profesores Nien-hê Hsieh y Denis Ar-

<sup>12</sup> HELD, D., «¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política», en CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *op. cit.*, nota 11, pp. 76-78.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, L., «Pasado y futuro del estado de derecho», en CARBONELL, M. (coord.), *Neonstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 22. Entre la literatura especializada es ya lugar común la referencia a la articulación de una suerte de «arquitectura de la impunidad». Entre otros, véase GEORGE, S., *Los usurpadores. Cómo las empresas transnacionales toman el poder*, Barcelona, Icaria, 2015, y GUANMÁN, A. y MORENO, G., *El fin de la impunidad. La lucha por un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos*, Ulzama, GUE/NGL, 2017, pp. 21-22.

<sup>14</sup> Desarrolladas por primera vez en 1976, las Líneas Directrices de la OCDE son recomendaciones de los gobiernos a las empresas en materia de relaciones laborales, medio ambiente, corrupción, intereses de consumidores, divulgación de información, cuestiones tributarias y, desde 2011, derechos humanos.

<sup>15</sup> Directrices dirigidas a las multinacionales, los gobiernos, las organizaciones patronales y los sindicatos en relación con el empleo, la formación, las condiciones de trabajo y las relaciones laborales.

<sup>16</sup> Promovido por el ex Secretario General de ONU, Kofi Annan, durante la Cumbre Económica Mundial de Davos (Suiza) en 1999, se trata de una iniciativa en virtud de la cual las empresas se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones con diez principios estructurados en cuatro áreas temáticas: derechos, normas laborales, medio ambiente y lucha contra la corrupción.

<sup>17</sup> UN Doc. E/1988/39/Add.1, de 1 de febrero de 1988.

<sup>18</sup> UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003.

nold, quienes han enfrentado los distintos argumentos que se pueden colegir de las concepciones moral e institucional de las obligaciones que en la materia puedan atribuirse a las empresas<sup>19</sup>. De este modo, por el lado de quienes niegan la posibilidad de reconocer obligaciones jurídicas vinculantes a las corporaciones privadas en materia de derechos humanos, nos encontramos con razones basadas en la propia dinámica del DI y en los potenciales riesgos de situar en un plano de igualdad a Estados, ciudadanos y empresas; en la incapacidad de estas últimas para institucionalizar normas y en la incompatibilidad entre los valores que sustentan los derechos y los propios que subyacen a una economía de mercado. Por su parte, quienes defienden lo contrario infieren sus argumentos del reconocimiento de las empresas como agentes morales, la insuficiencia del modelo de la autorregulación y, por supuesto, de la realidad incuestionable que es ya la perpetración de graves vulneraciones de derechos con origen en la actividad comercial<sup>20</sup>. Y es precisamente el pragmatismo que exige la realidad de los hechos lo que ha impulsado el debate sobre la futura aprobación de un tratado internacional vinculante en materia de derechos y empresas<sup>21</sup>. De este modo, la polémica trasciende ya sus términos originarios, adentrándose en la igualmente controvertida cuestión de la delimitación de aquellos derechos respecto de cuya vulneración las corporaciones habrían efectivamente de responder. ¿Deberían las empresas poder ser consideradas responsables de la vulneración de cualquier tipo de derechos, o únicamente respecto de la violación de aquellos que le son jurídicamente reconocidos? En este último supuesto, ¿habría que reconocer más derechos a las personas jurídicas? En caso afirmativo, ¿esta ampliación no supondría un mayor riesgo de vulneración?<sup>22</sup>.

6. Sea como fuere, y al menos hasta la fecha, el DI no reconoce a las empresas obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos. Las fallidas NRTDH fueron sucedidas por los así denominados Principios Ruggie, que son generalmente categorizados como *soft law*, estableciendo en todo caso una clara distinción entre el deber jurídico de los Estados de proteger los derechos en relación a la actividad de terceros, por un lado, y la responsabilidad de las empresas de respetarlos, por otro<sup>23</sup>. No obstante, los Principios Rectores están incentivando la adopción de políticas públicas y prácticas empresariales que representan avances de interés. Y no solo eso. Su aplicación está además impulsando la aprobación de iniciativas que imponen obligacio-

<sup>19</sup> ARNOLD, D., «Corporations and Human Rights Obligations», *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, 2016, núm. 2, pp. 255-275; y HSIEH, N., «Should Business Have Human Rights Obligations?», *Journal of Human Rights*, vol. 14, 2015, núm. 2, pp. 218-236.

<sup>20</sup> CRAGG, W., «Business and human rights: a principle and value-based analysis», en CRAGG, W. (ed.), *Business and Human Rights*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 15-30.

<sup>21</sup> Véase toda la información sobre este proyecto futuro de tratado internacional en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx>.

<sup>22</sup> DOUGLAS BISHOP, J., «The limits of corporate human rights obligations and the rights of for-profit corporations», *Business Ethics Quarterly*, vol. 22, 2012, núm. 1, pp. 119-144.

<sup>23</sup> Sobre el proceso de elaboración de los Principios Rectores, entre muchos otros, véase CANTÚ RIVERA, H. F., «Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 313-354.

nes vinculantes a las corporaciones privadas relacionadas con la prevención, mitigación y reparación de los impactos negativos de su actividad, poniendo en tela de juicio, una vez más, la existencia de una dicotomía sin fisuras entre el *hard law* y el llamado «Derecho blando». Así, los Principios Ruggie se erigen en una suerte de mecanismo de coordinación de medidas y actuaciones de la más diversa índole que, a nivel nacional, comienzan a tener reflejo y/o a ser impulsadas por los correspondientes PANs.

### 3. LOS PLANES DE ACCIÓN NACIONAL. HACIA UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL SOCIALMENTE RESPONSABLE

7. Tanto su pretendida naturaleza obligatoria como la ampliación del ámbito de responsabilidad de las empresas a su esfera de influencia, fueron objeto de las principales críticas vertidas frente a las ya referidas NRTDH, finalmente rechazadas por la extinta Comisión de Derechos Humanos<sup>24</sup> que, en la misma decisión, solicitó a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACDH) la elaboración de un informe relativo al alcance y la situación jurídica de las iniciativas y normas existentes acerca de la responsabilidades de las empresas transnacionales. Esta solicitud originó el nombramiento por el Secretario General de la ONU de un Representante Especial en el ámbito de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, puesto que ocupó el profesor Ruggie durante dos mandatos. Durante el primero (2005/2007), tuvo encomendada la identificación de los parámetros existentes en la materia y de las mejores prácticas estatales, así como la aclaración de conceptos tan discutidos como el de «complicidad empresarial» y el de «esferas de influencia corporativa». En 2008 presentó el Marco para Proteger, Respetar y Remediar (Marco ONU). Basado en la obligación estatal de proteger contra el abuso de los derechos por terceros (Pilar I), la responsabilidad corporativa de respetarlos (Pilar II) y la necesidad de garantizar el acceso de las víctimas a remedios efectivos (Pilar III)<sup>25</sup>, el Marco ONU fue aprobado por el Comité de Derechos Humanos, que prorrogó el mandato de Ruggie con objeto de que elaborase una guía práctica para su implementación. Los Principios Rectores constituyen la materialización de dicho mandato.

8. Sobre los tres Pilares del Marco ONU<sup>26</sup>, los Principios Ruggie urgen a los Estados a preocuparse de los mecanismos generales de regulación y política necesarios para cumplir con su deber de proteger y realizar los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, así como de la

---

<sup>24</sup> La Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, creada el 12 de agosto de 1957, asistía a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos hasta su sustitución por el Consejo de Derechos Humanos, el 15 de marzo de 2006.

<sup>25</sup> A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008.

<sup>26</sup> BILCHITZ, D., «El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?», *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 7, 2010, núm. 12, pp. 209-241.

articulación de mecanismos efectivos de reparación. Por su parte, recomiendan a las empresas tanto la asunción pública del compromiso de respetar los derechos, como la adopción de un procedimiento de diligencia debida que les permita prevenir, mitigar y remediar impactos negativos de su actividad<sup>27</sup>. Esta distinción entre el deber de los Estados de proteger y la responsabilidad de las empresas de respetar ha sido ampliamente criticada, como también lo ha sido su naturaleza «meramente voluntaria». Sin embargo, y aunque sin obviar sus deficiencias, los Principios Rectores no solo han puesto de manifiesto que «es posible alcanzar un grado significativo de convergencia de normas, políticas y prácticas»<sup>28</sup>, sino que las funciones que vienen demostrando desempeñar hacen cada vez más difícil su encuadramiento en la taxonomía del *soft law*<sup>29</sup>.

9. En el contexto actual la defensa de una división diametral entre el *hard* y el *soft law* resulta, cuanto menos, cuestionable. El denominado Derecho blando puede endurecerse. Así ocurre cuando crea y/o codifica DI consuetudinario, colma las lagunas de los tratados vigentes, facilita su interpretación y genera el consenso necesario para la aprobación de nuevos convenios internacionales o proporciona orientaciones y modelos para la adopción de leyes nacionales<sup>30</sup>. De este modo, las recíprocas relaciones entre ambas categorías hacen de la visión continuista del DI, una perspectiva mucho más realista que la binaria. Así lo ponen de manifiesto los propios Principios Rectores. Como veremos, su aplicación está dando lugar a interesantes medidas legislativas tendentes a la atribución a las empresas de obligaciones para prevenir y remediar los impactos negativos de su actividad sobre los derechos. Y ello sin olvidar que, a fecha de redacción de estas líneas, el Grupo de trabajo creado en 2014 para la aprobación de un instrumento internacional vinculante en la materia ha celebrado ya tres sesiones<sup>31</sup>. La realidad parece demostrarnos así que negar la funcionalidad normativa del *soft law* no tiene demasiado sentido<sup>32</sup>. Pero es que, además, los Principios Rectores revisten ciertas peculiaridades.

<sup>27</sup> Sobre «devida diligencia» puede consultarse la Guía disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2\\_En.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf). Véase también ISEA SILVA, R., «Las empresas y los derechos humanos», *Cuadernos de la Cátedra La Caixa de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, 2011, núm. 12, pp. 19-22

<sup>28</sup> RUGGIE, J. G., «Gobernanza mundial y Teoría de la Nueva Gobernanza: Lecciones sobre Empresas y Derechos Humanos», *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, 2015, núm. 20, pp. 20-30.

<sup>29</sup> LAGOUTTE, S., «The UN Guiding Principles on Business and Human Rights. A Confusing “Smart Mix” of Soft and Hard International Human Rights Law», en LAGOUTTE, S. y GAMMELTOFT-HANSEN, J. C. (eds.), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 244.

<sup>30</sup> Por todos, SHELTON, D., «Soft Law», *GWU Legal Studies Research Paper*, núm. 322, en <https://ssrn.com/abstract=1003387>.

<sup>31</sup> Entre muchos otros, véanse BILCHITZ, D., «The Necessity for a Business and Human Rights Treaty», *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, 2016, núm. 2, pp. 203-227; DE SCHUTTER, O., «Towards a New Treaty on Business and Human Rights», *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, 2016, núm. 2, pp. 41-67; LÓPEZ, C. y SHEA, B., «Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Session», *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, 2016, núm. 1, pp. 111-116.

<sup>32</sup> FASTENRATH, U., «Relative Normativity in International Law», *EJIL*, 1993, núm. 4, pp. 305-340.

10. Debido a su naturaleza expresamente «no vinculante», una primera aproximación nos podría llevar a concluir que efectivamente los denominados Principios Ruggie son Derecho blando. Sin embargo, como advierte Christoph Good, esta amplia categorización no aporta demasiado en lo que a la delimitación de sus efectos jurídicos respecta. Si optamos por su consideración como un nuevo estándar, los Principios Rectores no serían más que un paso previo a la adopción de normas de *hard law*. Si por el contrario adoptamos, como aquí se propone, una comprensión procedimental, su funcionalidad es bien distinta. Desde esta perspectiva, los Principios Rectores pueden ser concebidos como una suerte de «dispositivo de coordinación» que abarca medidas de regulación tanto vinculantes (*hard law*) como de asunción voluntaria (*soft law*), conjuntamente con fórmulas que trascienden el plano de la normatividad. Pueden, por tanto, ser percibidos como un mecanismo cuyo análisis teórico encuentra mucho mejor encaje en el marco del emergente Derecho global desafiando, de este modo, la conceptualización tanto del DI positivo en general, como del propio *soft law*, más específicamente<sup>33</sup>.

11. A día de hoy, no parece que para cuestionar la existencia de un incipiente Derecho global sean ya suficientes argumentos basados en los actores implicados en su creación, la imprecisión y vaguedad de sus términos o la supeditación de su cumplimiento a factores que, como la presión social, resultarían ajenos a su propia naturaleza (no vinculante)<sup>34</sup>. En el contexto de la(s) globalización(es) es necesario redefinir nuestros asentados paradigmas jurídicos. Y los Principios Rectores dan buena cuenta de ello. Es evidente que los procedimientos regulatorios basados en el diálogo entre los distintos grupos de interés en el marco de la actividad empresarial, no son una novedad. La doctrina sobre el «Derecho reflexivo» de Gunther Teubner no lo es tampoco<sup>35</sup>. Sin embargo, lo interesante de los Principios Rectores es que este enfoque no es solo adoptado en el proceso de su elaboración, sino también en muchos de los instrumentos que los aplican o tienden a su desarrollo<sup>36</sup>. Como ejemplo paradigmático, los ya mencionados PANs. A nivel doméstico, estos instrumentos políticos son reflejo de aquella convergencia de normas, políticas y prácticas y, de acomodarse efectivamente a las directrices del profesor Ruggie, pueden erigirse como el más robusto de los pilares sobre el que levantar una actividad empresarial socialmente responsable.

---

<sup>33</sup> GOOD, C., «Mission Creeps: The (Unintended) Re-enforcement of the Actor's Discussion in International Law through the Expansion of Soft Law Instruments in the Business and Human Rights Nexus», en LAGOUTTE, S. y GAMMELTOFT-HANSEN, J. C., *op. cit.*, nota 29, pp. 255-272.

<sup>34</sup> LAPORTA, F., «Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas», en CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *op. cit.*, nota 11, pp. 213-243.

<sup>35</sup> TEUBNER, G., «Substantive and reflexive elements in modern law», *Law and Society Review*, vol. 17, 1983, núm. 2, pp. 239-285.

<sup>36</sup> Este tipo de iniciativas de gobernabilidad regulativa han venido a calificarse como una suerte de «Derecho internacional informal», véase PAUWELYN, J., «Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions», en PAUWELYN, J., WESSEL, R. y WOUTERS, J. (eds.), *Informal International Law Making*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 13-34.

### 3.1. Impulsos regulatorios

12. Los Principios Ruggie constituyen un punto de inflexión en cuanto a la regulación de las responsabilidades que en materia de derechos pueda generar la actividad empresarial. Su internalización en las corporaciones privadas se está articulando, fundamentalmente, a través de estrategias de Responsabilidad Social Corporativa (RSC). No obstante, también comienzan a proliferar las coaliciones estratégicas que, de carácter normalmente sectorial, implican a empresas, sindicatos, asociaciones de consumidores y organizaciones de la sociedad civil<sup>37</sup>. Los Estados, por su parte, vehiculan su realización a través de la progresiva adopción de PANs<sup>38</sup>, cuya aprobación y desarrollo no solo se ha convertido en una prioridad en la agenda de la ONU sino que, en lo que al espacio europeo respecta, ha encontrado un importante respaldo tanto en el Consejo de Europa (COE), como en la propia Unión Europea (UE).

13. En su Resolución 26/22, de 15 de julio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos instó a los Estados miembros de la ONU a adoptar PANs, esto es, documentos políticos en los que los Estados habrán de identificar las prioridades y las medidas que adoptarán para cumplir con los Principios Rectores. Desde entonces, este objetivo se ha convertido en prioritario para el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (WGBHR, por sus siglas en inglés), que ha asignado a esta cuestión preferencia estratégica<sup>39</sup>. Creado por el Consejo de Derechos Humanos en 2011<sup>40</sup>, el WGBHR tiene encomendadas, entre otras funciones, la identificación e intercambio de buenas prácticas, proporcionar apoyo y capacitación, realizar visitas a países y hacer recomendaciones para la articulación de remedios efectivos, así como informar periódicamente al Consejo y a la Asamblea General<sup>41</sup>. Además, desde la última renovación de su mandato, tiene encomendadas funciones relativas a la implementación de la Agenda 2030<sup>42</sup>. Y es precisamente en el ejercicio de estas últimas funciones que, atendiendo a las sinergias entre el respeto de los derechos por las empresas y el desarrollo sostenible, el WGBHR viene destacando el potencial de los PANs para implementar los ODS<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Es el caso, por ejemplo, del *Malawi Tea 2020: Revitalisation Programme Towards Living Wage*. Toda la información en <http://www.malawitea2020.com>.

<sup>38</sup> BUHMANN, K., «The UN Framework Protect, Respect, Remedy: Explaining the consensus-based construction of business responsibilities for human rights», *International Law Research*, vol. 1, 2012, núm. 1, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2166281](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166281).

<sup>39</sup> A/HRC/WG.12/7/1-14-13324, de 9 de abril de 2014.

<sup>40</sup> A/HRC/RES/17/4, de 6 de junio de 2011.

<sup>41</sup> Véase toda la información sobre el Foro anual en <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Forum/Pages/2017ForumBHR.aspx>.

<sup>42</sup> A/HRC/RES/35/7, de 22 de junio de 2017.

<sup>43</sup> El Informe *The Business and Human Rights Dimension of Sustainable Development: Embedding «Protect, Respect and Remedy» in SDGs Implementation*, se encuentra disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR\\_SDGRecommendations.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR_SDGRecommendations.pdf).

14. Pero si nos referimos a los esfuerzos por impulsar la adopción e implementación de PANs para garantizar el respeto y protección de los derechos y, por ende, el cumplimiento de los objetivos y metas de la Agenda 2030, debemos destacar también la labor desempeñada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, por ejemplo, en su Observación general núm. 24 (2017), tras aludir a la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para impedir la denegación de justicia y garantizar el acceso a recursos efectivos de las víctimas, el mencionado Comité advirtió que la adopción de PANs supone un avance significativo para la adecuación de las actividades empresariales a las exigencias del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>44</sup>. En cualquier caso y como se adelantó, la ONU no es la única que está impulsando la implementación de los Principios Ruggie. Junto a la OCDE, que adaptó a los mismos sus Líneas Directrices en 2011<sup>45</sup>, tanto el COE como la UE están desarrollando un papel fundamental para la aplicación del Marco ONU y de los Principios que guían su efectivo cumplimiento.

15. En su reunión núm. 1197, celebrada el 16 de abril de 2014, el Comité de Ministros del COE adoptó la Declaración sobre los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en la que subrayó su carácter esencial para garantizar el respeto de los derechos en el entorno empresarial, solicitando a los Estados la adopción de medidas apropiadas para proteger contra los abusos empresariales y garantizar el acceso a recursos efectivos<sup>46</sup>. En esta Declaración el Comité instó también al desarrollo de PANs, impulso reiterado con posterioridad en su Recomendación CM/Rec(2016)3, en la que dirigió a los Estados una serie de observaciones a considerar de cara a su futura adopción<sup>47</sup>. Por su parte, el impulso de los PANs en el ámbito de la UE vino de la mano de la Estrategia Renovada para 2011-2014 sobre la Responsabilidad Social de las Empresas<sup>48</sup> y del Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia 2015-2019<sup>49</sup>, reiterándose el mismo en el

<sup>44</sup> E/C.12/GC/24, de 10 de agosto de 2017, párrs. 41-59.

<sup>45</sup> A partir de la reforma de 2011, según la Introducción y el Capítulo IV de las Directrices, las empresas deben respetar los derechos en cualquier lugar en que ejerzan sus actividades y con independencia de que el Estado aplique o no su legislación nacional. Además, en la actualización de 2015 de las Directrices de la OCDE para la Gobernanza de las Empresas de Propiedad del Estado figura la referencia a los Principios Rectores.

<sup>46</sup> La Declaración se encuentra disponible en [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl\(16.04.2014\)&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl(16.04.2014)&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true).

<sup>47</sup> Los Estados deben asegurar que sus legislaciones internas no crean barreras en el acceso a remedios efectivos, así como adoptar las medidas necesarias para impulsar o, en su caso, obligar a las empresas domiciliadas en su jurisdicción a cumplir con las exigencias de debida diligencia. Además, se recomienda la adopción de medidas adicionales, como la inclusión de cláusulas sociales, cuando el Estado sea propietario, controle o dispense apoyo sustancial a la empresa. En cuanto al Pilar III, se distingue entre recursos judiciales (competencia en materia de reclamaciones civiles y penales y garantía de asistencia jurídica gratuita) y no judiciales (adecuación y disponibilidad), recomendando en todo caso la no aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*.

<sup>48</sup> COM(2011) 681 final, de 25 de octubre.

<sup>49</sup> JOIN(2015) 16 final, de 28 de abril. Especialmente párrs. II.37.a) y II.38.b).



Informe Corrao, sobre la responsabilidad empresarial por violaciones graves de los derechos en terceros países<sup>50</sup>, y en el Informe Sánchez Caldentey, en el que el Parlamento Europeo instó a avanzar en el Acuerdo de Bangladesh sobre el sector de la confección<sup>51</sup> y a adoptar instrumentos similares con Estados como Sri Lanka, India o Pakistán<sup>52</sup>. Pero junto a todas estas iniciativas, en el marco de la UE también encontramos instrumentos vinculantes que se inspiran en los Principios Rectores<sup>53</sup>. Es el caso de la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera<sup>54</sup> y del Reglamento (UE) 2017/821 en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de los importadores de minerales procedentes de zonas de conflicto<sup>55</sup>.

16. Tras la efectiva transposición de la mencionada Directiva 2014/95/UE, determinadas grandes empresas estarán obligadas a preparar un estado no financiero que contenga información relativa, entre otras materias, al respeto de los derechos humanos. Esta declaración, que habrá de incorporarse en el informe de gestión y entre cuyos marcos de referencia se incluyen expresamente los Principios Ruggie, habrá de incluir una descripción de los riesgos, las políticas implementadas y los resultados obtenidos, así como información relativa al diseño y ejecución de procedimientos de diligencia debida. Por otro lado, el ya vigente Reglamento (UE) 2017/821 constituye un medio para eliminar la financiación de los grupos armados, basándose a tales efectos tanto en los Principios Rectores como en las Líneas Directrices de la OCDE.

17. A pesar de los avances, estas iniciativas no están exentas de críticas. De hecho, no son pocos los autores que vienen advirtiendo que los instrumentos regulatorios relativos a la divulgación de información no financiera, como la referida Directiva europea, y los centrados en aspectos específicos de la relación entre los derechos y las empresas, como el mencionado Reglamento o, fuera del ámbito europeo, la correspondiente Sección de la *Dodd-Frank Act*<sup>56</sup>, son los menos efectivos para garantizar que las corporaciones abordan los

<sup>50</sup> 2015/2315(INI), de 19 de julio de 2016.

<sup>51</sup> *Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh*. Véase toda la información disponible en <http://bangladeshaccord.org>.

<sup>52</sup> 2016/2140(INI), de 28 de marzo de 2017.

<sup>53</sup> Sobre las iniciativas de la UE para acomodar sus políticas a los Principios Rectores puede consultarse el documento de trabajo de la Comisión SWD(2015) 144 final, de 14 de julio.

<sup>54</sup> Directiva 2014/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos (DO L núm. 330, de 15 de noviembre de 2014).

<sup>55</sup> Reglamento (UE) 2017/821, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo (DO L núm. 130, de 19 de mayo de 2017).

<sup>56</sup> La Sección 1502 de la *US Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (2010, 12 USC 5301) obliga a las empresas que cotizan en las bolsas estadounidenses y utilizan minerales de guerra a informar a la Comisión de Valores y Bolsa sobre el origen de dichos minerales y las medidas de diligencia.

riesgos e impactos de su actividad sobre los derechos<sup>57</sup>. En cualquier caso, estas medidas representan avances de interés en cuanto a la efectiva protección de los derechos humanos. Y lo mismo podemos decir respecto de muchas de las iniciativas adoptadas a nivel doméstico.

18. Siendo todavía numerosos los desafíos pendientes, los Estados comienzan a implementar medidas relevantes en materia de diligencia debida relacionadas con el comercio, la promoción de inversiones y la contratación pública. La imposición del deber de vigilancia a lo largo de toda la cadena de suministro de las grandes transnacionales ha empezado a abrirse paso entre las legislaciones nacionales, que prestan especial atención a la actividades de sus empresas en zonas de conflicto y a la vulnerabilidad de ciertos grupos de personas en el marco de una actividad comercial intensamente globalizada. Además, en la esfera jurisdiccional se aprecian ya algunos movimientos relevantes en cuanto al acceso de las víctimas a remedios efectivos. Y estos esfuerzos, a los que poco a poco las autoridades nacionales se comprometen a través de sus respectivos PANs, constituyen el fundamento de las principales contribuciones que, desde el ámbito de la actividad empresarial, pueden realizarse en relación con el cumplimiento de los ODS.

### 3.2. Valoración preliminar

19. Como ha advertido la Profesora Carmen Márquez Carrasco, probablemente la aportación más importante del Marco ONU haya sido la de haber contribuido a dotar de al menos cierta claridad a un tema que ha sido, y sigue siendo, objeto de antagónico debate<sup>58</sup>. Desde luego, su carácter global y la posibilidad de su aplicación junto a otras herramientas, suponen importantes avances<sup>59</sup>. Además, aun no pudiendo entenderse como una manifestación jurídica al uso, su influencia y significación normativa resultan incuestionables. La implementación de los Principios Rectores comienza así a sentar las bases para el cumplimiento por los Estados de sus compromisos con los derechos respecto de la actividad empresarial y, con ello, para la realización de la Agenda 2030. Y a la consecución de los objetivos y metas de desarrollo sostenible contribuye indubitadamente el desarrollo de PANs cuyo contenido se adhiera a las directrices del Profesor Ruggie.

---

<sup>57</sup> Entre otros, véanse COSSART, S., CHAPLIER, J. y BEU DE LOMENIE, T., «Developments in the Field. The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All», *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2017, pp. 320-321; MCCORQUODALE, R., SMIT, S., NEELY, S. y BROOKS, R., «Human Rights Due Diligence in Law and Practice. Good Practices and Challenges for Business Enterprises», *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2017, núm. 2, pp. 201-202.

<sup>58</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, C., «La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos por medio de los planes nacionales de acción», *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, 2015, núm. 20, pp. 65-66.

<sup>59</sup> NAVARRO GARCÍA, F., «El marco normativo de la RSC para la aplicación de los Derechos Humanos por parte de las multinacionales en zonas de conflicto armado», *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, 2015, núm. 20, p. 155.

20. La mejor manera de que las empresas contribuyan al desarrollo sostenible es incorporar el respeto de los derechos a lo largo de sus cadenas de valor. Por su parte, los Estados deben cumplir con sus propias obligaciones, así como incentivar a las corporaciones para que respeten los derechos de quienes se vean afectados por sus actividades. Veamos cuál es el estado de la cuestión transcurrido ya más de un lustro desde que se adoptaran los Principios Rectores.

### 3.2.1. *Debilidades a superar (y herramientas para hacerlo): Reino Unido, Países Bajos, Dinamarca, Finlandia y Suecia*

21. En respuesta a los impulsos de la ONU, la UE y de las distintas organizaciones internacionales de carácter regional, entre ellas, el COE y la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>60</sup>, Estados como el Reino Unido (RU) y los Países Bajos (2013); Dinamarca y Finlandia (2014); Lituania, Suecia, Noruega y Colombia (2015); Italia, Suiza, Estados Unidos y Alemania (2016) y Francia, Polonia, Indonesia, Bélgica, España o Chile (2017), han adoptado ya un PAN.

La inexistencia de una fórmula única en lo que al proceso de elaboración y al contenido de estos documentos se refiere, dio lugar a la adopción de dos informes, uno desarrollado conjuntamente por el *Danish Institute for Human Rights* (DIHR) y la *International Corporate Accountability Roundtable* (ICAR)<sup>61</sup>, y otro a cargo del WGBHR<sup>62</sup>. Pero el seguimiento de sus directrices y recomendaciones ha variado de un Estado a otro<sup>63</sup>. Así, a partir de los informes publicados por la ICAR y la *European Coalition for Corporate Justice* (ECCJ)<sup>64</sup> y con fundamento en la lectura de cada uno de los Planes a examen, destacaremos a continuación tanto las principales debilidades, como algunas de las buenas prácticas observadas en los PANs del RU, los Países Bajos, Dinamarca, Finlandia y Suecia<sup>65</sup>. Muchas de las deficiencias observadas no deberían sorprender si tenemos en cuenta que, por ejemplo, los PANs del RU y los Países Bajos fueron adoptados con carácter previo a la publicación de

<sup>60</sup> OEA AG/RES. 2840, párr. 4 (XLIV-O/14) y OEA AG/RES. 2887 (XLVI-O/16).

<sup>61</sup> Disponible en <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/5865d59fe6f2e17f4f0cb629/1483068841826/DIHR-ICAR-National-Action-Plans-NAPs-Report3.pdf>.

<sup>62</sup> Disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG\\_%20NAPGuidance.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_%20NAPGuidance.pdf).

<sup>63</sup> ROJAS BUENDÍA, M., «El desarrollo de los planes de acción nacional sobre empresa y derechos humanos y el estado actual de los planes de acción sobre RSC: España y los países nórdicos», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2016, núm. 23, pp. 35-91.

<sup>64</sup> Disponibles en <https://www.icar.ngo/publications/2017/8/23/assessments-of-existing-national-action-plans-naps-on-business-and-human-rights-august-2017>.

<sup>65</sup> Nos basaremos en los seis ejes temáticos en los que se estructuran dichos informes (gobernanza y recursos utilizados en el proceso de elaboración; participación de los grupos de interés; elaboración de un trabajo de evaluación preliminar; objetivos, prioridades y contenidos; transparencia y rendición de cuentas; seguimiento) y en los diez criterios principales de la *checklist* desarrollada por la ICAR y el DIHR: <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/5865d664197aea7b3834401b/1483069028506/10-Criteria-for-National-Action-Plans-NAPs.pdf>.

los mencionados informes. En todo caso, un análisis de este tipo es esencial para identificar tanto ámbitos de mejora, como buenas prácticas. Y ello de cara a la adopción de nuevos PANs y de reformas futuras de los ya existentes, que garanticen su conformidad con los Principios Rectores y, de este modo, coadyuven a la efectiva consecución de los ODS.

22. Así, en primer lugar, debemos destacar que, con carácter general, en estos primeros Planes se omitió el desarrollo de un diagnóstico preliminar (*National Baseline Assessment*) de las brechas en la protección de los derechos resultado de las leyes y políticas vigentes. No obstante, mientras que en los PANs del RU y Suecia los respectivos Ejecutivos se comprometieron a su elaboración posterior, en los de los Países Bajos, Dinamarca y Finlandia se advirtió sobre la existencia de algún tipo de informe de evaluación<sup>66</sup>. Además, tanto en el PAN de Dinamarca como en el del RU se incorporaron referencias expresas a normativa vigente y propuestas de interés. El primero, por ejemplo, recoge una propuesta de adopción de una ley que imponga la incorporación de cláusulas laborales en todas las licitaciones públicas de construcción. Asimismo, en el Plan de Dinamarca se advierte que, de conformidad con una enmienda a la Sección 99(a) de la *Danish Financial Statements Act*, desde 2013 todas las grandes empresas e instituciones financieras deben divulgar sus políticas para respetar los derechos y reducir los impactos negativos en el medioambiente<sup>67</sup>. Por su parte, el PAN del RU señaló que la *UK Companies Act* de 2006 exige que los directores de las empresas incluyan información sobre derechos en sus informes anuales<sup>68</sup>. Sin embargo, la ICAR y el DIHR consideraron que ninguna de estas medidas implica un deber de informar sobre diligencia debida<sup>69</sup>. Así, la regla general en estos primeros PANs fue la no inclusión de incentivos para la implementación de procedimientos de debida diligencia. El PAN de Finlandia incluso advirtió sobre el rechazo expreso del Ejecutivo a su imposición por ley<sup>70</sup>. Y, a excepción de los Planes de Dinamarca y Suecia, lo normal es que la atención se centrara en alguno de los tres Pilares del Marco ONU<sup>71</sup>, siendo además denominador común la omisión de cualquier medida

<sup>66</sup> En el PAN de los Países Bajos se informa de la realización de un mapeo de políticas públicas, mientras que en el de Dinamarca se realizan una serie de observaciones clave respecto de cada Principio Rector y en el de Finlandia se advierte sobre la existencia de un memorándum utilizado para su desarrollo.

<sup>67</sup> A este respecto consultar la p. 18 del PAN de Dinamarca en [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Denmark\\_NationalPlanBHR.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Denmark_NationalPlanBHR.pdf).

<sup>68</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse la p. 9 de la primera versión del PAN del RU, disponible en <https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/uk-national-action-plan-sep-2013.pdf>.

<sup>69</sup> DE SCHUTTER, O., RAMASASTRY, A., TAYLOR, M. B. y THOMPSON, R. C., *La Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos: El papel de los Estados*, disponible en <https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/diligencia-debida-en-materia-de-derechos-humanos-papel-de-los-estados.pdf>. Este Informe analiza el grado en que los sistemas legales de los Estados hacen uso del deber de diligencia para asegurar que las empresas respetan los estándares establecidos en materia de derechos.

<sup>70</sup> Véanse las pp. 25-26 del correspondiente PAN, disponible en <http://tem.fi/documents/1410877/3084000/National%20action%20plan%20for%20the%20implementation%20of%20the%20UN%20guiding%20principles%20on%20business%20and%20human%20rights/1bc35feb-d35a-438f-af56-aec16adfcbae>.

<sup>71</sup> Los PANs del RU y los Países Bajos prestan atención prioritaria al Pilar II, mientras que el PAN de Finlandia combina la referencia al mismo con una especial atención al Pilar I.

tendente a impulsar el reconocimiento jurídico del principio de extraterritorialidad, expresamente rechazado por el Ejecutivo de los Países Bajos<sup>72</sup>. Y en materia jurisdiccional, solo los Planes de Dinamarca y Suecia prestan atención a los abusos de derechos perpetrados tanto en el extranjero, como en territorio nacional. Pero aunque en ninguno de los PANs bajo consideración se priorizaron acciones relativas a cuestiones concretas o a vulneraciones especialmente graves de derechos, lo cierto es que en todos se abordaron con preferencia determinados sectores de actividad<sup>73</sup>. En todo caso, la tónica general en estos primeros Planes fue la de centrar la atención en medidas ya vigentes, siendo las propuestas de actuación futura escasamente específicas y difícilmente medibles. Además, o bien no se identificaron los departamentos competentes para la implementación de tales medidas, o dicha identificación no se hizo con la claridad suficiente<sup>74</sup>, siendo los PANs del RU y Suecia los únicos que especificaron la autoridad encargada de fiscalizar su implementación<sup>75</sup>.

23. Como observación final, de los tres Pilares en los que se asientan los Principios Rectores, el del acceso a los mecanismos de reparación es el que, por los mayores desafíos que puede suponer desde un punto de vista jurídico (y político), recibe una menor atención en los PANs hasta ahora mencionados. También a este respecto podría pensarse que las debilidades identificadas responden a la falta de información y asesoramiento en el momento de su adopción, laguna que se ha ido colmando desde que en 2013 la ACDH iniciara un proceso destinado a ayudar a los Estados a fortalecer la aplicación del Pilar III, proceso en el que participan activamente numerosas instituciones y organizaciones no gubernamentales<sup>76</sup>. Así, por ejemplo, el Informe *Improving Accountability and Access to Remedy for Victims of Business-Related Human Rights Abuse* incorpora una serie de orientaciones relativas al enjuiciamiento de delitos de Derecho público y las reclamaciones de Derecho privado. Para ambos supuestos se incide tanto en la previsión de la responsabilidad jurídica de las empresas y el reconocimiento de competencias a los órganos encargados de hacer cumplir la ley, como en la necesaria cooperación entre Estados<sup>77</sup>. Y sobre estas recomendaciones Amnistía Internacional publicó la

<sup>72</sup> Véase la p. 39 del PAN de los Países Bajos, disponible en <https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/netherlands-national-action-plan.pdf>.

<sup>73</sup> La seguridad y las inversiones en el RU; sectores de riesgo en los Países Bajos; mercado laboral en Dinamarca; grupos vulnerables, derechos laborales y privacidad en Finlandia y comercio de minerales y privacidad en Suecia.

<sup>74</sup> Por ejemplo, en el caso del PAN de Suecia solo cuatro de las 27 medidas planificadas identifican el departamento ministerial competente. Es el caso del Ministerio de Asuntos Exteriores, al que se encomienda mejorar los informes sobre la situación de los derechos en terceros Estados para asegurar un asesoramiento de calidad a las empresas que operan en los mismos (p. 28). Este PAN se puede consultar en <http://www.government.se/contentassets/822dc47952124734b60daf1865e39343/action-plan-for-business-and-human-rights.pdf>.

<sup>75</sup> En el caso del RU la autoridad competente para el seguimiento del PAN es la *Foreign & Commonwealth Office*.

<sup>76</sup> Para más información: <https://business-humanrights.org/es/proyecto-sobre-la-rendición-de-cuentas-y-acceso-a-mecanismos-de-reparación-i-promover-respuestas-jur%C3%ADdicas-más-eficaces-para-las-v%C3%ADctimas-de-violaciones-de-derechos-humanos>.

<sup>77</sup> Disponible en [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/32/19](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/32/19).

guía *Injustice Incorporated: Corporate Abuses and The Human Right to Remedy*, en la que se formulan numerosas propuestas relativas a la imposición legal del deber de diligencia debida de la empresa matriz, la supresión o reformulación de la doctrina del *forum non conveniens* y la obligatoriedad de la divulgación de cierta información crítica<sup>78</sup>, propuestas desarrolladas e ilustradas en detalle en su más reciente informe *Creating a Paradigm Shift: Legal Solutions to Improve Access to Remedy for Corporate Human Rights Abuse*<sup>79</sup>.

### 3.2.2. Fortalezas alcanzadas (a imitar): Francia, Noruega, Italia y Suiza

24. Herramientas como las hasta ahora señaladas han impulsado avances significativos en los PANs de más reciente adopción. Así, precisamente respecto del acceso a remedios efectivos, el Plan vigente en Francia no solo informa de las previsiones legislativas sobre responsabilidad civil y penal de las empresas, sino que en respuesta a la rigidez de los requisitos exigidos para el reconocimiento de responsabilidad a una empresa matriz por los actos cometidos por sus filiales, propone una reforma del Código Penal (CP) que permita que la decisión del fiscal de no iniciar una investigación a raíz de una denuncia presentada por una víctima de un delito cometido en el extranjero, pueda ser objeto de recurso<sup>80</sup>. Además, establece los supuestos en los que los tribunales domésticos serían competentes para determinar la responsabilidad de una empresa en función del Estado de la empresa matriz, advirtiendo que cuando el domicilio de la empresa y el lugar del hecho perjudicial se encuentren fuera de la UE y del Espacio Económico Europeo (EEE), la víctima que no tenga ni nacionalidad francesa ni su domicilio en Francia podrá acudir a los tribunales franceses sobre la base del criterio de competencia autónoma de la «denegación de justicia». El Ejecutivo expresa su compromiso de seguir examinando posibles soluciones a los supuestos de denegación de justicia para los demandantes que soliciten una indemnización por los daños causados por las empresas filiales en países donde los tribunales no sean independientes, o los propios denunciadores estén amenazados<sup>81</sup>. El PAN de Francia realiza así una importante labor de diagnóstico en base a la cual formula medidas específicas a adoptar en el futuro, entre las que incorpora una alusión expresa a aquellas necesarias para la efectiva aplicación de la *Loi no. 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> La Guía puede consultarse en <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/001/2014/en/>.

<sup>79</sup> Disponible en <https://www.amnesty.org/es/documents/pol30/7037/2017/en/>.

<sup>80</sup> Según los arts. 113.5 y 113.8 del CP, la empresa matriz no puede ser considerada cómplice del delito cometido por su filial en el extranjero salvo que el delito también esté penalizado por la ley del Estado en el que se cometió (doble incriminación) y que el mismo haya sido constatado por un tribunal extranjero.

<sup>81</sup> A este respecto pueden consultarse las pp. 54-58 del PAN de Francia en [https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/3\\_-\\_pnadh\\_fr\\_version\\_finale\\_bandeau\\_cle0be656.pdf](https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/3_-_pnadh_fr_version_finale_bandeau_cle0be656.pdf).

<sup>82</sup> Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&categorieLien=id>.

La Ley francesa 2017-399 sobre diligencia debida, impone un deber de vigilancia a las empresas de cierta dimensión para evitar abusos graves de los derechos humanos y daños medioambientales derivados de sus propias actividades, de las actividades de las empresas que controlan y de sus relaciones de negocio<sup>83</sup>. De este modo, tras un aviso formal infructuoso, toda persona con *locus standi* podrá requerir que la jurisdicción competente ordene a una empresa que haga público su plan de vigilancia y rinda cuentas sobre su efectiva implementación. Consecuentemente, las víctimas de la actividad de aquellas empresas que no cumplan con su plan, o que dispongan de uno inadecuado, podrán reclamar daños y perjuicios por negligencia. Además, las empresas podrían incurrir en responsabilidad civil cuando el incumplimiento de sus obligaciones legales pueda vincularse al daño alegado por la presunta víctima, sobre la que, sin embargo, recae la carga de la prueba. De este modo, y aunque sin estar exenta de críticas, la mencionada Ley representa un avance sin parangón en el efectivo cumplimiento de los Principios Rectores<sup>84</sup>. De hecho, si bien en los últimos PANs europeos seguimos apreciando fallas significativas, como la falta de transparencia en su proceso de elaboración o la insuficiente consideración de las reparaciones, lo cierto es que, junto al francés, los Planes de Noruega, Italia y Suiza también han supuesto importantes progresos<sup>85</sup>.

25. Al igual que el francés, el Plan de Italia se basa en un importante trabajo de diagnóstico previo, esencial para informar su elaboración y para el posterior monitoreo de su cumplimiento. Así, el informe *Imprese e diritti umani: Il caso Italia* examinó la adecuación a los Principios Rectores del marco regulatorio e institucional italiano, identificando las fortalezas y debilidades a partir de las cuales se delimitarían sus seis ejes prioritarios de actuación<sup>86</sup>: promoción de procesos de debida diligencia, contratación ilegal y otras formas de explotación laboral con especial atención a inmigrantes y víctimas de trata, promoción de la protección de derechos laborales en los pro-

<sup>83</sup> El deber de cuidado abarca la elaboración, revelación e implementación de un plan en el que se incluyan «medidas de vigilancia razonables para identificar adecuadamente los riesgos y prevenir violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, riesgos y daños graves a la salud y la seguridad y el medio ambiente». El deber se extiende así a subsidiarias, subcontratistas y proveedores con los que la empresa matriz mantenga «una relación comercial estable y regular, con o sin contrato, con un cierto volumen de negocios, y bajo una expectativa razonable de duración».

<sup>84</sup> La Ley francesa es el resultado de un arduo proceso que se extendió por más de cuatro años y en el que estuvieron implicados tanto organizaciones de la sociedad civil, como sindicatos y parlamentarios. Su adopción en febrero de 2017 supuso un paso histórico, si bien el proyecto fue edulcorándose a lo largo del proceso como consecuencia de las presiones ejercidas por el sector empresarial. Parlamentarios de ambas Cámaras acabaron por presentar el texto ante el Consejo constitucional francés, declarando este finalmente su conformidad con la Norma Suprema, con la única excepción de la previsión de sanción civil por el incumplimiento del deber de cuidado.

<sup>85</sup> El análisis de los más recientes PANs desarrollado en las páginas que sigue se basa tanto en la revisión de su texto, como en la evaluación realizada por ICAR, ECCJ y Dejusticia disponible en <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/599c543ae9bfd40b5b6f055/1503417406364/NAP+Assessment+Aug+2017+FINAL.pdf>.

<sup>86</sup> Los ejes prioritarios de actuación son identificados en la p. 7 del PAN de Italia, disponible en [http://www.cidu.esteri.it/resource/2016/12/49118\\_f\\_PANBHRITAFINALE15122016.pdf](http://www.cidu.esteri.it/resource/2016/12/49118_f_PANBHRITAFINALE15122016.pdf).

cesos de internacionalización empresarial, fortalecimiento de una cooperación internacional para el desarrollo basada en los derechos, lucha contra la discriminación y promoción de la igualdad de oportunidades, protección del medio ambiente y sostenibilidad<sup>87</sup>. Además, aunque la debida diligencia no es impuesta por ley, en el PAN de Italia el Ejecutivo se compromete a promover su adopción mediante, entre otras medidas, la revisión de la legislación vigente en materia de contratación pública. A mayor abundamiento, el Plan italiano formula también propuestas de reforma legislativa para extender la competencia de los órganos jurisdiccionales en materia de delitos contra el consumidor, de publicidad engañosa y competencia desleal, así como para suprimir obstáculos en el acceso a los medios de reparación, especialmente en aquellos casos donde los abusos perpetrados tuvieran alcance extraterritorial<sup>88</sup>. Compromiso de revisión este último al que igualmente se adhiere el Plan de Suiza<sup>89</sup>. El PAN de Noruega, por su parte, identifica un importante número de propuestas de acción vinculadas a muy diversos sectores (áreas de conflicto, seguridad, corrupción, pueblos indígenas, inversión, extracciones y contratación), y aunque la mayoría de su contenido se centra en los abusos de derechos en el exterior, también incluye referencias a medidas legislativas y políticas de impacto a nivel nacional<sup>90</sup>.

26. La adecuación a los Principios Rectores impone que los PANs incorporen iniciativas de Derecho positivo y políticas públicas relativas, entre otros aspectos, a la articulación de procesos de diligencia debida, la inclusión de cláusulas de derechos en los tratados de inversión y la puesta a disposición de las víctimas de mecanismos de reparación efectivos, tanto judiciales como extrajudiciales. La adopción de muchas de estas medidas requerirá de las correspondientes reformas legislativas, que deberían anunciarse al inicio del propio PAN y que, en todo caso, habrían de contar con el necesario respaldo institucional. Veamos en qué medida estos ámbitos y acciones son considerados en España<sup>91</sup>.

### 3.2.3. *Cambios necesarios: España*

27. El 26 de junio de 2014 fue remitido al Consejo de Ministros el Borrador definitivo del PAN de España<sup>92</sup>, duramente criticado tanto en relación

<sup>87</sup> El informe de diagnóstico se encuentra disponible en [http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/documenti/Imprese\\_e\\_diritti\\_umani\\_11%20caso\\_Italia\\_FINALE\\_NOV\\_2013.pdf](http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/documenti/Imprese_e_diritti_umani_11%20caso_Italia_FINALE_NOV_2013.pdf).

<sup>88</sup> PAN de Italia, *op. cit.*, nota 86, p. 28.

<sup>89</sup> PAN de Suiza, pp. 38-41, disponible en [http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2016/12/2061222\\_NAP-Analyse\\_EN\\_defdef.pdf](http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2016/12/2061222_NAP-Analyse_EN_defdef.pdf).

<sup>90</sup> PAN de Noruega, pp. 20-26, disponible en [https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/mr/business\\_hr\\_b.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/mr/business_hr_b.pdf).

<sup>91</sup> Sobre la aplicación de los Principios Ruggie en España, MÁRQUEZ CARRASCO, C. (ed.), *España y la implementación de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, Barcelona, Huygens, 2014.

<sup>92</sup> El Borrador puede descargarse en <http://observatoriorsc.org/plan-de-empresas-y-derechos-humanos/>.



con su proceso de elaboración, durante el que se llevaron a cabo una serie de aportaciones a las que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno negó el acceso<sup>93</sup>, como respecto de su contenido. El Borrador de 2014 dejó sin resolver cuestiones fundamentales, como la ampliación de las obligaciones extraterritoriales desde la empresa matriz a sus subsidiarias en terceros países, otorgando una clara prevalencia a las medidas de asesoramiento sobre las de control. Además, condicionó los compromisos que se derivasen de la aplicación de sus medidas a las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio. Condicionamiento que se ha mantenido en la versión definitiva de 2017<sup>94</sup>.

28. El PAN vigente desde el pasado mes de julio de 2017 se presenta como reflejo del compromiso de las autoridades nacionales de proteger los derechos de posibles abusos empresariales y de proporcionar remedios efectivos a las eventuales víctimas. Los Principios Rectores son asumidos como el punto de partida y el Ejecutivo considera que el PAN ofrece a las corporaciones privadas, especialmente a las pequeñas y medianas empresas, las herramientas necesarias para acatar esa responsabilidad de respetar los derechos en el desarrollo de sus operaciones. Se presenta de este modo con «vocación de sensibilización y promoción». Nótese ya, y de nuevo, la prevalencia del asesoramiento sobre el control. Además, y a pesar de las críticas, el Plan de España se vincula estrechamente a la Estrategia nacional de RSC. Todo ello sin olvidar ni el ya mencionado condicionamiento presupuestario, ni la total ausencia de referencias al proceso seguido desde la presentación del Borrador de 2014<sup>95</sup>, lo que conjuntamente con la inexistencia de un trabajo de diagnóstico previo nos permite augurar, en caso de que llegara a producirse, una poco halagüeña valoración por la ICAR y la ECCJ.

No obstante, siguiendo el precedente de otros planes europeos, el español incluye compromisos de futuro en lo que a la identificación de las brechas en la protección de derechos respecta. Encarga a la Comisión de Seguimiento elaborar, en el plazo de un año, un informe sobre los mecanismos jurídicos a través de los cuales resulta exigible la responsabilidad civil de las empresas, así como expresa un compromiso de colaboración con las organizaciones de la sociedad civil en la difusión de los mecanismos de reparación existentes. Además, el Ejecutivo se compromete a la realización y difusión de una sistematización de los recursos en materia de asistencia jurídica y encomienda a la mencionada Comisión la realización de un estudio sobre el cuerpo normativo vigente y los mecanismos de reclamación extrajudicial para, en

---

<sup>93</sup> La Resolución de denegación del acceso se encuentra disponible en [http://www.access-info.org/wp-content/uploads/Resolucion\\_Plan\\_Empresa\\_DDHH\\_AIE.pdf](http://www.access-info.org/wp-content/uploads/Resolucion_Plan_Empresa_DDHH_AIE.pdf).

<sup>94</sup> Disponible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/170714%20PAN%20Empresas%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>.

<sup>95</sup> Cáritas, CONFER, Justicia y Paz, Manos Unidas y REDES han criticado el desconocimiento sobre el proceso de elaboración del PAN (<http://caritaspamplona.org/enlazate-la-justicia-denuncia-deficiencias-i-plan-nacional-derechos-humanos-empresas/>), opacidad igualmente censurada por otras organizaciones como Amnistía Internacional, la Coordinadora de ONG por el Desarrollo, Greenpeace o la Federación de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (<https://coordinado-raongd.org/2017/10/nuevo-plan-empresa-derechos-humanos-paso-insuficiente/>).

el plazo de nuevo de un año, formular recomendaciones sobre su posible ampliación<sup>96</sup>. Nótese, empero, que no hay referencias a futuras modificaciones a nivel de legislación procedimental en los distintos órdenes jurisdiccionales. Y aunque se encomienda a la Comisión diseñar un sistema de incentivos para promover que las empresas implementen procesos de debida diligencia, la única medida concreta establecida al respecto es el compromiso de transposición de la ya mencionada Directiva 2014/95<sup>97</sup>. Medida que, sin estar acompañada de la correspondiente previsión legal del deber empresarial de vigilancia, ha sido expresamente criticada, por insuficiente, en relación, por ejemplo, con el PAN de Italia<sup>98</sup>.

29. Por otro lado, el PAN de España no presta especial atención a sectores específicos de actividad más allá de expresar el compromiso del Ejecutivo central de examinar cómo aplicar la normativa vigente en materia de contratación pública de conformidad con los Principios Rectores<sup>99</sup>. Y precisamente respecto de este ámbito podemos referirnos a diferencias sustanciales entre el Borrador de 2014 y el PAN de 2017<sup>100</sup>, pues mientras que en el primero la fiscalización de las Administraciones Públicas estaba dirigida a controlar el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los Principios Rectores en la contratación de empresas para la adquisición de productos y la prestación de servicios, el vigente PAN limita el ámbito de control a los supuestos de contratación de los servicios, eliminando así la alusión a la adquisición de productos<sup>101</sup>. Además, las medidas relativas a los supuestos de actuación de las empresas en zonas de conflicto son reducidas<sup>102</sup>, pues aunque se mantiene el compromiso de la inclusión de cláusulas de respeto de

<sup>96</sup> Medidas 1 y 2 en relación con el Principio 25; 3 en relación con el Principio 26 y 1 en relación con el Principio 27.

<sup>97</sup> Medida 10 en relación con el Principio 3. Transcurrido prácticamente un año desde que se agotara el plazo previsto para su incorporación en los ordenamientos internos, la Directiva fue traspuesta en España a través del Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (BOE núm. 287, de 25 de noviembre de 2017).

<sup>98</sup> En España, en virtud del art. 39.3 de la Ley de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011), las sociedades anónimas sencillamente podrán hacer públicos sus políticas y resultados en materia de RSC a través de un informe específico basado en una serie de indicadores y características que, fundados en estándares internacionales, atiendan, entre otros aspectos, a los objetivos del buen gobierno corporativo, el respeto a los derechos, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el consumo sostenible.

<sup>99</sup> Medida 1 en relación con el Principio 6. El PAN se refiere, más concretamente, al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011) y la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011).

<sup>100</sup> Medida 14 del Borrador en relación con la Medida 1 relativa al Principio 5 del Plan vigente.

<sup>101</sup> También en relación con el respeto de los derechos por las empresas con las que el Gobierno lleve a cabo transacciones comerciales debemos señalar que si bien en el Borrador (Medida 15) se refería al incentivo por parte del Ejecutivo de medidas positivas necesarias para garantizar el respeto del Tratado de la UE sobre no discriminación, igualdad de trato y transparencia, esta alusión desaparece en el Plan vigente (apdo. 2 de las medidas previstas al amparo del Principio Rector 6, p. 16).

<sup>102</sup> Sobre esta materia pueden consultarse las pp. 16-17 del PAN de España.

derechos en la contratación de servicios militares y de seguridad privados, el resto de actuaciones son de carácter fundamentalmente informativo<sup>103</sup>. Aunque existen aspectos positivos a destacar, como la atención prestada a los grupos vulnerables<sup>104</sup>, las propuestas de actuación tanto en este, como en el resto de ámbitos, resultan excesivamente vagas, y solo en contadas ocasiones son sometidas a límites temporales específicos. Y como ocurre con el resto de Planes que lo preceden, el PAN de España es especialmente criticable por las deficiencias e inconsistencias de las medidas planificadas para cumplir con las exigencias derivadas del Pilar III, que no se refieren al principio de extraterritorialidad ni incluyen previsiones de reformas legislativas para eliminar obstáculos en el acceso a los órganos jurisdiccionales. La posibilidad de modificación, ampliación o creación de nuevos mecanismos de reparación se limita a los de carácter extrajudicial, respecto a los cuales debe además destacarse que el PAN vigente elimina la previsión de dotación de recursos humanos y financieros al Punto Nacional de Contacto (PNC) que recogía el Borrador de 2014.

30. El deber de los Estados de garantizar mecanismos jurisdiccionales de reparación efectivos implica que las autoridades nacionales deberían adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos legales, prácticos y de cualquier otra índole que pudieran suponer una restricción en el acceso. Pero mientras que el Borrador de 2014 comprometía a la elaboración de un informe anual sobre las posibilidades de desarrollar mecanismos judiciales de reparación y a la revisión de la normativa vigente para identificar y eliminar obstáculos a las reclamaciones<sup>105</sup>, el PAN vigente parece dar por cumplidas las exigencias derivadas del Principio 26 con la mera referencia a la consagración constitucional de la independencia judicial, el reconocimiento de la posibilidad de atribución de responsabilidad penal a las empresas (art. 31 *bis* del CP) y con la remisión a la previsión legal de la asistencia jurídica gratuita que, dicho sea de paso, ha sido recientemente objeto de recurso de inconstitucionalidad<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Las Medidas 17-21 del Borrador de 2014 se referían, por ejemplo, a la realización de modificaciones legislativas para que las Administraciones tuvieran en cuenta el respeto de los derechos para la concesión de subvenciones, contratos públicos y otro tipo de ventajitas.

<sup>104</sup> Por ejemplo, según la Medida 5 «se llevará a cabo una estrategia de sensibilización acerca de cómo evitar las prácticas discriminatorias en las empresas públicas y privadas [...] por razón de género, edad, origen étnico, raza, religión, discapacidad, afiliación política o sindical, orientación sexual, nacionalidad, estado civil, origen socioeconómico o cualquier otra distinción personal».

<sup>105</sup> La elaboración del mencionado informe se previó en consonancia con las Medidas 2 (diagnóstico anual sobre políticas, legislación e instrumentos existentes y su relación con los Principios Rectores), 5 (promoción de iniciativas legislativas y aprobación de disposiciones reglamentarias para garantizar que las empresas cumplen con los Principios) y 6 (compromiso de los poderes públicos de mantener actualizada la regulación existente).

<sup>106</sup> Recurso de Inconstitucionalidad núm. 4578-2017, contra los apdos. 1, 2, 4 y 5 del artículo único de la Ley 2/2017, de 21 de junio, que modifican los arts. 1, 22, 25 y 30 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE núm. 274, de 11 de noviembre de 2017).

#### 4. EL RESPETO DE LOS DERECHOS POR EL SECTOR EMPRESARIAL COMO INDICADOR DE SOSTENIBILIDAD

31. Los PANs, entendidos como una hoja de ruta trazada a partir de un previo diagnóstico de la relación entre los derechos y la actividad empresarial en un Estado, pueden ser utilizados como un barómetro del nivel de compromiso (y de cumplimiento) de los derechos en el marco de la actividad comercial y, por tanto, del grado de consecución de los objetivos y metas de desarrollo sostenible. Aunque como consecuencia de su aprobación previa, algunos PANs de los analizados hasta ahora no mencionan la Agenda 2030 ni, consecuentemente, su vinculación con los Principios Rectores, en la mayoría de los aprobados con posterioridad, la Agenda es aludida, directa o indirectamente. El PAN de Suiza, por ejemplo, considera la necesidad de fundamentar las prácticas empresariales en el respeto de los derechos y la sostenibilidad<sup>107</sup>. En términos similares se pronuncia el PAN de Noruega en el que, además, el Ejecutivo reconoce un papel esencial a los Principios Rectores en la consecución de un crecimiento económico sostenible<sup>108</sup>. Pero la mención es ya expresa, por ejemplo, en los PANs de España y Francia. Según el primero, a través de las políticas de cooperación se impulsará la transversalización de los ODS en las agendas de negocio<sup>109</sup>. En el segundo, la Agenda 2030 es considerada a efectos de identificar los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos<sup>110</sup>. En todo caso, la vinculación entre los ODS y los Principios Rectores es mucho más visible, por ejemplo, en los PANs de Bélgica y Alemania. El Gobierno belga establece que su PAN contribuye a sus esfuerzos para dar cumplimiento a la Agenda 2030 en general y, más específicamente, al ODS 8 (trabajo decente y crecimiento económico) y a la meta 12 (establecimiento de patrones de consumo y producción sostenibles)<sup>111</sup>. Esta relación entre Principios y ODS es igualmente puesta en valor por el PAN de Alemania. El Ejecutivo germano considera su PAN como un reflejo de su deseo de contribuir a la mejora de la situación de los derechos en todo el mundo, reconociendo que su protección, respeto y garantía son clave para la consecución de un desarrollo sostenible. Además, este PAN vincula determinadas actuaciones planificadas para el cumplimiento de los Principios Rectores con la consecución de específicos ODS. Por ejemplo, tras recordar que la Agenda 2030 se refiere expresamente a la contratación pública sostenible como un instrumento para alcanzar los objetivos y metas que la integran, propone la elaboración de las directrices necesarias para garantizar legislativamente el cumplimiento de la diligencia debida en el marco de dicho sector

<sup>107</sup> PAN de Suiza, *op. cit.*, nota 89, pp. 1 y 14.

<sup>108</sup> PAN de Noruega, *op. cit.*, nota 90, pp. 11-12.

<sup>109</sup> PAN de España, *op. cit.*, nota 94, p. 6.

<sup>110</sup> PAN de Francia, *op. cit.*, nota 81, p. 15.

<sup>111</sup> A este respecto puede consultarse la p. 1 del PAN de Bélgica en <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2017/11/national-action-plan-belgium-1.pdf>.

de actividad<sup>112</sup>. Pero aún siendo deseable una alineación expresa de los PANs y la Agenda 2030, incluso en aquellos casos en que el correspondiente Plan no incorpore una referencia expresa a la Agenda, el análisis de su contenido y el monitoreo de su implementación nos ofrecen por sí mismos una importante herramienta para determinar los avances en el cumplimiento de los objetos y metas de desarrollo sostenible.

32. La previsión y posterior ejecución de medidas relativas al reconocimiento jurídico de la responsabilidad extraterritorial, la remoción de obstáculos en el acceso a los mecanismos de reparación o la imposición legal de procedimientos de debida diligencia que abarquen toda la cadena de valor representan avances de interés en la consecución de los ODS. La Ley de debida diligencia a que se refiere el PAN francés constituye un ejemplo a seguir y, por sus indudables analogías con la misma, debemos reconocer los esfuerzos empleados para hacer llegar a buen puerto la iniciativa popular para la reforma de la Constitución Federal suiza basada en los Principios Rectores<sup>113</sup>, mencionada también en el correspondiente PAN<sup>114</sup>. En cualquier caso, las críticas son igualmente necesarias, pues a las mismas habrá de atenderse en futuras revisiones de las medidas ya adoptadas y de cara a la configuración de nuevas iniciativas en otros países. Así, por ejemplo, si bien la *Modern Slavery Act*, en vigor en el RU desde finales de octubre de 2015, incorpora una cláusula de transparencia que obliga a las transnacionales con un cierto volumen de beneficios a publicar un informe en el que aseguren que se han adoptado las medidas necesarias para evitar la esclavitud y el tráfico de personas a lo largo de toda su cadena de suministro, el contenido específico de dicho informe no está legalmente establecido. Y ello sin olvidar que el Comisionado a quien se encomienda el control de su cumplimiento depende, orgánica y presupuestariamente, de la Secretaría de Estado británica, lo que pone en tela de juicio la independencia que le atribuye su propia nomenclatura (*Independent Anti-Slavery Commission*). En términos de eficacia, parece más conveniente que el contenido de este tipo de informes sea establecido preceptivamente, como ocurre en la *California Transparency in Supply Chains Act* que, vigente desde 2012, impone además la obligación de remitir el correspondiente *statement* al fiscal del Estado reforzando, de este modo, su carácter vinculante<sup>115</sup>.

33. En el análisis que hagamos de los avances (y retrocesos) hacia la efectiva protección de los derechos en relación con la actividad empresarial y, con ello, del nivel de consecución de los objetivos y metas de la Agenda

---

<sup>112</sup> Estas propuestas aparecen reflejadas en las pp. 4 y 21 del PAN de Alemania, disponible en [https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/NAP%20Business%20Human%20Rights\\_English%281%29.pdf](https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/NAP%20Business%20Human%20Rights_English%281%29.pdf).

<sup>113</sup> Toda la información sobre la Iniciativa puede consultarse en <http://konzern-initiative.ch/initiativtext/?lang=en>.

<sup>114</sup> Aunque dicha iniciativa fue rechazada por el Consejo Federal, la misma habrá de ser de nuevo presentada a debate parlamentario, conjuntamente con la contrapropuesta presentada por el Consejo de Estado para que, en su caso, la ciudadanía pueda manifestarse al respecto mediante el correspondiente referéndum.

<sup>115</sup> GUANMÁN, A. y MORENO, G., *op. cit.*, nota 13, pp. 57-74.

2030, tendremos además que considerar los cambios acaecidos en el marco de la actividad jurisdiccional. El revés que para las víctimas, reales y potenciales, de abusos de los derechos por grandes transnacionales supuso la restricción del ámbito de aplicación del *Alien Tort Claims Act* (ATCA)<sup>116</sup> en la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, es de sobra conocido<sup>117</sup>. Pero también ha habido avances significativos, muy especialmente en lo que a la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* respecta. Es el caso de un reciente pronunciamiento del *British Columbia Court of Appeal* de Canadá, que subrayó su carácter excepcional y reiteró que la carga de probar que otra jurisdicción es «claramente más apropiada» para conocer de un litigio recae sobre la parte que solicita el sobreseimiento de la demanda<sup>118</sup>. Y ello

<sup>116</sup> El ATCA, una ley federal aprobada por el primer Congreso estadounidense en 1789, permite a las víctimas extranjeras de graves violaciones internacionales de derechos demandar a los perpetradores en los tribunales estadounidenses. Se trata de un «*jurisdictional statute*», que no crea derecho sustantivo alguno, sino que autoriza la presentación de demandas relacionadas con ciertos ilícitos, siempre y cuando concurren una serie de requisitos (*Sinaltrainal v. Coca-Cola*, Co. 578 F.3d 1252, 11th Cir. 2009). Ha sido utilizada para alegar graves vulneraciones de derechos con origen en la actividad empresarial en diversas ocasiones, como en el caso *Doe v. Unocal* [395 F.3d 932 (9th Cir. 2002)], relativo a las denuncias de trabajos forzados, torturas y crímenes contra la humanidad cometidos en el contexto de la ejecución de un proyecto de construcción de un gasoducto por el Gobierno militar birmano.

<sup>117</sup> El origen de este caso se remonta a las denuncias de miembros del grupo étnico Ogoni contra las empresas *Royal Dutch Petroleum* y *Shell Transport and Trading Company* por graves violaciones de derechos perpetradas como respuesta a las actividades de protesta en contra de extracciones petrolíferas en territorio nigeriano. El 29 de septiembre de 2006, el Juzgado de Distrito desestimó las pretensiones de los demandantes relativas a los crímenes de exilio forzado, asesinato extrajudicial y violación de los derechos a la vida, la libertad, la seguridad y de asociación. En decisión de 17 de septiembre de 2010, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó la decisión, sosteniendo que el ATCA no podría utilizarse para imputar responsabilidad a las empresas por violaciones del Derecho internacional [*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Company*, 621 F.3d 111, 149 (2d Cir. 2011)]. A pesar de apoyar el rechazo del recurso, el juez Pierre N. Leval discrepó respecto de la fundamentación mediante una extensa opinión disidente, advirtiendo que la inexistencia de una práctica universal de imposición de un deber de resarcimiento a las empresas por violaciones del Derecho internacional no podía entenderse como una prohibición. De hecho, el criterio del Tribunal de Apelación no fue seguido por otros tribunales que, con posterioridad, se pronunciaron en sentido contrario [*Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 2011 U.S. App. LEXIS 13934 (D.C. Cir. 2011); *Flomo v. Firestone Natural Rubber Co., LLC*, 643 F.3d 1013 (7th Cir. Ind. 2011)]. Las víctimas llevaron la causa ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en agosto de 2011. En un escrito de *amici curiae*, el profesor John G. Ruggie, con el apoyo del profesor Philip Alston y la Clínica de Justicia Global de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, respaldó la opinión del juez Pierre N. Leval señalando que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial depende exclusivamente de la legislación nacional, de modo que la aplicación del ATCA no debería descartarse con fundamento en una inexistente prohibición internacional. El 17 de abril de 2013, el Tribunal Supremo confirmó la decisión del Tribunal de Apelaciones limitando la aplicación del ATCA a aquellos casos que «*touch and concern (the United States) with sufficient force*».

<sup>118</sup> *Araya v. Nevsun Resources Ltd.* 2016 BCSC 1856. En su Sentencia de 26 de enero de 2017, el *British Columbia Court of Appeal* revocó la decisión de un tribunal inferior relativa a una demanda interpuesta por un grupo de hombres guatemaltecos lesionados por *Tahoe* mientras protestaba ante una mina de plata. El Tribunal de Apelación examinó una serie de hechos que podrían afectar la capacidad de los demandantes de presentar el caso ante los tribunales de Guatemala (entre ellos, el estancamiento de los procedimientos penales en esa jurisdicción, las limitaciones de los procedimientos de descubrimiento, el plazo de prescripción de las demandas civiles y el riesgo real de que los apelantes no obtuvieran justicia), para concluir que ese país no era «claramente más apropiado» para conocer

sin olvidar la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Pueblos Kaliña y Lokono*, en la que para resolver sobre las afectaciones que en los derechos de los pueblos indígenas habían tenido las actividades mineras denunciadas, la Corte se refirió expresamente a los Principios Rectores<sup>119</sup>.

34. Podemos así concluir que la labor de monitoreo del cumplimiento de la Agenda 2030 en cuanto a la protección de los derechos frente a la actividad empresarial, resulta harto compleja. Pero partiendo de las sinergias entre los Principios Rectores y los ODS, a lo largo de estas páginas se ha pretendido desarrollar un diagnóstico preliminar que, muy a nuestro pesar, nos permite afirmar que todavía son muchos los desafíos pendientes. Conscientes de la importancia de la implementación de procesos de diligencia debida y de la garantía del acceso de las víctimas a reparaciones efectivas para la consecución de los objetivos y metas de la Agenda 2030, debemos recordar que la imposición por ley a las empresas de un deber de vigilancia a lo largo de sus cadenas de valor, aún abriéndose paso (Francia, Suiza, Italia), sigue siendo objeto de rechazo (Finlandia y España). También lo es la proyección extraterritorial de la responsabilidad del Estado (Países Bajos). Además, las propuestas de reformas legislativas en los distintos órdenes jurisdiccionales para garantizar el acceso a recursos efectivos, brillan por su ausencia. Piénsese en el PAN de España que, a mayor abundamiento, no presta la atención necesaria a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como lo son, en el ámbito que ahora nos concierne, los PNC de la OCDE. No obstante, algunos de los PANs ya vigentes nos muestran también avances de relevancia. Recordemos la referida Ley francesa sobre diligencia debida, el compromiso del Ejecutivo italiano de imponer dicho deber de vigilancia a partir de la revisión de la legislación vigente en materia de contratación pública o la promesa de incorporación, en las licitaciones de construcción danesas, de cláusulas de respeto de los derechos a la que, por otro lado y en relación con la contratación de servicios militares y de seguridad privada, se adhiere el propio Gobierno de España. Desde luego, la eficacia de los PANs y, por tanto, sus efectos sobre la consecución de los ODS, pueden ser cuestionados en tanto que sujetos al Ejecutivo que gobierne en cada momento. El deseo de esta autora es que, con independencia de su color, los gobiernos nacionales, como artífices y responsables del cumplimiento de los débitos contraídos a través de estos instrumentos políticos, sean conscientes del papel que les corresponde desempeñar en cuanto a la garantía de los derechos humanos frente a la actividad empresarial en un mundo intensamente globalizado.

---

del caso. Véase más información en <https://business-humanrights.org/en/newsun-lawsuit-re-bisha-mine-eritrea>.

<sup>119</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, de 25 de noviembre de 2015, párrs. 222-226.

## RESUMEN

### LOS PRINCIPIOS RUGGIE Y LA AGENDA 2030. UN FUTURO DE RECÍPROCAS INFLUENCIAS POR EXPLORAR

Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos constituyen un mecanismo valioso para la implementación de la Agenda 2030. La adopción de Planes Nacionales de Acción conformes a estos Principios y la consecuente puesta en práctica de medidas que, entre otras cosas, garanticen el reconocimiento de la responsabilidad extraterritorial de las empresas matrices, impongan procedimientos obligatorios de diligencia debida y remuevan los obstáculos en el acceso por las víctimas a mecanismos eficaces de reparación, coadyuvarán de este modo al efectivo cumplimiento de los objetivos y metas de desarrollo sostenible. La evaluación de los Planes Nacionales y el seguimiento del cumplimiento de las medidas que los integran se reputan así como herramientas de interés para el diagnóstico del nivel de consecución de los objetivos en torno a los que se articula la Agenda 2030. El propósito de estas páginas es precisamente contribuir a una valoración preliminar del cumplimiento de los Principios Ruggie a través del análisis del contenido de los Planes de Acción del Reino Unido, los Países Bajos, Dinamarca, Finlandia, Suecia, Francia, Noruega, Italia, Suiza y España y, con ello, establecer directrices a seguir en futuras actividades de monitoreo del nivel de consecución de los objetivos de desarrollo sostenible.

**Palabras clave:** Agenda 2030, derechos humanos, desarrollo sostenible, empresas, planes nacionales de acción, Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos.

## ABSTRACT

### THE RUGGIE PRINCIPLES AND THE 2030 AGENDA. A FUTURE OF RECIPROCAL INFLUENCES TO BE EXPLORED

The Guiding Principles on Business and Human Rights are a valuable tool for the implementation of the 2030 Agenda. The adoption of National Action Plans in accordance with them and the consequent implementation of measures that, among other things, guarantee the recognition of the extraterritorial responsibility of the parent companies, impose mandatory due diligence procedures and remove obstacles in access to effective mechanisms of reparation, will contribute to the fulfilment of the sustainable development goals. The evaluation of the National Action Plans and the monitoring of compliance with the measures by which they are integrated are considered to be useful tools for diagnosing the level of achievement of the objectives around which the 2030 Agenda is articulated. The purpose of this paper is precisely to contribute to the preliminary assessment of compliance with the Ruggie Principles through the analysis of the content of the National Action Plans of the United Kingdom, the Netherlands, Denmark, Finland, Sweden, France, Norway, Italy, Switzerland and Spain, and in this way to establish guidelines to follow in future activities assessing the level of achievement of the sustainable development goals.

**Keywords:** 2030 Agenda, human rights, sustainable development, national action plans, United Nations Guiding Principles on business and human rights.



### 20.º ANIVERSARIO DEL ESTATUTO DE ROMA

#### LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN CONSTRUCCIÓN: NUEVOS RETOS VEINTE AÑOS DESPUÉS DE LA CONFERENCIA DE ROMA

Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ \*

Casi cincuenta años después de que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios convocada bajo los auspicios de la misma Organización inscribió otra fecha destacada en la historia del Derecho internacional: el 17 de julio de 1998. En esa fecha, los Estados reunidos en la Conferencia de Roma adoptaron el Estatuto de la Corte Penal Internacional, mediante una votación no registrada cuyo resultado es digno de destacar: 120 votos a favor, siete en contra y 21 abstenciones. La celebración en este año del vigésimo aniversario de la adopción del Estatuto de Roma ofrece una buena oportunidad para volver a reflexionar sobre un instrumento jurídico enclavado en el corazón del imaginario colectivo sobre la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales.

La adopción del Estatuto de Roma y la consiguiente creación de la Corte Penal Internacional (CPI) son probablemente dos de los hitos jurídicos que mayores expectativas han generado en la sociedad internacional de finales del siglo XX y principios del XXI. La existencia de una jurisdicción penal internacional independiente, permanente y universal, encargada de enjuiciar a los presuntos autores de los más graves crímenes de Derecho internacional, que se concibió como un desiderátum en la década de los años cincuenta del

---

\* Concepción Escobar Hernández es Catedrática de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Investigación a Distancia (UNED) y Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Fue miembro de la delegación española en la Conferencia de Roma, en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional y en la Asamblea de Estados Partes. Fue Jefa adjunta de la delegación española en la Conferencia de Kampala y Presidenta del Comité de Redacción de la Conferencia ([cescobar@der.uned.es](mailto:cescobar@der.uned.es)).

pasado siglo, comenzó a ser verosímil en 1998 y una realidad en 2002. Desde entonces, la CPI no ha dejado de cumplir su mandato y contribuir con ello a la construcción de un nuevo sistema de justicia penal internacional. El Estatuto, además, ha sido enmendado para incluir nuevos crímenes, entre los que ocupa un lugar destacado el crimen de agresión. Con la adopción de las enmiendas sobre dicho crimen en la Conferencia de Kampala, el diseño original del Estatuto de Roma quedó definitivamente cerrado al darse cumplimiento a lo previsto en su art. 5.2.

Las aportaciones del Estatuto de Roma al moderno Derecho penal internacional no precisan de mayor explicación. Baste con destacar que, por primera vez, la comunidad internacional adopta un instrumento de carácter universal que sitúa la responsabilidad penal del individuo en el centro del sistema internacional. Y lo hace conforme a una estructura integradora, ya que no se limita a declarar la responsabilidad penal individual, sino que aborda dicha responsabilidad en una doble perspectiva, sustantiva y adjetiva. El Estatuto reúne en un mismo instrumento normas primarias que imponen obligaciones, normas secundarias que definen las consecuencias de la infracción de dichas normas y —sobre todo— establece una jurisdicción penal internacional competente para hacer efectiva la responsabilidad del individuo, institucionalizando, así, el mecanismo de determinación de la responsabilidad. A ello ha de añadirse, por último, el impacto del Estatuto sobre el contenido y alcance de la soberanía estatal en materia penal. Si la soberanía nacional para definir tipos penales ya había sido limitada en términos sustantivos por un elevado número de tratados internacionales, el Estatuto de Roma añade un nuevo elemento. A partir de su adopción, el poder de juzgar y castigar en el ámbito penal ya no puede ser considerado como una competencia exclusiva del Estado sino como una materia de interés internacional en la que concurren la competencia judicial internacional y la competencia judicial nacional, sirviendo ambas a un mismo objetivo: el enjuiciamiento y castigo de los más graves crímenes de Derecho internacional. Y lo hacen, además, a través de un nuevo modelo (la complementariedad) que sitúa a la CPI en el centro del sistema de justicia penal internacional, con capacidad de sustituir a los tribunales nacionales en el ejercicio de su competencia primaria. La importancia y significado de esta nueva aproximación al ejercicio del *ius puniendi* ha de ser adecuadamente valorada. Así, baste con recordar que, precisamente por esta configuración de las relaciones entre la Corte y los tribunales nacionales, la autorización parlamentaria de la ratificación del Estatuto de Roma en nuestro país tuvo que someterse al procedimiento previsto en el art. 93 de la Constitución.

Veinte años después de la adopción del Estatuto, y tras la constitución efectiva de la CPI, han sido muchos los desarrollos que se han producido respecto de esta nueva jurisdicción internacional. Estos veinte años han sido testigos de grandes avances y logros, pero también dificultades y críticas a las que la Corte ha tenido que responder. Como es obvio, no es posible analizar todos ellos en esta breve nota, por lo que las siguientes páginas se limitan a

examinar algunas de las cuestiones de mayor actualidad y que mayor incidencia pueden tener en el futuro del Estatuto y de la CPI.

Situándonos en 1998, merece la pena destacar algunos rasgos del ambiente imperante en el momento de adopción del Estatuto de Roma y su proyección en el mismo. En primer lugar, la creación de la CPI era percibida como una necesidad y una oportunidad para los Estados y para la comunidad internacional en el esfuerzo común de la lucha contra la impunidad; ello explica el elevado número de Estados participantes en la Conferencia de Roma, la amplia mayoría con la que se aprobó el Estatuto y la relativa rapidez con que entró en vigor. En segundo lugar, la Corte era concebida como una institución universal llamada a ocupar el centro de un nuevo sistema de justicia penal internacional, lo que se traduce en el complejo sistema de atribución de competencia y de activación de la jurisdicción de la Corte que se dibuja en el Estatuto. En tercer lugar, la Corte era entendida como una jurisdicción homogeneizadora, capaz de enjuiciar de forma uniforme los crímenes más graves de trascendencia internacional, lo que se tradujo en el sistema de reconocimiento pleno y automático de la competencia de la Corte diseñado en el Estatuto, así como en la prohibición de formular reservas. Y, por último, la Corte es concebida como una jurisdicción internacional que ha de coexistir con las jurisdicciones penales nacionales, con las que contribuirá a la lucha contra la impunidad y cuya colaboración necesita para poder cumplir adecuadamente su propio mandato judicial: lo que va a tener su proyección en los principios de complementariedad y de cooperación recogidos en el Estatuto.

Estos caracteres han contribuido a definir los cuatro pilares del Estatuto entendido en términos estructurales: universalidad, integridad, complementariedad y cooperación. Dichos pilares han inspirado la actividad desarrollada por Estados y organizaciones internacionales en torno a la CPI en las últimas dos décadas, así como la actividad de la propia Corte y de la Asamblea de Estados Partes. Sin embargo, la forma en que estos pilares han sido aplicados y desarrollados no ha estado exenta de controversias y dificultades. En especial, la universalidad del Estatuto de Roma y la cooperación con la Corte se enfrentan en la actualidad a serios retos que merecen ser destacados. Junto a ellos, los problemas vinculados a la integridad merecen también algún comentario.

Comenzando con la universalidad, baste con destacar que el continuo proceso de ratificación del Estatuto ha tenido como resultado que en la actualidad 123 Estados (tras la retirada de Burundi) sean partes en el mismo, lo que representa en torno a dos tercios de los componentes de la comunidad internacional. Pero este elevado número de ratificaciones no solo es importante por lo que se refiere al ámbito de aplicación del Estatuto, sino también por otro elemento de naturaleza sociológica y política que no por ello es menos importante: la legitimación social de la nueva jurisdicción internacional. Sin embargo, la universalidad del Estatuto de Roma y la vocación universal de la CPI se enfrenta hoy a dos retos importantes que responden a distinta naturaleza, subjetiva el primero e institucional el segundo.

Desde una perspectiva subjetiva, se ha de recordar en primer lugar que grandes Estados continúan sin ratificar el Estatuto, entre los que cabe mencionar a China, Egipto, Estados Unidos, la Federación Rusa, India o Indonesia. Por otro lado, aunque es cierto que entre los Estados partes hay representantes de todos los grupos geográficos, todavía sigue apreciándose un cierto desequilibrio, por ejemplo, por la infrarrepresentación de los países del área Asia-Pacífico. Pero, sobre todo, la universalidad se ha visto afectada más recientemente por el inicio del procedimiento de retirada del Estatuto de varios Estados africanos en 2016 (Sudáfrica, Burundi y Gambia), que hasta la fecha solo se ha hecho efectiva en el caso de Burundi en 2017. A lo que debe añadirse la retirada de Filipinas, que será efectiva en 2019.

Aunque el proceso de retirada es muy limitado en número, no por ello tiene menos importancia, sobre todo en el caso de los Estados africanos. Y ello por varios motivos. En primer lugar, porque el grupo africano es el grupo más numeroso de Estados partes en el Estatuto que, además, ha sido especialmente activo en el apoyo a la CPI, a la que percibieron originalmente como un instrumento útil para responder a situaciones de especial gravedad producidas en territorio africano durante las dos últimas décadas. En segundo lugar, porque la retirada responde a una preocupación generalizada de dichos Estados que perciben a la CPI como un tribunal para juzgar solo a africanos (percepción que se ha visto especialmente reforzada por el procesamiento de los presidentes en ejercicio de Sudán y Kenia). Y, por último, por el hecho de que esta retirada de Estados africanos se ha producido en un contexto institucional muy significativo, que se inicia con la propuesta de retirada en bloque de los Estados miembros de la Unión Africana del Estatuto de Roma, formulada por el Presidente Kenyatta. Aunque dicha propuesta no prosperó y la retirada se ha acabado limitando a Burundi, no es menos cierto que el simple debate del tema en el marco de la Unión Africana ha proyectado una sombra sobre el apoyo social y la legitimidad que se reconoce a la Corte por los Estados de África.

Además, es preciso destacar que esta sombra se ha proyectado también sobre la universalidad de la Corte en términos institucionales como consecuencia de la adopción, en 2015, del Protocolo de Malabo por el que se crea una Sección de Derecho Penal Internacional en la futura Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos (actual Corte Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos). El Protocolo de Malabo no ha entrado en vigor y no parece que la Unión Africana quiera privar de legitimidad social a la CPI como consecuencia de la creación de un tribunal penal regional. Pero no puede negarse que, si bien la propuesta de Sala Especial pretende ser compatible y complementaria de la CPI, no es menos cierto que con la adopción del Protocolo de Malabo se abre un debate sobre la viabilidad de tribunales penales regionales y sobre el papel reconocido a la CPI como jurisdicción líder del nuevo sistema de justicia penal internacional. A lo que ha de añadirse que el citado Protocolo modifica la lista de crímenes, ampliándola, así como las reglas relativas a la inmunidad, que no son concordantes con

la regla de inoponibilidad absoluta contenida en el art. 27 del Estatuto de Roma.

Por lo que se refiere al principio de cooperación, ha de señalarse como punto de partida que, sin la cooperación de los Estados, la Corte ve limitada en forma significativa su capacidad para ejercer su jurisdicción, lo que explica las detalladas disposiciones que se contienen en la Parte IX del Estatuto en relación con esta cuestión. Y, sin embargo, los retos a los que se enfrenta la cooperación no son menos importantes que los que ya se han mencionado en relación con la universalidad del Estatuto y, además, comparten en buena medida con ellos la situación fáctica de la que traen causa.

Aunque la cooperación de los Estados con la Corte puede tener distintas manifestaciones y ser necesaria en distintas fases del procedimiento, no puede ignorarse que la misma reviste una especial importancia en relación con la detención y entrega de las personas acusadas, ya que la obligación de que estén presentes en el juicio contenida en el art. 63 del Estatuto convierte a la puesta a disposición del acusado en condición imprescindible para el ejercicio de la función judicial. Sin embargo, no es menos cierto que esta forma de cooperación suscita algunos interrogantes no menores, en especial respecto de la eventual detención del nacional de un tercer Estado que desempeña una alta magistratura nacional y que, por ello, se beneficia o puede beneficiarse de diversas formas de inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad reconocidas por el Derecho internacional. No es de extrañar, por tanto, que haya sido precisamente en relación con esta cuestión donde ha aparecido el principal escollo al que ha tenido que enfrentarse la Corte desde su constitución: la detención del Presidente de Sudan, Omar Al-Bashir, acusado de haber cometido crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio.

En efecto, tras la confirmación de cargos por la Sala de Cuestiones Preliminares, la Corte emitió en 2009 y 2010 sendas órdenes de detención y entrega contra Omar Al-Bashir, que fueron concretadas posteriormente con un número no desdeñable de solicitudes de cooperación dirigidas a Estados partes, en virtud del Estatuto, y varias invitaciones de cooperación dirigidas a Estados no partes, en virtud de las disposiciones contenidas en la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad por la que se remitió la situación de Darfur-Sudán a la CPI. Dichas solicitudes de cooperación no han surtido efecto hasta la fecha, lo que ha llevado a la Corte a concluir en varias ocasiones que algunos Estados partes han incumplido la obligación de cooperar prevista en el art. 86 del Estatuto. Con carácter general, los Estados implicados han considerado que el incumplimiento de la solicitud que les ha sido dirigida por la Corte no constituye una violación de la obligación de cooperar, ya que se trata de un supuesto típico de aplicación del art. 98.1 del propio Estatuto. Sin embargo, la Corte ha rechazado reiteradamente esta interpretación y ha privilegiado la aplicación del art. 27, que consagra la inoponibilidad frente a la Corte de cualquier forma de inmunidad de los acusados. Apoyándose en este argumento, la CPI ha llegado incluso a adoptar varias decisiones por las que acuerda remitir dicho incumplimiento a la Asamblea de Estados

Partes y al Consejo de Seguridad en virtud de lo previsto en el art. 87.7 del Estatuto. Así ha sucedido respecto del Chad, Djibouti, Jordania, Kenia, Malawi y Uganda. Sin embargo, en el caso de Sudáfrica, la Corte constató la falta de cooperación, pero consideró que no se daban las circunstancias para remitir el asunto a la Asamblea de Estados Partes y al Consejo de Seguridad. Además, la CPI ha remitido al Consejo de Seguridad el incumplimiento por Sudán del deber de cooperar que le impone la citada Resolución 1593 (2005).

La remisión del incumplimiento de un Estado parte a la Asamblea de Estados Partes y al Consejo de Seguridad ha entrado en una nueva fase a partir del caso de Jordania, que ha apelado la decisión de remisión y obtenido la suspensión de la misma en abril de este año. Las importantes cuestiones que se suscitan en el proceso de incumplimiento contra Jordania explican la gran expectación que esta apelación ha generado e, incluso, la decisión de la Corte de hacer un llamamiento general para la presentación de *amicus curiae* en el procedimiento de apelación, así como para recibir comentarios y observaciones procedentes de organizaciones internacionales y Estados. No cabe duda de que la respuesta que la CPI dé al recurso de apelación presentado por Jordania está llamada a jugar un papel central en el futuro de su propia jurisdicción, aportando luz sobre el alcance del deber de cooperar recogido en el art. 86 del Estatuto, sobre la relación entre los arts. 27 y 98, así como sobre el significado de la remisión de un asunto a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A lo que ha de añadirse la incidencia que podría tener también en instituciones de Derecho internacional general, en especial, en la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado. Será necesario, por tanto, prestar una gran atención a una decisión en la que la Corte deberá confirmar o modificar su ya amplia jurisprudencia sobre la no-cooperación.

Por último, para ofrecer una fotografía completa de los retos estructurales a que ha de enfrentarse la Corte en el futuro inmediato, no puede dejar de mencionarse el complejo proceso de activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión. Este proceso, que se inicia en la Conferencia de Kampala en 2010, se separa del modelo general seguido para otros crímenes de competencia de la Corte, ya que en virtud de lo previsto en los nuevos arts. 15 *bis* y 15 *ter* del Estatuto, la Corte no puede ejercer su competencia respecto de un crimen de agresión hasta que se cumpla el doble requisito de que la enmienda haya obtenido treinta ratificaciones (lo que se produjo en 2016 con la ratificación de Palestina) y que los Estados partes acuerden la activación de la competencia de la Corte (lo que se ha producido en 2017). Ambos requisitos se completan con un tercer elemento, igualmente ajeno al resto de los crímenes, que permite que cualquier Estado pueda declarar que no acepta la competencia de la Corte, aunque haya ratificado las enmiendas sobre el crimen de agresión (art. 15 *bis*).

Estas cláusulas de salvaguarda se explican, sin duda, por las características especiales del crimen de agresión. Sin embargo, su aplicación efectiva ha dado lugar a un interesante debate y una fuerte controversia entre los Estados partes con ocasión de la adopción de la Resolución ICC-ASP/16/Res.5,

el pasado 14 de diciembre. Aunque la citada resolución debería haber tenido como único objetivo la activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión, ha ido más allá al confirmar en su párr. 2 que «en caso de remisión de un Estado o de investigación *motu proprio*, la Corte no ejercerá su competencia en relación con el crimen de agresión cuando este haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado que no haya ratificado o aceptado dichas enmiendas». Aunque esta afirmación es el resultado inevitable del sistema de enmiendas establecido en el art. 121.5 del Estatuto, no es menos cierto que se ha puesto negro sobre blanco la constatación de que la competencia de la Corte sobre los nuevos crímenes que se adopten en virtud de enmiendas será, por definición, más reducida que la establecida para los crímenes tipificados originalmente en el Estatuto. Salvo en el caso de que sea el Consejo de Seguridad quien remita una situación a la CPI y de este modo active su jurisdicción. El problema no es baladí y afecta a la integridad del Estatuto, por lo que habrá que esperar y estar atentos a las decisiones que al respecto puedan tomar en el futuro tanto la Asamblea de Estados Partes como la propia CPI.

Los breves comentarios que se acaban de realizar muestran cómo el sistema de justicia penal internacional instaurado por el Estatuto de Roma, y la propia CPI, no han salido todavía de lo que podríamos denominar «la fase de construcción». Las decisiones que se tomen en un futuro inmediato influirán de manera destacada en la construcción definitiva de dicho sistema y, por ello, merecen una consideración reflexiva y cuidadosa. Sin embargo, esta conclusión final en nada disminuye el gran valor y significado que ha tenido para el Derecho internacional contemporáneo la adopción del Estatuto de Roma y la constitución de la CPI. Los problemas a los que la Corte se viene enfrentando en estos dieciséis años de funcionamiento no son radicalmente distintos de los que han tenido que enfrentar otros tribunales internacionales. Y, además, el apoyo recibido por la Corte por parte de Estados, Organizaciones Internacionales y sociedad civil no ha disminuido y su legitimación social para actuar como la jurisdicción líder en la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes de Derecho internacional tampoco. Es de esperar que en un nuevo Foro de esta *Revista* dedicado a un futuro aniversario del Estatuto de Roma y de la CPI se pueda concluir que la «fase de construcción» se ha superado y que la Corte «vuela ya a velocidad de crucero».

**Palabras clave:** universalidad e integridad del Estatuto de Roma, cooperación, crimen de agresión, justicia penal internacional, responsabilidad penal del individuo.

**Keywords:** universality and integrity of the Rome Statute, cooperation, crime of aggression, international criminal justice, individual criminal responsibility.





## RESTORATIVE JUSTICE AT THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Sara KENDALL \*

With the twentieth anniversary of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) approaching in July of 2018, the ICC has announced its intention to «mark this milestone» throughout the year, inviting visitors to its website to do the same. An accompanying film commemorating the anniversary opens with scenes of atrocity crimes throughout the world flashing in sequence. Interspersed throughout this account of the Court's establishment are images of victims of crimes that could possibly fall under the court's jurisdiction, whilst the film narrates the subject matter that the ICC is empowered to adjudicate: the use of child soldiers, destruction of cultural property, and sexual violence, among other forms of war crimes, crimes against humanity and genocide. Following a clip of testimony of a survivor of sexual violence crimes, the film introduces the Court's Trust Fund for Victims, which was established through the Rome Statute to provide «support to victims, survivors, their families and community». It closes with the claim that the pursuit of security «starts with justice for everyone». While a familiar genre of institutional self-representation, the film is remarkable for the way in which it foregrounds the figure of the victim of international crimes within a retributive legal field.

I begin from this film as an artefact of commemoration that may reveal how the ICC regards itself twenty years on from its founding through the Rome Statute. In 2022 we will face another Court anniversary, twenty years from when the treaty-based statute came into effect with the required amount of state signatories. While the current anniversary marks the importance of the ICC's formal legal foundation, the latter marks the significance of state support for its mandate, illustrating the longstanding divide in international

---

\* Sara Kendall is Senior Lecturer (Associate Professor) in International Law and Co-Director for Centre for Critical International Law at the University of Kent. Before joining Kent Law School, she was a Researcher in Public International Law at Leiden University and Lecturer in International Relations at the University of Amsterdam. PhD, University of California at Berkeley ([S.Kendall@kent.ac.uk](mailto:S.Kendall@kent.ac.uk)).

legal practice between legal rules and political support for them. In light of the continuing threat of non-compliance, the field of international criminal justice has embraced markers of its continuing vitality and legacy, as illustrated through celebratory events surrounding the recent closures of *ad hoc* tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia<sup>1</sup>. The ICC differs from these two UN-backed tribunals in that it was established with a permanent mandate, and in principle it will continue its work indefinitely. Yet anniversaries provide opportunities for thinking about the Court's contribution to a constellation of objectives, ranging from its most direct aim of holding individual perpetrators of grave crimes to account and developing international criminal law jurisprudence to the more ambitious aims of bringing justice to conflict-affected communities and fostering global security.

If the film shows its audience how the Court seeks to present itself twenty years on from the signing of the Rome Statute, a central feature of this presentation is the role of the victim. As I have argued elsewhere together with Sarah Nouwen, this figure is at least double: the film presents the victim as the beneficiary of the Court's work, a kind of abstraction that serves as the *telos* or *raison d'être* of international criminal justice; on the other hand, the Rome Statute constructs the victim as a legal subject, or what we refer to as the «juridified victim»<sup>2</sup>. The first figure is invoked by proponents of the field of international criminal justice as a means of justifying its work, and is unconstrained by juridical categories: it represents the «justice for everyone» that the film suggests is possible through the work of the ICC. The second figure, the «juridified victim», is the product of a legal framework that must necessarily narrow who may appear as a victim according to jurisdictional forms, whether tied to temporality, location, or subject matter. Only certain kinds of crimes can be adjudicated before the ICC, and the exercise of prosecutorial discretion to act in certain situations and in relation to certain individuals narrows the field even further.

Both figures of victimhood appear within the text of the Rome Statute: the general or abstract as well as the narrower legal construct. The statute's preamble notes that «during this century millions of children, women and men have been victims of unimaginable atrocities that deeply shock the conscience of humanity», drawing a link between historical victims of mass atrocities and the institutional redress that the ICC seeks to offer the abstract victim in the present. More narrowly, the Statute offers specific provisions for victim participation: to make representations to the Pre-Trial Chamber when the prosecutor requests *proprio motu* for an investigation to be authorised [art. 15(3)]; to submit observations regarding a jurisdictional challenge

---

<sup>1</sup> For an account of this «legacy talk» at the International Criminal Tribunal for Rwanda, see KENDALL, S. and NOUWEN, S., «Speaking of Legacy: Toward an ethos of modesty at the International Criminal Tribunal for Rwanda», *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, pp. 212-232.

<sup>2</sup> KENDALL, S. and NOUWEN, S., «Representational Practices at the International Criminal Court: The Gap between Juridified and Abstract Victimhood», *Law and Contemporary Problems*, vol. 76, 2013, pp. 235-262.

to the Court or on the admissibility of a case [art. 19(3)]; and to express views and concerns at stages in the proceedings that the Court deems appropriate [art. 68(3)]. Forms of redress are enshrined through reparations provisions (art. 75) and through the establishment of an independent Trust Fund for Victims (art. 79) providing reparations and other forms of assistance.

These provisions are unique in the history of international criminal tribunals. While participatory roles for victims have been written into the foundational texts of internationalised courts, such as the Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia and the Special Tribunal for Lebanon, these institutions exist in a relationship with civil law systems that include practices of victim participation or representation, whether as a special chamber of a national court structure or as an international tribunal drawing upon municipal law. Previous international criminal tribunals —such as the post-World War II tribunals in Nuremberg and Tokyo and the UN-backed tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia— have included victims solely as witnesses, drawing them into proceedings as bearers of evidence rather than as participants in their own right. In this way the Rome Statute sought to establish a supra-national role for victims across civil and common law traditions within the institutional space of the ICC, a development which has been hailed by victims' rights advocates and regularly invoked by ICC personnel as a central feature of the Court's work.

Although these provisions are unique, they arise out of a broader history of attempts to institutionalise victims' rights within the framework of international criminal justice. The international criminal tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia had been criticised for inadequately addressing the interests of individuals and communities who had experienced grave crimes, and a coalition of non-governmental organisations advocated on behalf of these constituencies during the drafting of the Rome Statute. The ICC based its incorporation of principles on previous international law efforts to establish an architecture of victims' rights through the 1985 UN General Assembly Declaration of the Basic Principles of Justice for the Abuse of Power<sup>3</sup>. Yet the system established in Rome in 1998 left many open questions concerning how the provisions would be institutionalised at the ICC. Further rounds of negotiations regarding the Court's Rules of Procedure and Evidence attempted to address how they would be implemented, and much was left to the determination of ICC judges in pre-trial proceedings and during trials<sup>4</sup>. As a consequence of this openness, the resulting jurisprudence has varied according to chamber, and individuals may receive different treatment as victim participants based upon which situation or case they fall under. Ef-

---

<sup>3</sup> CLARKE, K. recounts this history in «“We ask for justice, you give us law”: The rule of law, economic markets, and the reconfiguration of victimhood», in DE VOS, C., KENDALL, S. and STAHN, C. (eds.), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 272-301.

<sup>4</sup> See generally MCGONIGLE LEYH, B., *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 225-335.

forts to institutionalise procedural rights and reparations for conflict-affected individuals have been routed through a juridical framework that focuses on retribution as its primary objective.

In this regard, the implementation of victims' rights at the ICC is distinct from other forms of humanitarian practice, if the «restorative turn» in international criminal law can be considered in that light<sup>5</sup>. Whereas humanitarianism generally responds to needs, international criminal law responds to wrongs that may have resulted in individual harms. As a consequence, the link to the criminal act remains central for many dimensions of the ICC's «victim mandate». The main aspects of the Court's work in this area include participation by court-recognised victims at various points in the trial proceedings, as well as support from the Trust Fund for Victims, which entails forms of assistance throughout the trial process as well as the prospect of reparations following conviction.

The nexus to a charged crime features most prominently in relation to victim participation. As charges are dropped in specific cases due to inadequate evidence—or indeed if entire cases are dropped, as happened in the Kenyan situation—the status of a court-recognised victim participant can shift from a case-specific victim to that of a broader situation, with a corresponding loss of participatory rights. Even where individuals are afforded participatory rights, these must be balanced against the rights of the accused, and victims are not considered parties to the proceedings as they are in some civil law systems. Participation can be quite limited in practice and is usually mediated through a legal representative who may act on behalf of a large number of individuals. Due to limited resources as well as security concerns, some victim representatives have faced challenges accessing the individuals on whose behalf they act. Furthermore, some individuals applying for formal recognition as victim participants have waited long periods of time to hear back from the Court and may not understand the technical legal reasons underlying their rejected applications. Whilst the nexus to a charged crime is significant from a legal perspective, it may be less so to conflict-affected individuals seeking redress.

The reparative dimension of the ICC's work conducted through the independent Trust Fund for Victims is less bound up with juridical categories and links to charged crimes, but it is still carried out with some judicial oversight that may constrain its activities. For example, whilst the Fund may contribute to physical rehabilitation, psychological rehabilitation, and material support in ICC situation countries, in the situation of the Democratic Republic of Congo there is no physical rehabilitation mandate because it was not originally requested from the governing chamber. Furthermore, decisions about

---

<sup>5</sup> See KENDALL, S., «Beyond the restorative turn: The limits of legal humanitarianism», in DE VOS, C., KENDALL, S. and STAHN, C. (eds.), *op. cit.*, note 3, pp. 352-376; and KENDALL, S. and NOUWEN, S., «International Criminal Justice and Humanitarianism», *Oxford Handbook on International Criminal Law* (forthcoming 2019).

targeting prioritise conflict-related harms that reflect the crimes within the Rome Statute rather than broader needs of particular communities. This is what makes the Trust Fund's assistance distinct from the work of other humanitarian organisations, manifesting a turn to restorative justice in the field of international criminal law, and it lends a new dimension to the ambitions and practices of a predominantly punitive legal field.

There are many commendable aspects of this turn to forms of justice beyond the punitive, and proponents of victims' participatory and reparative rights have remained in dialogue with the ICC to refine and improve the implementation of Rome Statute provisions<sup>6</sup>. This treaty was shaped in part through advocacy on behalf of conflict-affected communities, not only as a broader negotiation between adversarial and inquisitorial legal systems, but also as a way of institutionalising a different form of accountability; namely, accountability to individuals and communities who have suffered most from grave crimes. Yet the ambition articulated in the Court's commemorative film—to seek «justice for everyone»—is located within two broader contexts, political and legal, that enframe and constrain its possibilities for victim redress. The ICC's selective geographies of intervention, cognisable within the terms of political realism, bear upon who may receive reparations and assistance: within the Democratic Republic of Congo, for example, but not in Syria. Legally, the Court is constrained by familiar jurisdictional forms such as time, place, definition of the crime, and the territory on which it is enacted. At the time of writing, Israeli Defense Force personnel's lethal use of force against protestors in Gaza raises questions of whether the ICC prosecutor may look further into these events following on a previous referral for alleged crimes on Palestinian territory. Yet accountability for individuals associated with strong states remains a political struggle at the international level, informing the limits to this alternative conception of accountability that victims of grave crimes may claim. As with humanitarianism and human rights more broadly, victim redress at the ICC remains within a terrain of political and legal constraints that should be thought together with its restorative potential.

**Keywords:** victims, restorative justice, international criminal law, humanitarianism.

**Palabras clave:** víctimas, justicia restaurativa, Derecho internacional penal, humanitarismo.

---

<sup>6</sup> The various actors and reports are too numerous to mention here, but one illustrative example is the International Federation for Human Rights (FIDH) report, *Five Myths about Victim Participation in ICC Proceedings*, Report No. 649a, December 2014. Available at: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/cpi649a.pdf> (this website has been accessed 15 May 2018).



## **LA GERONTOMIGRACIÓN: UNA PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN GLOBAL PARA ABORDAR EL FENÓMENO COMPLEJO DE LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE PERSONAS MAYORES**

### **DIMENSIÓN JURÍDICA DE LAS RELACIONES TRANSFRONTERIZAS DERIVADAS DE LA GERONTOMIGRACIÓN**

Mayte ECHEZARRETA FERRER\*

Si el objetivo de este Foro es abordar un tema que afecte o vaya a afectar de manera directa o indirecta a las relaciones transfronterizas en España, la gerontomigración o movilidad transfronteriza de personas mayores<sup>1</sup> es uno de ellos. Se trata de un fenómeno complejo<sup>2</sup> que impacta en la estructura política, sanitaria, demográfica, ética, cultural, jurídica... e incluso en el diseño arquitectónico de la ciudad. Podemos decir que constituye por sí solo un laboratorio de investigación aplicada en temas relacionados con las Humanidades, las Ciencias de la Salud, las Ciencias Sociales y Jurídicas, la Ingeniería o la Arquitectura. El reto es poner a todas esas ciencias a dialogar y a construir propuestas eficientes, equilibradas y sostenidas, algo poco promocionado en nuestro país por la complejidad que supone romper el asignaturismo, por las exigencias de humildad y colaboración científica que exige y por el temor disciplinar a debilitar el control, difuminar los contornos o perder la identidad.

---

\* Profesora titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Málaga ([mtechezarret@uma.es](mailto:mtechezarret@uma.es)). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 26 de abril de 2018.

<sup>1</sup> El concepto *gerontoinmigrante* fue acuñado en ECHEZARRETA FERRER, M. (dir.), *El Lugar Europeo de Retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Granada, Comares, 2005.

<sup>2</sup> MORIN, E., *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, 2009, [http://grupal.reletran.org/wp-content/uploads/2013/09/MorinEdgar\\_Introduccion-al-pensamiento-complejo.pdf](http://grupal.reletran.org/wp-content/uploads/2013/09/MorinEdgar_Introduccion-al-pensamiento-complejo.pdf). Véase ECHEZARRETA FERRER, M., «La movilidad transfronteriza de las personas mayores: complejidad e interdisciplinariedad de la gerontoinmigración española», *op. cit.*, nota 1, pp. 3-41.

Desde 2001, en el seno de un grupo de investigación multidisciplinar<sup>3</sup> y a través de diferentes proyectos<sup>4</sup>, investigadores de distintas áreas de conocimiento hemos ido contestando a algunas preguntas que nos planteaba el fenómeno, de forma disciplinar, interdisciplinar y transdisciplinar. Preguntas que, a su vez, hemos tratado de convertir en conclusiones transdisciplinares materializadas en forma de propuestas, algunas ejecutadas<sup>5</sup> y otras en fase de ejecución<sup>6</sup>. Durante estos años, hemos desarrollado actividades de investigación básica y aplicada, innovación y divulgación del conocimiento<sup>7</sup>, con un decidido objetivo de contribución al desarrollo del entorno cultural, social y económico de los lugares europeos de retiro, un número significativo de los cuales se localizan en España y, en particular, en el litoral mediterráneo, como explica Durán en este Foro. No olvidemos que se trata de un colectivo inversor, consumidor y contribuyente a las arcas del Estado, aunque, en ocasiones, pueda convertirse en una carga pública por falta de previsión política o por una deficiente gestión financiera por parte de las administraciones públicas.

Entre los colectivos que integran el fenómeno de la gerontomigración, el más relevante, conocido y estudiado es el de jubilados extranjeros que emigran para rentabilizar sus pensiones y vivir con mayor plenitud sus últimos años de vida. Sin embargo, y por la coincidencia de problemas e intereses, incluimos también a los inmigrantes, menos visibles de momento, aunque en aumento, que (una vez jubilados y sin adquirir la nacionalidad española) se quedan a residir en España, así como a los ascendientes extranjeros, reagrupados por inmigrantes laborales y a los retornados, emigrantes españoles que adquirieron o no la nacionalidad del país de acogida, e incluso sus descendientes, situación esta que se recrudecerá en el futuro con el retorno de los españoles que están abandonando el país en busca de trabajo y que vuelvan una vez jubilados. Las implicaciones sociodemográficas, ambientales, sanitarias, culturales y politológicas de la gerontoinmigración, que apunta Durán en este Foro, están sostenidas por una estructura jurídica no siempre coordinada ni

<sup>3</sup> Grupo de investigación interdisciplinar consolidado del Plan Andaluz de Investigación (EURIE, SEJ-267), que coordiné desde 1989 a 2017, liderado en la actualidad por DURÁN MUÑOZ, R.

<sup>4</sup> Los proyectos que supusieron el origen y consolidación de nuestro trabajo fueron: (2002-2007), Acción Coordinada LJC/GGM de la Junta de Andalucía, participada por cuatro grupos de investigación: SEJ-171, SEJ-309, SEJ-347 y SEJ-267; (2007-2010), Proyecto de Excelencia Dirección General de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía (P06 -SEJ-01861); (2014-2015, UMA-FEDER), Proyecto-Puente para el Desarrollo de Proyectos de Investigación bajo el Marco del Programa de Fortalecimiento de las Capacidades en I+D+I en las Universidades, todos ellos coordinados por ECHEZARRETA FERRER, M. Los demás proyectos y redes de investigación en las que hemos participado hasta la fecha, pueden ser consultados en <http://www.gerontomigracion.uma.es/index.php?q=node/5>.

<sup>5</sup> Es el caso del Observatorio Europeo de Gerontomigraciones (OEG, disponible en <http://www.gerontomigracion.uma.es>), entre cuyas actividades se encuentra la publicación de un boletín de prensa semanal o la publicación de boletines de investigación y comentarios cortos a noticias políticas o jurídicas relacionadas con el fenómeno. También, el diseño de parámetros de excelencia para los municipios que se postulan como lugares europeos de retiro (véase en <http://www.gerontomigracion.uma.es/index.php?q=node/4>).

<sup>6</sup> Como la consolidación institucional de la credencial «Municipio LER», pendiente de tramitación, así como la conversión de dichos parámetros (véase nota 5) en indicadores evaluadores de la credencial.

<sup>7</sup> En consonancia con la Ley 14/2011 de la Ciencia, *BOE* núm. 131, de 2 de junio de 2011.



consciente del fenómeno. Sobre ella hemos venido estudiando, publicando y difundiendo nuestras conclusiones en foros de investigación y formación<sup>8</sup> a lo largo de estos años, y que paso a mencionar en apretada síntesis.

El derecho que sustenta el fenómeno de la gerontomigración es el de circulación y, en particular, el derecho de residencia en España<sup>9</sup>. Derecho, cuyo disfrute no es incondicional, sino supeditado, en general, a la acreditación de un sustento económico y sanitario autónomo, ya se trate de ciudadanos de la UE o de nacionales de terceros Estados, aunque con límites diferentes. Ello conlleva, a su vez, la necesidad de importar, en la mayoría de los casos, las pensiones<sup>10</sup> y los derechos sanitarios<sup>11</sup> generados en el extranjero, de origen privado o público, lo que, en este último caso, depende en la actualidad de reglamentos europeos de coordinación entre Estados miembros o de convenios con terceros Estados y, en el futuro y respecto del Reino Unido, del Acuerdo que está en gestación de 19 de marzo de 2018<sup>12</sup>. De aquí se puede deducir la falta de reflexión de muchos ciudadanos británicos movilizadas para mantener la ciudadanía europea mediante la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro de la UE<sup>13</sup> antes de que finalice el periodo transitorio del que nos informa Durán en este Foro. Y ello porque, aunque el ciudadano británico se convierta en español o irlandés, no podrá seguir manteniendo su residencia en España si no puede importar su pensión o sus derechos sanitarios cuando se dejen de aplicar dichos reglamentos. Sin embargo, si se llegara a un acuerdo al respecto, previsible al menos durante el periodo transitorio según el borrador de Acuerdo del que nos informa Durán, los británicos no tendrían problemas para seguir manteniendo la residencia en España, aunque se convirtieran en nacionales de terceros Estados al poder alcanzar fácilmente el estatuto de residentes permanentes. De aquí que, en el laboratorio del *brexit*, una de las prioridades si se apuesta por mantener el fenómeno, sea la movilidad de pensiones y de derechos sanitarios, pero no solo pensando en los británicos, sino también en los españoles que trabajan en Reino Unido, pues podrían decidir retornar a España tras su jubilación<sup>14</sup>. De momento, parece que los gerontoinmigrantes (GI) actuales, como los que decidan serlo

<sup>8</sup> Véase la *web* del OEG.

<sup>9</sup> MARTÍN MARTÍNEZ, M. y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C. «La libre circulación de los residentes en la UE: especial referencia a los gerontoinmigrante de la Unión (UE)», en ECHEZARRETA FERRER, M. (dir.), *La residencia de los gerontoinmigrantes. Derechos y obligaciones de los jubilados extranjeros en los lugares europeos de retiro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 59-89.

<sup>10</sup> LOZANO LARES, F., «Residencia y pensiones», *op. cit.*, nota 9, pp. 131-163.

<sup>11</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., «La prestación sanitaria transfronteriza. Supuestos, diferencias, similitudes y consecuencias», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., *Sanidad transfronteriza y libertad de circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 193-243.

<sup>12</sup> [http://www.gerontomigracion.uma.es/sites/default/files/usuarios/file/Documentos/draft\\_agreement\\_coloured.pdf](http://www.gerontomigracion.uma.es/sites/default/files/usuarios/file/Documentos/draft_agreement_coloured.pdf).

<sup>13</sup> Adquisición altamente complicada, por cierto, si se trata de cumplir los requisitos de la ley española de nacionalidad, aunque de momento no parece ser la preferida. Véase «Sube un 165% la cifra de británicos que logran otra nacionalidad europea», Diario *El País*, 11 de abril de 2018, [https://elpais.com/internacional/2018/04/11/actualidad/1523440110\\_156059.html](https://elpais.com/internacional/2018/04/11/actualidad/1523440110_156059.html).

<sup>14</sup> ECHEZARRETA FERRER, M., «Incidencia del *brexit* en la movilidad transfronteriza de jubilados británicos. Algunas coincidencias con las relaciones hispano gibraltareñas», en MARTÍN MARTÍNEZ, M.

durante el periodo transitorio, tendrán asegurados esos derechos. Del futuro no se ha hablado.

En aras de la integración, nos hemos ocupado, de un lado, del derecho al uso de la propia lengua en relación al Derecho Fundamental Europeo a la «buena administración». Y ello, por la constatación de que se trata de personas mayores que llegan a España en edad avanzada, con el deseo de descansar tras una larga vida laboral, sin estímulos ni siempre con habilidades suficientes para el aprendizaje, y que, sin embargo, requieren de una fluida relación con el entorno, tanto público como privado, para la gestión de sus intereses<sup>15</sup>. De otro lado, nos hemos ocupado también del estudio del ejercicio de los derechos políticos<sup>16</sup>, aunque no exista una especial inquietud por este derecho, como explica Durán en este Foro.

No cabe duda de que, junto con el sol, la seguridad, la cultura y la forma de vida mediterráneas, el asunto fiscal es otro de los mayores incentivos para la consolidación del destino España. La obligación desde 2013 de declarar las rentas o bienes en el exterior que superen los 50.000 euros, ligada a las fuertes sanciones que conlleva su incumplimiento (no obstante han sido suavizadas tras considerarlas desproporcionadas la Comisión Europea en su dictamen de 15 de febrero de 2017), condiciona a muchos la elección de España para invertir en su proyecto de jubilación. Tampoco se les pasa desapercibido a los extranjeros el impuesto de sucesiones español, sobre el que se pronunció el TJUE el 3 de septiembre de 2014 (as. C-127/12, ECLI:EU:C:2014:2130) declarando incompatible con la normativa europea la norma interna española discriminadora entre residentes y no residentes en España, y que, a la postre, ha resultado ilegal<sup>17</sup>. Este asunto está detrás del «sub registro» de algunos ciudadanos<sup>18</sup>, así como de numerosas estafas en forma de productos financieros que se publicitan como vía para reducir impuestos a los herederos y que han llevado a la ruina a extranjeros que confiaron en ellos<sup>19</sup>.

Los problemas de competencia judicial internacional, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones, así como de cooperación de autoridades, están presentes en cuantos asuntos de Derecho internacional privado (DIPR) afectan a los jubilados extranjeros que se encuentran en España. Pro-

---

y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.), *El Brexit y Gibraltar*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2017, pp. 239-261.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ, Á., «No solo mis derechos. Lenguas comunitarias y administración local», en *El Lugar Europeo de Retiro*, *op. cit.*, nota 1, pp. 117-192.

<sup>16</sup> VVAA, «La participación política de los extranjeros en España», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, número extraordinario, primer semestre de 2016, 27. RODRÍGUEZ, Á. y SÁNCHEZ, P., «Residencia y derecho de participación», *op. cit.*, nota 9, pp. 165-201.

<sup>17</sup> GARCÍA CALVENTE, Y., «Residencia y tributación. Especial referencia al colectivo de los gerontomigrantes», *op. cit.*, nota 9, pp. 203-237. Véase STS (Sala de lo Contencioso, Sección 5), núm. 242/2018, de 19 de febrero, que rechaza también la discriminación respecto a extracomunitarios.

<sup>18</sup> DURÁN MUÑOZ, R., «Sanidad en la España de retiro: De atractivo para la gerontomigración a preocupación y movilización política por el *brexit*», *op. cit.*, nota 11, pp. 29-57.

<sup>19</sup> De tales noticias damos cuenta en nuestro *Boletín OEG de Prensa*, disponible en la *web* del Observatorio.

blemas que, sin ser exclusivos de estos colectivos, sí son los más frecuentes. Me refiero, en primer lugar, a los relacionados con los contratos de compra-venta de vivienda, préstamos y garantías hipotecarias, así como a la determinación del régimen económico matrimonial al adquirir el inmueble. El incumplimiento del pago del préstamo, de los suministros, de los gastos de la comunidad de propietarios, etc., junto con las ejecuciones hipotecarias tras la desaparición o vuelta de los deudores a su país de origen, a cuyo retorno alude Durán, son escenarios de este complejo fenómeno a los que le hemos dedicado especial atención analítica y propositiva a través de diferentes encuentros académicos<sup>20</sup>.

El divorcio entre los cónyuges y la división del patrimonio respecto de bienes que se encuentren en España son también problemas que se suceden periódicamente. Es frecuente que el divorcio se haya planteado en los países de origen y que el objeto del reconocimiento sea tan solo la modificación registral de la titularidad de los bienes de cuya problemática da cuenta la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas resoluciones. Dentro del ámbito familiar, se debe apuntar también que este colectivo no plantea problemas de responsabilidad parental respecto a sus hijos por razones obvias de edad, pero sí respecto a sus nietos cuando las autoridades de origen, en particular las alemanas, nombran tutores a los abuelos y estos son residentes en España; surgen entonces problemas que no encajan en el actual Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis)<sup>21</sup> y que se están teniendo en cuenta en la reforma<sup>22</sup> que nos disponemos a estudiar en un nuevo proyecto de investigación.

Nos ha llamado también la atención, aunque son imaginables las razones, que los GI en situación de vulnerabilidad y desamparo no demanden el pago de las deudas alimenticias a los ex cónyuges ni a los hijos. Esta es una de las preguntas que nos hacemos en el proyecto de investigación que acabamos de solicitar. Investigaremos, además de los problemas de la dependencia de los mayores extranjeros y de la asistencia sanitaria transfronteriza en los momentos *brexit* que vivimos, los problemas de DIPR relacionados con la reclamación de los alimentos por los acreedores y la ejecución de las resoluciones frente a los deudores. Y junto a ello, abordaremos las vías para que la Administración española se subrogue en los derechos de los extranjeros mayores vulnerables, atendidos en España gratuitamente en sus necesidades más básicas y, a la vez, acreedores de pensiones de alimentos respecto a sus parientes.

---

<sup>20</sup> De las que hay cumplida información en el acceso correspondiente de la *web* del Observatorio.

<sup>21</sup> Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, *DO L* núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>22</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo modificando el R. 2201/2003/CE en materia de competencia y estableciendo normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, de 30 de junio de 2016.

En este ámbito de vulnerabilidad, también llama la atención que España no haya ratificado el Convenio de La Haya de 2000 sobre Protección de Adultos, ya que sería un buen instrumento de colaboración entre las autoridades de origen, en especial Reino Unido y Alemania, y España, para trabajar eficazmente en la protección de la dignidad de las personas vulnerables, y unificar las normas de DIPR, en materia de protección de mayores y, en especial, respecto a los apoderamientos preventivos huérfanos de una normativa unificada<sup>23</sup>.

Otra de las materias de especial relevancia entre los GI, es el Derecho sucesorio, donde la *professio iuris* alcanza su máxima expresión, en particular respecto a testadores británicos. Los temas para la investigación son numerosos. De momento, nos hemos encargado de estudiar la determinación del concepto de residencia habitual del Reglamento núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 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<sup>24</sup>, a efectos de la ley aplicable y su incidencia en la competencia judicial internacional a la luz de los datos empíricos de los que disponemos tras las encuestas que hemos realizado y de cuyos datos Durán da cumplida cuenta. Concepto, como sabemos, difícil de determinar en general en un mundo en constante movimiento, y más, respecto de personas que viven entre dos países, según la época del año y según los asuntos familiares, patrimoniales o de salud que deban solucionar en el de origen. A dicha vinculación jurídica le hemos dedicado una monografía, en la que estudiamos el concepto jurídico «residencia» desde el punto de vista de las obligaciones fiscales, de los derechos de pensiones, la asistencia sanitaria y la participación política, además de los registros públicos de extranjeros y de empadronamiento y la conexión en materia de competencia judicial internacional y de ley aplicable<sup>25</sup>.

Finalmente, hemos abordado de forma global y monográfica los derechos derivados de la sanidad transfronteriza, no solo referido a la exportación de

---

<sup>23</sup> ECHEZARRETA FERRER, M., «Gestión de la diversidad y de la pluriconexión jurídica. Respuesta del Derecho Internacional Privado español a la protección de los gerontoinmigrantes comunitarios (GIC) en situación de vulnerabilidad», *op. cit.*, nota 1, pp. 335-395. En la misma obra, CARO GÁNDARA, R., «La protección de los adultos discapacitados en Derecho comparado. Sistemas más representativos», pp. 303-330. Véase la Resolución de 1 de junio de 2017, por la que el Parlamento pide a la Comisión que presente al Parlamento Europeo y al Consejo, antes del 31 de marzo de 2018, sobre la base del art. 81, apartado 2 TFUE, una propuesta de Reglamento destinada a reforzar la cooperación entre los Estados miembros y el reconocimiento y la ejecución de las decisiones sobre protección de adultos vulnerables y de los mandatos por incapacidad.

<sup>24</sup> Reglamento núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, *DO L* núm. 201, de 27 de julio de 2012.

<sup>25</sup> ECHEZARRETA FERRER, M., «La residencia habitual como criterio de determinación de la competencia judicial internacional en las relaciones civiles transfronterizas», *op. cit.*, nota 9, pp. 239-275; en la misma obra, CARO GÁNDARA, R., «La residencia habitual como criterio de determinación de la ley aplicable a las relaciones privadas transfronterizas», pp. 281-318.

los derechos entre administraciones que vimos antes, sino también respecto al reconocimiento de las recetas médicas, el copago y el reembolso de gastos a los extranjeros asegurados en España, pero asistidos por un Estado de la UE. No ha faltado una atención especial a la ausencia de un marco común de los derechos de los pacientes a nivel europeo, en particular, los derechos al final de la vida. Y, desde la perspectiva del DIPR, también se han estudiado las obligaciones civiles, contractuales o no, derivadas de la sanidad transfronteriza, pública y privada, porque no olvidemos que la sanidad, además de ser un derecho vinculado a la dignidad, también es, en tanto que servicio, un producto de mercado<sup>26</sup>.

Cada avance en el estudio de un nuevo problema nos abre otros horizontes de investigación y nos hace más conscientes de la necesidad de buscar más conocimiento en otras ramas del saber y de ofertar el nuestro para, entre todos, construir propuestas que permitan, faciliten y aun alienten la movilidad de personas, eso sí, de forma sostenida para los Estados y digna para los ciudadanos.

**Palabras clave:** gerontomigración, disciplinariedad, interdisciplinariedad, transdisciplinariedad, complex phenomenon, derecho, turismo residencial, migración internacional de retirados.

**Keywords:** gerontomigration, disciplinarity, interdisciplinary, cross-disciplinarity, complex phenomenon, law, residential tourism, international retirement migration.

---

<sup>26</sup> ECHEZARRETA FERRER, M., «Justicia civil en las relaciones transfronterizas», *op. cit.*, nota 11, pp. 355-406.



## DIMENSIONES EXTRAJURÍDICAS DE LA GERONTOMIGRACIÓN

### España como lugar de retiro en tiempos de *brexít*

Rafael DURÁN MUÑOZ\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. RELEVANCIA DEMOGRÁFICA Y LOCALIZACIÓN GEOGRÁFICA.—3. ATRACTIVO GERONTOMIGRATORIO DE ESPAÑA Y DESAFÍOS DEL BREXIT.—4. APUNTE FINAL.

#### 1. INTRODUCCIÓN

Desde que el grupo de investigación *Inmigración y envejecimiento en Europa*<sup>1</sup> realizara su primera encuesta sobre el fenómeno gerontoinmigratorio y los lugares europeos de retiro en 2002/2003<sup>2</sup> han transcurrido quince años. En este tiempo, la Unión Europea (UE) ha pasado a estar constituida por 28 Estados miembros, 13 más que entonces, y el fenómeno gerontoinmigratorio se ha consolidado y diversificado en España. El país ha pasado de registrar menos de 90.000 extranjeros sexagenarios empadronados en 1996 a aproximarse a los 450.000 en 2017 tras haber superado los 500.000 en 2013. Algunas reformas legales (sanitaria, fiscal y del padrón, sobre todo), junto con el impacto de la Gran Recesión, han aumentado tanto el retorno de retirados extranjeros como su desinscripción de los registros oficiales, pero es una realidad que sigue afectando a la dinámica social, económica, urbanística, política, medioambiental y cultural de muchas localidades españolas. La salida del Reino Unido de la Unión, el *brexít*, es el reto gerontomigratorio que más impacto puede tener en España, en determinadas Comunidades Autónomas

---

\* Profesor Titular de Ciencia Política y de la Admón. en la Universidad de Málaga ([rduran@uma.es](mailto:rduran@uma.es)). Todas las páginas webs de referencia han sido consultadas por última vez el 26 de abril de 2018.

<sup>1</sup> Grupo SEJ-267 (Plan Andaluz de Investigación), liderado por M. Echezarreta hasta 2017 y por R. Durán desde entonces.

<sup>2</sup> ECHEZARRETA FERRER, M. (dir.), *El Lugar Europeo de Retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Granada, Comares, 2005.

en particular; de hecho, ya lo está teniendo a juzgar por indicadores como el empadronamiento y las estadísticas de compra de vivienda.

## 2. RELEVANCIA DEMOGRÁFICA Y LOCALIZACIÓN GEOGRÁFICA

A 1 de enero de 2017<sup>3</sup> había registrados en el padrón de habitantes de los municipios españoles 443.443 extranjeros de sesenta o más años de edad, unos 5.000 más que en 2016. Año a año, un mínimo del 70 por 100 de esos gerontoinmigrantes (en adelante, GI60) han sido ciudadanos UE o de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC)<sup>4</sup>, habiéndose alcanzado el 80 por 100 en los años 2010, 2011 y 2012. La nacionalidad extranjera más presente ha sido tradicionalmente la británica, única que supera los 100.000 residentes registrados en el Padrón, 169.955 en el de 2013 y 113.077 en el de 2017.

En 2014 se produjo un descenso significativo de los GI60 registrados respecto de los años anteriores. Se constata, pues, que la Gran Recesión también ha afectado a este sector de la población inmigrante, si bien lo ha hecho con cierto retraso: el total de extranjeros residentes ya había descendido tanto en 2012 como en 2013 respecto del año anterior. Cabe destacar, por otra parte, que los descensos de 2015 y 2016 han sido de apenas 0,6 por 100 y 1,1 por 100, frente al 6 y el 2 por 100, respectivamente, del total de foráneos, y que en 2017 ha vuelto a crecer el total de GI60 registrados.

España sigue siendo un lugar europeo de retiro. Así se deduce del total de gerontoinmigrantes y de su relativa estabilización cuantitativa, después de años de ininterrumpido crecimiento, pero también por el porcentaje que representan tales residentes, sobre todo entre los europeos y aún más entre los de la UE15. Mientras la población que cambia de residencia y de país tiende a estar en edad laboral, y en el año 2017 los GI60 representaban menos del 10 por 100 del total de extranjeros empadronados, el porcentaje supera el 29 por 100 entre los europeos de la UE15 y de la AELC. Aunque en términos relativos tienen menos peso otros colectivos de gerontoinmigrantes, los comunitarios de las tres últimas ampliaciones y los extracomunitarios suman en 2017 más de 200.000 GI60; esto es, pesan poco en relación con el total respectivo (algo más del 4 por 100 en cada caso), pero suponen ya conjuntamente un 49 por 100 del total de GI60 residentes en España. Si bien entre estos se cuenta

---

<sup>3</sup> En el momento de redactar este trabajo no están disponibles los datos de 2018. El Instituto Nacional de Estadística ofrece los datos del Padrón actualizados a 1 de enero del año de referencia.

<sup>4</sup> No hay razones de renta ni culturales (cultura política incluida) que justifiquen analizar a los ciudadanos de la AELC separadamente de los comunitarios. Tanto más justificado está computarlos conjuntamente dado que tampoco la sociedad de acogida hace distinciones significativas entre ellos, sobre todo entre los de la Unión de 15 Estados miembros (en adelante, UE15); véase DURÁN MUÑOZ, R., «Cifras de una sociedad transformada: Los españoles ante la inmigración y los modos de gestión de la diversidad», en LAURENZO COPELLO, P. y DURÁN MUÑOZ, R. (coords.), *Diversidad cultural, género y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 93-148. Noruegos e islandeses, además, tienen también reconocido en España el derecho de sufragio municipal [véase RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Á. (coord.), *La participación política de los extranjeros residentes*, monográfico de la REDF, vol. 27, 2016, pp. 1-401].



un volumen relevante de GI en edad laboral (de sesenta a sesenta y cuatro años), son residentes que bien podrían permanecer en España tras su jubilación. Es la constatación de la diversificación a que se alude más arriba y cuya tipología concreta Mayte Echezarreta Ferrer en el otro artículo de este Foro REDI.

Por nacionalidad, el fenómeno gerontoinmigratorio está significativamente acentuado entre los británicos. Suponen un 25 por 100 del total de GI60 afincados en 2017 y el 47 por 100 del total de británicos, lo cual pone de manifiesto el notable componente de retiro de su residencia en España, que es, por otra parte, su principal destino. De acuerdo con la información oficial obtenida por la BBC, 70.000 pensionistas británicos estaban registrados en el sistema público sanitario para ser atendidos en España en razón de los acuerdos comunitarios de reciprocidad en diciembre de 2016. Se trata del mayor contingente, seguido de lejos por los británicos residentes en Francia (43.000 pensionistas)<sup>5</sup>.

El fenómeno gerontomigratorio es tanto más relevante en vista de su concentración geográfica. El 55 por 100 de los GI60 comunitarios han fijado su residencia en solo dos regiones<sup>6</sup>: Valencia y Andalucía, haciéndolo el 92 por 100 en las cinco Comunidades Autónomas del litoral mediterráneo, además de en las islas Canarias y en Madrid (en adelante, 7 CCAA). Es más, 10 provincias concentran el 81 por 100 del total de GI60 comunitarios: de mayor a menor contingente, todas por encima de los 10.000 empadronados, Alicante, Málaga, Santa Cruz de Tenerife, Madrid, las islas Baleares, Las Palmas, Almería, Barcelona, Murcia y Valencia.

Si el gasto sanitario es competencia autonómica, los servicios sociales y otras cuestiones afectadas por la gerontoinmigración tienen una notable dimensión municipal. En 2015, año electoral del que disponemos datos a nivel local, había gerontoinmigrantes de cincuenta y cinco o más años (GI55) empadronados en el 92 por 100 de los 2.640 municipios 7 CCAA. Los británicos GI55, no es un dato irrelevante, están presentes en 2.363 municipios. Como hemos indicado en otro lugar<sup>7</sup>, estos residentes multinacionales representaban en 621 localidades al menos el 50 por 100 del total de inmigrantes ahí registrados, en 46 igualaban o superaban el total de españoles de la misma edad, y en 34 llegaban a suponer al menos una cuarta parte de la población total. Son casos del «sobreenvjecimiento a que la población retirada europea

---

<sup>5</sup> GREENWOOD, G., «Retired British expats “outstrip European pensioners using NHS”», *BBC*, 11 de enero de 2017 (disponible en <http://www.bbc.com>).

<sup>6</sup> Entendemos aquí la residencia como el lugar en el que se vive habitualmente. Para un abordaje de las múltiples dimensiones de la residencia, véase ECHEZARRETA FERRER, M. (coord.), *La residencia de los gerontoinmigrantes. Derechos y obligaciones de los jubilados extranjeros en los lugares europeos de retiro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

<sup>7</sup> DURÁN MUÑOZ, R., «Sanidad en la España de retiro: De atractivo para la gerontomigración a preocupación y movilización política por el *brexit*», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. (dir.), *Sanidad transfronteriza y libertad de circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 29-56.

somete al conjunto de la población municipal»<sup>8</sup> y prueba adicional de la relevancia del fenómeno. Desde otro punto de vista, son municipios en los que se agudizan los retos y oportunidades de una buena gestión gerontomigratoria.

### 3. ATRACTIVO GERONTOMIGRATORIO DE ESPAÑA Y DESAFÍOS DEL BREXIT

La Gran Recesión ha afectado al flujo migratorio de entrada en España, si bien hemos constatado una posible inflexión de signo positivo en cuanto al gerontomigratorio. También el cambio normativo respecto del padrón ha afectado negativamente al registro de extranjeros, pero los ayuntamientos han tenido tiempo de acomodarse a la nueva realidad y de poner en práctica medidas incentivadoras del registro entre los residentes reales. Un tercer factor desincentivador del empadronamiento ha sido la reforma sanitaria por mor de la cual no era el registro municipal el que computaba a efectos de la atención sanitaria en el sistema público<sup>9</sup>. En el mismo sentido ha afectado la reforma de la tributación por parte de los extranjeros residentes en España, que aborda Mayte Echezarreta Ferrer en el Foro y que hace más atractiva la condición de turistas que la de residentes, aun siendo permanente su asentamiento. Con todo, mostrando el volumen de GI signos de recuperación y constatándose una diversificación de los colectivos que conforman, conviene prestar atención a la comunidad nacional más numerosa; siendo los británicos, vienen expresando desazón ante la salida del Reino Unido de la UE por la posible pérdida de los derechos que en mayor medida explican la atracción de España como lugar europeo de retiro.

En efecto, los estudios demoscópicos vienen demostrando que los GI no solo cambian su residencia buscando un lugar al sol<sup>10</sup>. Junto con la ganancia de poder adquisitivo, importan a la hora de elegir destino las amenidades del clima y las características que elogian de la sociedad de acogida. De ahí que, frente a las migraciones económico-laborales, se haya hablado de una «migración de estilo de vida»<sup>11</sup>. Son factores asimismo de atracción las facilidades de acceso tanto a sus nuevas residencias desde los aeropuertos como el incremento de la frecuencia y la disminución de los costes de los vuelos a y desde sus lugares de procedencia.

Ahora bien: explican también el atractivo de España como lugar de retiro cuestiones, que, convertidas en preocupaciones, han pasado a formar parte del debate público y han provocado la movilización de los británicos residen-

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, V., «Migración de jubilados y vivienda», *Boletín OEG de Investigación* (Málaga, Observatorio Europeo de Gerontomigraciones), núm. 6, disponible en <http://www.gerontomigracion.uma.es>.

<sup>9</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E., «Residencia y derechos sociosanitarios», en ECHEZARRETA, M. (dir.), *La residencia...*, op. cit., nota 6, pp. 93-129.

<sup>10</sup> WILLIAMS, A., KING, R. y WARNES, A., «A place in the sun: International retirement migration from northern to southern Europe», *European Urban and Regional Studies*, 1997, núm. 4, pp. 115-134.

<sup>11</sup> BENSON, M. y O'REILLY, K. (eds.), *Lifestyle migration*, Aldershot, Ashgate, 2009.

tes en otros Estados de la Unión con ocasión del resultado del referéndum de desconexión<sup>12</sup>: posibles efectos fiscales negativos (para ellos); encarecimiento de la vida en España de resultados del posible debilitamiento de la libra esterlina frente al euro, especialmente entre los pensionistas, por cobrar en su moneda; incapacidad económica para hacer frente a una vivienda en el Reino Unido por parte de quienes se vieran obligados a retornar.

A esos motivos de preocupación se unen de manera generalizada y recurrente el derecho a la libertad de movimientos y de residencia, el derecho a la atención sanitaria y las condiciones de disfrute del derecho a la pensión. Como indica Mayte Echezarreta Ferrer, son derechos interconectados, pues el de residencia está en gran medida supeditado a la condición de asegurado de algún sistema sanitario público o privado y, en el caso de los GI, al cobro de su pensión. El derecho de sufragio local, en cambio, no tiene la misma relevancia, pero también está presente entre las preocupaciones de los GI británicos, aparte de afectar a la dinámica política de muchos municipios. Algunas de esas cuestiones se abordan en el acuerdo alcanzado entre los negociadores de la UE y del RU a propósito del denominado «periodo transitorio», los veintiún meses que discurrirán entre el 29 de marzo de 2019, fecha en que se materializará la salida del Reino Unido de la Unión, y el 31 de diciembre de 2020<sup>13</sup>. Las vemos a continuación.

A los efectos del fenómeno gerontomigratorio y a falta de un análisis detallado de las excepciones, durante el periodo transitorio no solo podrán seguir residiendo quienes ya lo hacen, sino que podrán fijar su residencia (de acuerdo con la normativa comunitaria en vigor que se concreta en el Acuerdo) quienes no lo hubieran hecho con anterioridad. Han acordado las partes negociadoras asimismo que podrán seguir disfrutando de la residencia permanente quienes la tuvieran reconocida una vez expirados los veintiún meses de transición y aun que podrán solicitarla con posterioridad añadiendo al tiempo de residencia durante el periodo transitorio los meses o años que faltaren hasta completar los cinco requeridos. Nada se sabe, en cambio, respecto de las condiciones con que futuros británicos de edad avanzada podrán emular la experiencia de fijar su residencia en los lugares europeos de retiro, empezando por la eventual necesidad de disponer de visado. Distinto será el caso de los británicos que, crecientes en número, accedan a la jubilación como cotizantes del sistema español.

Respecto de la «Coordinación de los sistemas de seguridad social» (Título III, Parte Dos, del Acuerdo), es relevante para los pensionistas y para

---

<sup>12</sup> Para el seguimiento mediático, véanse los números de mayo de 2016 en adelante del *Boletín OEG de Prensa*, disponible en <http://www.gerontomigracion.uma.es>. Entre las organizaciones constituidas como parte del movimiento social las hay transnacionales (Expat Citizen Rights in EU) y las hay específicas de los países de residencia, como Brexpat in Spain, Bremain in Spain o, también en España, EuroCitizens y Europats (véase DURÁN MUÑOZ, R., «Sanidad en la España de retiro...», *op. cit.*, nota 7).

<sup>13</sup> Tratándose de un «borrador de acuerdo», sí que hay partes en que el acuerdo está cerrado. Es el caso de los cuatro Títulos de la Parte Dos, a que hacemos referencia en lo que sigue.

los demandantes de pensión residentes en un Estado Miembro durante la transición que, siendo responsable de sus pensiones el Reino Unido, lo será también de su cobertura sanitaria. Especifica el Acuerdo que «se aplicarán los procedimientos de reembolso correspondientes» [art. 29.a)2]. Ahora bien, remitiendo a otros artículos del Reglamento (CE) núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social<sup>14</sup> no alude el documento acordado al art. 35 del mismo Reglamento, de «Reembolso entre instituciones». Sí que concreta que quienes disfruten de ese derecho al expirar el periodo transitorio lo harán de por vida (art. 35). Es una decisión que atiende a las demandas de los pensionistas británicos que ya residen en la Unión (los tranquiliza y reduce el retorno como opción). La medida también podría acelerar el proceso de fijación de residencia en España antes de que expire el periodo transitorio por parte de quienes se lo están planteando. Pero está por ver qué cobertura sanitaria tendrán los futuros GI británicos.

De ello depende en gran medida la decisión de retirarse en España. La prensa ha recogido la preocupación de los ya establecidos por perder el derecho a ser atendidos por el sistema de salud público de manera gratuita, esto es, asumiendo el coste el RU, y sabemos por los estudios demoscópicos la importancia que le dan a la sanidad y la buena valoración que hacen de la española. En el año 2015, último del que se tienen datos actualizados en el momento de escribir estas líneas, los británicos en cuestión generaron en España el mayor coste por atención sanitaria, de casi 285 millones de euros<sup>15</sup>, un 45 por 100 del total de cargos emitidos a los Estados de aseguramiento por asistencia sanitaria al amparo de los convenios suscritos por España (bilaterales, multilaterales y comunitarios) y a mucha distancia de los segundos (franceses, menos de 87 millones) y de los terceros (alemanes).

Si la gestión de la Administración española (autonómica) es correcta, se cobra por el servicio prestado. Se cobra, además, por unos pacientes que lo reciben al tiempo que consumen bienes y otros servicios sin coste por ello para la Hacienda española, pues son pensionistas del Reino Unido. La atención sanitaria, un derecho que los futuros retirados británicos podrían no disfrutar, es, pues, un incentivo a la gerontomigración y un generador indirecto de actividad económica que repercute en beneficio del país de acogida en general y de los municipios de residencia en particular, pero también, por los impuestos correspondientes, de sus CCAA.

Junto al derecho a la libertad de movimientos y a la atención sanitaria, preocupa a los británicos retirados en España dejar de ver actualizadas sus pensiones al abandonar el Reino Unido su condición de Estado miembro

---

<sup>14</sup> Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, *DO L* núm. 200, de 30 de abril de 2004.

<sup>15</sup> Instituto Nacional de la Seguridad Social, *Informe Estadístico 2015*, Madrid, 2016.

de la Unión. Consumado el *brex*it, el Reino Unido no estaría obligado por la normativa comunitaria al respecto, pero igualmente podría decidir seguir actualizando las pensiones de quienes residen en la UE. De lo contrario, los GI británicos irían perdiendo poder adquisitivo año a año, un desincentivo a futuros cambios de residencia en clave gerontomigratoria y un incentivo al retorno de quienes no se plantearían este de otra manera<sup>16</sup>.

La eventual pérdida del derecho de sufragio municipal no aparece como motivo de inquietud significativo entre los GI británicos ni forma parte del borrador de acuerdo a propósito del periodo transitorio. Se da por hecho que la pérdida de la ciudadanía europea conlleva la del derecho de voto en los comicios locales, luego surtiría efecto a partir del 29 de marzo de 2019. Dado que en España se celebrarán las próximas elecciones municipales en mayo de 2019, los residentes extracomunitarios con derecho de voto habrán de gestionar su registro en el censo electoral antes de que termine el mes de enero. No se tiene conocimiento de iniciativas firmes orientadas a garantizar la participación de los británicos, que serían ciudadanos europeos en el momento de la conformación del censo electoral, pero no en el de la celebración de los comicios. En todo caso, su continuidad está sujeta a un eventual acuerdo de reciprocidad entre los dos Estados, como el que primeramente firmara España con Noruega y posteriormente con Islandia.

La implicación político-electoral de los GI es inferior a la de los autóctonos. Ello no impide que pueda ser suficiente para determinar la elección de un concejal en disputa y aun la propia elección de quien finalmente ostente una alcaldía. Los datos demográficos más arriba destacados apuntan en esa dirección. De ahí que incluso proliferen las iniciativas de los partidos que concurren a las elecciones por incluir en sus listas a candidatos foráneos, la mayoría de ellos británicos y la mayoría de ellos elegidos en municipios andaluces y valencianos<sup>17</sup>. También entre los alcaldes se cuentan extranjeros. A título ilustrativo, el belga Blanke fue elegido alcalde de la localidad malagueña de Alcaucín con una movilización electoral muy alta de sus vecinos extranjeros de la UE15: se inscribieron en el censo electoral el 73 por 100 de los GI55 y el 75 por 100 de los GI65, que suponían, respectivamente, el 30 por 100 y el 22 por 100 de la población del pueblo mayor de edad. En una población de 2.375 habitantes, los GI británicos, 533 de ellos con cincuenta y cinco o más años y 395 mayores de sesenta y cinco, también se inscribieron para votar por encima del 70 por 100. Por particularizar la reflexión, y

---

<sup>16</sup> Sobre el retorno de británicos, véase HALL, K., GINER, J. y BETTY, C., «To stay or to go? The motivations and experiences of older British returnees from Spain», en VATHI, Z. y KING, R. (eds.), *Return migration and psychosocial wellbeing*, Nueva York, Routledge, 2017, pp. 221-239, y GINER MONFORT, J., «Las migraciones de retorno de la población británica mayor de 55 años. Panorama ante el *brex*it», *Boletín OEG de Investigación* (Málaga, Observatorio Europeo de Gerontomigraciones), núm. 16 de abril de 2018, pp. 1-5.

<sup>17</sup> DURÁN MUÑOZ, R., «Movilización y representación políticas de la población inmigrante en España. Elecciones municipales de 2011», *REDF*, 2016, pp. 131-172; *id.*, «Foreign EU elderly citizens before the polls: The 2015 local elections in Spain», comunicación, Congreso *Migration, Diversity and the City*, IMISCOE, Róterdam, 2017 (próxima publicación en *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*).

al margen de la gestión que Blanke esté haciendo en el municipio y de su atractivo sobre los electores españoles, su reelección será más incierta en 2019 si sus convecinos británicos pierden el derecho de voto que vienen disfrutando.

#### 4. APUNTE FINAL

No son turistas. Lo fueron muchos de ellos; desde luego, la mayoría de los GI-UE15. Hablamos de residentes, vecinos que han cambiado la fisonomía de muchos municipios españoles y que así contribuyen a la actividad económico-laboral con su consumo y su uso de servicios como participan de la elección de ediles y aun ellos mismos lo acaban siendo. Habiendo dejado de ser turistas, han pasado a ser promotores turísticos, un elemento adicional de las sinergias gerontomigratorias. No todas han de ser positivas, pero solo desde un buen conocimiento del fenómeno en su complejidad podrán maximizarse sus aspectos positivos y neutralizarse o revertirse los negativos. Bien podría el *brexit* ser un revulsivo para que agentes sociales y autoridades conviertan el desafío en una oportunidad.

**Palabras clave:** migración internacional de retirados, gerontomigración, España, Unión Europea, Reino Unido, *brexit*.

**Keywords:** international retirement migration, gerontomigration, Spain, European Union, United Kingdom, *brexit*.

### III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Esta sección podrá albergar Estudios y otros textos doctrinales de extensión más breve referidos a la práctica española en Derecho internacional y Relaciones internacionales. Los Estudios que se publiquen en esta sección habrán sido sometidos al proceso de evaluación por pares y al resto de los requisitos editoriales exigidos para todos los Estudios. Por razón de la materia abordada, en este número se incorpora el estudio de A. Jiménez García-Carriazo que, como tal, ha sido sometido a dicho proceso de evaluación y requisitos editoriales.

#### LA PLATAFORMA CONTINENTAL DE LAS ISLAS CANARIAS: AMPLIACIÓN Y CUESTIONES AFINES

Ángeles JIMÉNEZ GARCÍA-CARRIAZO\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y SU AMPLIACIÓN.—2.1. La plataforma continental jurídica.—2.2. El procedimiento de ampliación.—3. LAS ISLAS CANARIAS Y SU PLATAFORMA CONTINENTAL.—3.1. La delimitación entre las islas Canarias y el archipiélago de Madeira.—3.2. La delimitación entre las islas Canarias y la costa marroquí.—4. LA PRESENTACIÓN ESPAÑOLA PARA EL ÁREA OESTE DEL ARCHIPIÉLAGO CANARIO.—4.1. Los límites exteriores de la plataforma continental al oeste de Canarias.—4.2. Cuestiones que surgen al hilo de la presentación.—4.2.1. Las consecuencias de la calificación como isla o roca.—4.2.2. Los espacios marinos de los territorios no autónomos.—5. CONCLUSIONES.

#### 1. INTRODUCCIÓN

1. La entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>1</sup> (en adelante, «CNUDM» o «Convención») introduce el derecho a ampliar la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas para aquellos Estados que puedan probar la prolongación natural de su territorio bajo el mar. De este modo, los Estados ribereños se aseguran la

---

\* Doctora en Derecho, Universidad de Jaén ([angeles.jgcarriazo@gmail.com](mailto:angeles.jgcarriazo@gmail.com)). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 16 de febrero de 2018.

<sup>1</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982, *BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 1997.

exploración y explotación en exclusiva de los recursos naturales presentes en el lecho y el subsuelo marino<sup>2</sup>.

2. Son los propios Estados los que definen los límites exteriores de sus respectivas plataformas y los someten a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental («CLPC» o «Comisión»), el órgano encargado de validarlos. Desde 2001, la Comisión ha recibido presentaciones de 68 países que desean determinar unos límites exteriores definitivos, obligatorios y oponibles a los Estados parte de la Convención, para así poder disfrutar de esa área de plataforma continental suplementaria.

3. España ha dividido su presentación en tres sectores, que se corresponden con el mar Cantábrico, el Atlántico noroccidental y el archipiélago canario. En 2009 se confirmó la primera ampliación en la zona del golfo de Vizcaya y el mar Céltico en un proyecto conjunto con Reino Unido, Francia e Irlanda<sup>3</sup>. Ese mismo año, España realizó una segunda presentación para el área de Galicia<sup>4</sup>, que incluía un Área de Interés Común donde el límite exterior había sido fijado de manera coordinada con Portugal. Finalmente, en 2014 la delegación española presentó los datos relativos al límite exterior de la plataforma al oeste de las islas Canarias<sup>5</sup>.

4. La ampliación para Canarias se erige como un excelente modelo de análisis por su complejidad técnica y por despertar controversias y tensiones con los Estados limítrofes. En este trabajo expondremos las lecciones extraídas del procedimiento de ampliación de la plataforma continental del archipiélago canario. El futuro nos dirá si las recomendaciones de la Comisión coinciden con nuestros planteamientos.

## 2. LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y SU AMPLIACIÓN

5. El concepto de plataforma continental, pese a existir en su acepción geológica desde el momento de la formación de los mares y océanos, no siempre ha tenido la misma trascendencia desde el punto de vista jurídico. El interés por la plataforma continental surge cuando el mar deja de ser simplemente una vía de comunicación y vehículo para el comercio y, gracias al avance de la técnica, se convierte en un espacio que permite la explotación de importantes recursos naturales.

6. La búsqueda de criterios fiables y estables<sup>6</sup> con los que definir los límites exteriores de la plataforma continental marcó el ritmo de las negociacio-

---

<sup>2</sup> Art. 76 CNUMD.

<sup>3</sup> El conocido como proyecto FISU se presentó en 2006 (CLCS.06.2006.LOS) y obtuvo las recomendaciones de la CLPC en 2009.

<sup>4</sup> CLCS.47.2009.LOS. La CLPC aún no ha emitido sus recomendaciones.

<sup>5</sup> CLCS.77.2014.LOS. La CLPC aún no ha emitido sus recomendaciones.

<sup>6</sup> En contraposición a los criterios de profundidad y explotabilidad contemplados por el Convenio sobre la Plataforma Continental de 1958, que fueron objeto de duras críticas por crear un límite inestable.



nes durante la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar<sup>7</sup>. Se logró una definición consensuada reflejada en el apdo. 1 del art. 76 de la Convención:

«La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia».

## 2.1. La plataforma continental jurídica

7. La definición de plataforma continental contemplada por la Convención es compleja, pues reúne conceptos geológicos, geomorfológicos y geodésicos, y los traslada a una noción puramente jurídica. El eje fundamental de esta disposición pivota sobre dos datos objetivos: el borde exterior del margen continental y la distancia de 200 millas marinas. El margen continental es un concepto geomorfológico que se corresponde con la prolongación del territorio del Estado ribereño bajo las aguas del mar. Las 200 millas marinas entran en juego cuando el borde exterior no alcanza dicha distancia, creando de este modo una ficción en virtud de la cual la noción de plataforma continental se extiende sin una base geológica que la sostenga.

8. El Estado ribereño cuyo margen continental se extienda más allá de las 200 millas marinas puede ampliar su plataforma continental, siempre que proporcione suficientes argumentos geológicos y geomorfológicos a la Comisión. Este órgano actúa como un panel de revisión científica y técnica de los límites de la plataforma trazados por el Estado ribereño y emite sus recomendaciones al respecto<sup>8</sup>.

## 2.2. El procedimiento de ampliación

9. A través de unas reglas homogéneas, el propio Estado interesado en ampliar su plataforma más allá de las 200 millas marinas calcula el límite exterior de su plataforma continental<sup>9</sup>. Antes de adentrarnos en el estudio

---

Véase Convenio sobre la plataforma continental, hecho en Ginebra el 29 de abril de 1958, *BOE* núm. 308, de 25 de diciembre de 1971.

<sup>7</sup> La Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar se desarrolló a lo largo de 11 periodos de sesiones entre 1973 y 1982 con el objetivo de elaborar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

<sup>8</sup> Anexo II CNUDM. El resultado de los análisis de la Comisión se plasma en unas recomendaciones que sirven de base para el posterior trazado del límite exterior de la plataforma continental por el Estado ribereño. Los límites así trazados se convierten en definitivos y obligatorios una vez que el secretario general de las Naciones Unidas los ha dotado de la debida publicidad.

<sup>9</sup> Directrices científicas y técnicas de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental aprobadas por la Comisión el 13 de mayo de 1999 en su quinto periodo de sesiones, Nueva York, 3 a 14 de

de la plataforma de Canarias, y en aras de facilitar la comprensión de su presentación, esbozaremos brevemente el mecanismo de ampliación de la plataforma continental.

10. El procedimiento se inicia con la ubicación del pie del talud que, salvo prueba en contrario, se entiende como el punto de máximo cambio de gradiente en su base<sup>10</sup>. El pie del talud sirve de punto de referencia para describir las líneas de las fórmulas, cuya línea envolvente marca el borde exterior de la plataforma continental<sup>11</sup>. La conocida como fórmula Gardiner da como resultado una línea formada por puntos fijos localizados allá donde el espesor de los sedimentos es, al menos, el 1 por 100 de la distancia más corta entre ese punto y el pie del talud; la fórmula Hedberg genera una línea trazada en relación con los puntos fijos situados a no más de 60 millas marinas del pie del talud continental.

11. Posteriormente, se evalúa la propuesta a través de la prueba de pertenencia, en virtud de la cual el Estado ribereño debe demostrar que su plataforma continental se extiende más allá de las 200 millas marinas medidas desde las líneas de base<sup>12</sup>.

12. Seguidamente, se aplican las líneas de restricciones, que impiden que la plataforma continental pueda ir más allá de las 350 millas marinas contadas desde las líneas de base o de las 100 millas marinas medidas desde la isóbata de 2.500 metros<sup>13</sup>. El propósito de ambas restricciones es evitar que los Estados ribereños establezcan los límites exteriores de sus plataformas continentales a una distancia desmesurada. Las cordilleras submarinas constituyen un caso de análisis individualizado, ya que están sujetas a

---

mayo de 1999, CLCS/11 (Directrices científicas y técnicas); NACIONES UNIDAS, *Manual de capacitación sobre el trazado de los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas y para la preparación de presentaciones de información a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental*, 2006, pp. I-25-I-44.

<sup>10</sup> Art. 76.4.b) CNUDM: «Salvo prueba en contrario, el pie del talud continental se determinará como el punto de máximo cambio de gradiente en su base».

<sup>11</sup> Art. 76.4 CNUDM: «Para los efectos de esta Convención, el Estado ribereño establecerá el borde exterior del margen continental, dondequiera que el margen se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, mediante: i) Una línea trazada, de conformidad con el párrafo 7, en relación con los puntos fijos más alejados en cada uno de los cuales el espesor de las rocas sedimentarias sea por lo menos el 1 % de la distancia más corta entre ese punto y el pie del talud continental; o ii) Una línea trazada, de conformidad con el párrafo 7, en relación con puntos fijos situados a no más de 60 millas marinas del pie del talud continental».

<sup>12</sup> La Comisión de Límites formula la prueba de pertenencia del siguiente modo: «Si la línea trazada a una distancia de 60 millas marinas desde el pie del talud continental, o la línea trazada a una distancia en que el espesor de las rocas sedimentarias es de por lo menos el 1 % de la distancia más corta desde ese punto hasta el pie del talud, o ambas líneas, se extienden más allá de las 200 millas marinas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, el Estado ribereño tiene derecho a trazar los límites exteriores de la plataforma continental con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 4 a 10 del artículo 76». Directrices científicas y técnicas, apdo. 2.2.8, p. 14.

<sup>13</sup> Art. 76.5 CNUDM: «Los puntos fijos que constituyen la línea del límite exterior de la plataforma continental en el lecho del mar, trazada de conformidad con los incisos i) y ii) del apartado a) del párrafo 4, deberán estar situados a una distancia que no exceda de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial o de 100 millas marinas contadas desde la isóbata de 2.500 metros, que es una línea que une profundidades de 2.500 metros».

una restricción más rigurosa que impide que el límite exterior vaya más allá de las 350 millas marinas<sup>14</sup>. De este modo se evita una extensión excesiva de jurisdicción sobre la plataforma continental.

13. Finalmente, se procede a trazar los límites exteriores de la plataforma continental ampliada, atendiendo tanto al resultado de las líneas de fórmulas como al de las líneas de restricciones. El límite exterior de la plataforma continental es el resultado de unir el límite exterior del margen continental (que a su vez puede ser una combinación de las líneas de las fórmulas) con la línea combinada de las restricciones.

### 3. LAS ISLAS CANARIAS Y SU PLATAFORMA CONTINENTAL

14. Las islas Canarias ocupan una posición geoestratégica privilegiada. Situadas en el océano Atlántico, con una fachada frente a la costa oeste de África, conforman un balcón hacia el continente americano y actúan como lanzadera en las comunicaciones intercontinentales.

15. Geográficamente, el archipiélago canario forma parte de la Macaronesia, región formada por los archipiélagos de Azores, Madeira, Salvajes, Canarias y Cabo Verde. Desde una perspectiva geológica, las Canarias se asientan sobre una zona de transición oceánico-continental sobre la corteza oceánica y muy próxima al límite entre la corteza oceánica atlántica y la corteza continental africana<sup>15</sup>. La configuración volcánica de las islas genera un relieve irregular de costas accidentadas y recortadas.

16. En el plano geopolítico, el archipiélago canario constituye una comunidad autónoma dentro del Reino de España integrada por siete islas principales —Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote, Fuerteventura, La Palma, La Gomera y El Hierro— y algunos islotes de origen volcánico —La Graciosa, Alegranza, Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste—.

17. La plataforma continental geomorfológica de las islas Canarias es estrecha y sufre un fuerte declive que desciende a grandes profundidades rápidamente. No es especialmente rica en recursos. Así lo han demostrado las prospecciones que la multinacional Repsol ha venido realizando desde el año 2002<sup>16</sup>, que han permitido localizar hidrocarburos cuya calidad y cantidad no hacen rentable la extracción. No obstante, en otras campañas desarrolladas

---

<sup>14</sup> Art. 76.6 CNUDM: «No obstante lo dispuesto en el párrafo 5, en las crestas submarinas el límite exterior de la plataforma continental no excederá de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. Este párrafo no se aplica a elevaciones submarinas que sean componentes naturales del margen continental, tales como las mesetas, emersiones, cimas, bancos y espolones de dicho margen».

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ LOSADA, J. A., *Las islas Canarias y el origen y clasificación de las rocas ígneas*, Tenerife, Universidad de La Laguna, 2000, p. 3.

<sup>16</sup> Concesión otorgada por el Gobierno español mediante el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos, situados en el océano Atlántico frente a las costas de las islas de Fuerteventura y Lanzarote, *BOE* núm. 20, de 23 de enero de 2002.

por el Instituto Geológico y Minero de España (IGME) y el Instituto Español de Oceanografía (IEO), se han encontrado costras de ferromanganeso que evidencian la presencia de minerales raros y estratégicos formados por las peculiares condiciones de oxígeno, profundidad y actividad volcánica<sup>17</sup>. A esto se suma el hallazgo de un yacimiento de telurio en el monte submarino Tropic<sup>18</sup>, que se sitúa en la zona de ampliación solicitada por España para la plataforma continental del archipiélago canario.

18. La anchura de la plataforma continental canaria se mide desde las líneas de base en el interior<sup>19</sup> hasta el borde exterior del margen continental o la distancia de 200 millas marinas en el exterior. Resulta conveniente una breve reflexión sobre la proyección de las líneas de base en las islas Canarias.

19. En el archipiélago canario el trazado de las líneas de base se realizó isla por isla, en tanto que constituye un archipiélago de Estado. Este estatus, al contrario de lo que sucede con los Estados archipelágicos, impide que sus espacios marinos puedan medirse desde líneas de base archipelágicas que unan los puntos extremos de las islas y los arrecifes emergentes más alejados del archipiélago<sup>20</sup>. El rechazo a admitir el principio archipelágico para los Estados mixtos fue una de las razones por las que España se abstuvo en la votación de la Convención y retrasó su ratificación hasta 1997<sup>21</sup>.

20. La Ley 10/1977<sup>22</sup> estableció las líneas de base como el límite interior del mar territorial. Con ayuda del Real Decreto 2510/1977<sup>23</sup> se trazaron líneas

---

Véase GARCÍA PÉREZ, R., «Las prospecciones petrolíferas en aguas Canarias y su impacto en las relaciones hispano-marroquíes», *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, núm. 13, julio-diciembre de 2012, pp. 1-14; REQUENA CASANOVA, M., «España concede a la empresa Repsol YPF permisos de investigación de hidrocarburos en aguas situadas, en aplicación del método de la equidistancia, más allá del mar territorial de las islas Canarias frente al litoral marroquí», *REDI*, vol. 54, 2002, núm. 1, pp. 501-505.

<sup>17</sup> Se ha encontrado cobalto, níquel, vanadio y tierras raras con itrio, así como trazas de platino, rodio, rutenio y paladio. MARINO, E., GONZÁLEZ, F. J., SOMOZA, L., LUNAR, R., ORTEGA, L., VÁZQUEZ, J. T., REYES, J. y BELLIDO, E., «Strategic and rare elements in Cretaceous-Cenozoic cobalt-rich ferromanganese crusts from seamounts in the Canary Island Seamount Province (northeastern tropical Atlantic)», *Ore Geology Reviews*, vol. 87, julio de 2017, pp. 41-61.

<sup>18</sup> El descubrimiento de este mineral metaloide muy cotizado en la industria tecnológica lo realizó una expedición científica liderada por el Centro Nacional de Oceanografía de Reino Unido, acompañada de miembros del IGME, del Servicio Geológico del Reino Unido, de la Universidad de Southampton y de la Universidad de Sao Paulo.

<sup>19</sup> Aunque se mida a partir de las líneas de base, la plataforma continental no comienza a contarse como tal más que a partir del mar territorial.

<sup>20</sup> Algunos autores se pronuncian a favor de la aplicación del principio archipelágico a los archipiélagos de Estado. Véase JIMÉNEZ PIERNAS, C., «Archipelagic Waters», *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, 2012, p. 553; RUILOBA GARCÍA, E., «La delimitación equitativa de los espacios marítimos de los archipiélagos de Estado en Derecho Internacional», *Revista Jurídica de Canarias*, 2009, núm. 14, pp. 479-496; JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La revisión del Estatuto Territorial del Estado por el Nuevo Derecho del mar (caso de los Estados archipelágicos)*, Instituto Alicante de Cultura Juan Gil-Albert, Universidad de Alicante, 1990.

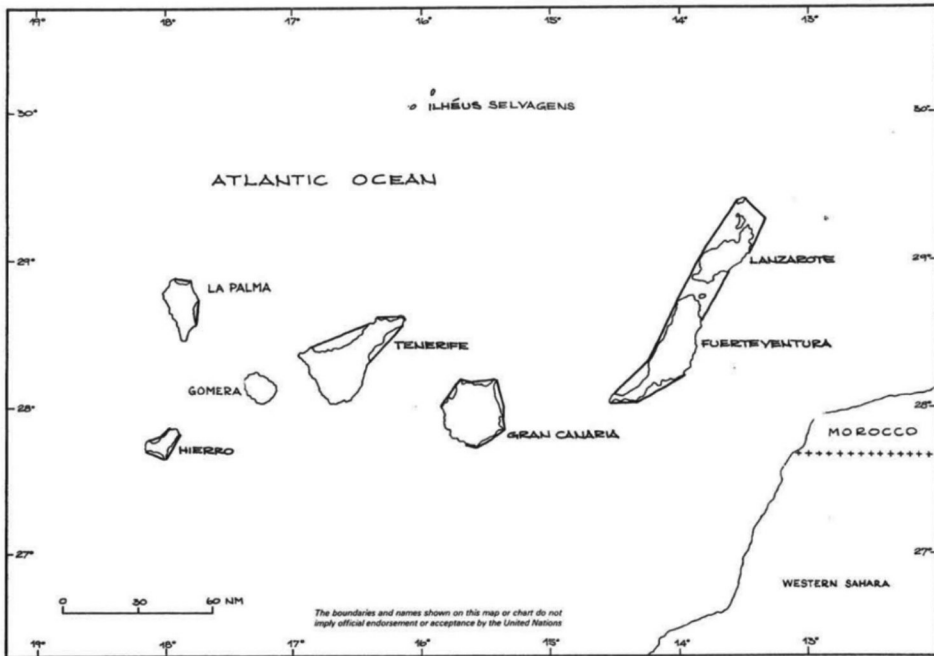
<sup>21</sup> El instrumento de ratificación fue publicado en el *BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 1997.

<sup>22</sup> Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial, *BOE* núm. 7, de 8 de enero de 1977.

<sup>23</sup> Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto, sobre trazado de líneas de base rectas en desarrollo de la Ley 20/1967, de 8 de abril, sobre extensión de las aguas jurisdiccionales españolas a 12 millas, a efectos de pesca, *BOE* núm. 234, de 30 de septiembre de 1977.

de base recta entre los salientes más acentuados de cada isla, salvo en La Gomera, donde se emplearon líneas de base normal alrededor de toda la isla.

FIGURA 1. Líneas de base recta.



Fuente: NACIONES UNIDAS, *The Law of the Sea Baselines: national legislation with illustrative maps*, Nueva York, 1989, p. 293.

21. Sin embargo, la posterior Ley 15/1978<sup>24</sup>, determinó que:

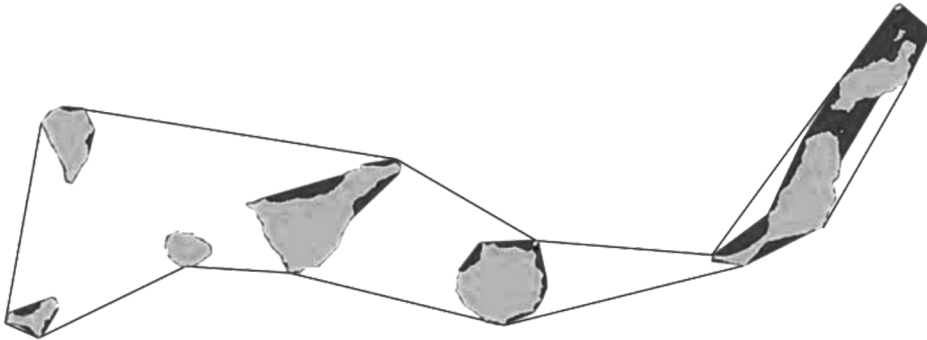
«En el caso de los archipiélagos, el límite exterior de la zona económica se medirá a partir de las líneas de base rectas que unan los puntos extremos de las islas e islotes que respectivamente los componen, de manera que el perímetro resultante siga la configuración general de cada archipiélago».

22. Esta norma, aunque no prevé la derogación de la anterior respecto al mecanismo para establecer las líneas de base en las islas Canarias, la contradice de manera evidente. Pese a contar con la autorización para actualizar el trazado de las líneas, el Gobierno español no procedió a fijar estas líneas de base archipelágicas. Se habría producido un panorama ciertamente incoherente en el que todos los espacios se determinarían desde las líneas de base recta, salvo la zona económica exclusiva, que se mediría desde unas líneas de base diferentes.

<sup>24</sup> Ley 15/1978, de 20 de febrero, sobre zona económica, *BOE* núm. 46, de 23 de febrero de 1978.

23. La ratificación de la Convención por España en 1997 parece aclarar la situación, al incorporarse a nuestro ordenamiento un tratado internacional, que prevalecería sobre la anterior Ley 15/1978<sup>25</sup>.

FIGURA 2. **Hipotéticas líneas de base archipelágica.**



Fuente: NAVARRO MARCHANTE, V. J., «Problemática jurídica sobre la delimitación de los espacios marítimos del archipiélago canario (a propósito de la Ley 44/2010)», *Revista de Derecho Político*, vol. 80, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, enero-abril de 2011, pp. 149-186, esp. p. 164.

24. La Ley 44/2010<sup>26</sup> vuelve a ensombrecer la realidad. Sin emplear la terminología de la Convención, su único artículo prevé el cierre perimetral mediante líneas de base archipelágicas rectas que rodean unas aguas interinsulares denominadas aguas canarias:

«Entre los puntos extremos más salientes de las islas e islotes que integran, según el artículo 2 de su Estatuto de Autonomía, el Archipiélago canario, se trazará un contorno perimetral que siga la configuración general del archipiélago, tal como se establece en el Anexo de esta Ley. Las aguas que queden integradas dentro de este contorno perimetral recibirán la denominación de aguas canarias y constituyen el especial ámbito marítimo de la Comunidad Autónoma de Canarias».

25. Esta disposición queda privada de eficacia jurídica con la salvaguarda que establece la disposición adicional:

<sup>25</sup> El art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, *BOE* núm. 288, de 28 de noviembre de 2014, reconoce expresamente la prevalencia de los tratados: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional».

<sup>26</sup> Ley 44/2010, de 30 de diciembre, de aguas canarias, *BOE* núm. 318, de 31 de diciembre de 2010. Véanse ORIHUELA CALATAYUD, E., «La delimitación de los espacios marinos en los archipiélagos de Estado. Reflexiones a la luz de la Ley 44/2010, de 30 de diciembre, de aguas canarias», *REEL*, vol. 21, 2011, pp. 1-26; NAVARRO MARCHANTE, V. J., «Problemática jurídica sobre la delimitación de los espacios marítimos del archipiélago canario (a propósito de la Ley 44/2010)», *Revista de Derecho Político*, vol. 80, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, enero-abril de 2011, pp. 149-186.

«El trazado del contorno perimetral no alterará la delimitación de los espacios marítimos de las Islas Canarias tal y como están establecidos por el ordenamiento jurídico español en virtud del Derecho Internacional vigente»<sup>27</sup>.

26. En definitiva, esta regulación, incompatible con la Convención, establece líneas de base archipelágicas. Sin embargo, el efecto queda expresamente excluido al declarar que no se modifica el régimen jurídico internacional vigente. En consecuencia, los espacios marinos canarios, y entre ellos la plataforma continental, se determinan desde las líneas de base definidas en virtud del Real Decreto 2510/1977.

27. En principio, la escasa distancia entre las islas que conforman el archipiélago genera una plataforma continental que se extiende hasta las 200 millas marinas y que rodea a las islas Canarias con una circunferencia casi completa donde ejercitar sus derechos<sup>28</sup>. Pero además, en las aguas adyacentes al suroeste del archipiélago se encuentra un conjunto de montes submarinos de origen magmático, que procede de la misma cordillera de punto caliente que generó las propias islas Canarias<sup>29</sup>. Bimbache, The Paps, Echo, Hijas, Drago, Tropic, Ico, Malpaso, Pelican, Tortuga y otras elevaciones menores pertenecen a la misma región geológica que el archipiélago canario, lo cual permite aplicar el argumento de prolongación natural para solicitar la ampliación de la plataforma continental en esa área<sup>30</sup>.

28. La zona de influencia del archipiélago canario queda limitada por las pretensiones análogas de otros Estados ribereños con los que comparte una frontera marina, a saber, Portugal y Marruecos. Además, conviene recordar que parte del archipiélago canario se localiza frente al territorio del Sahara Occidental. Las implicaciones jurídicas que se derivan sobre la frontera con un territorio no autónomo las estudiaremos bajo el epígrafe 4.2.2.

### 3.1. La delimitación entre las islas Canarias y el archipiélago de Madeira

29. Madeira es un archipiélago atlántico de origen volcánico perteneciente a Portugal. Está constituido por las islas de Madeira y Porto Santo y tres islotes menores deshabitados —Ilhéu Chão, Deserta Grande y Bugio— conocidos como islas Desertas. Políticamente, forman, junto con las

<sup>27</sup> DA única, Ley 44/2010, de 30 de diciembre, de aguas canarias.

<sup>28</sup> Sin perjuicio de las delimitaciones pendientes con los Estados vecinos.

<sup>29</sup> El punto caliente debajo de las islas genera la fusión parcial de las rocas del manto terrestre y da lugar a ascenso de magma al fondo oceánico profundo.

<sup>30</sup> VÁZQUEZ, J. T., SOMOZA, L., RENGEL, J. A., MEDIALDEA, T., MILLÁN, T., ALCALÁ, C., GONZÁLEZ, F. J., JIMÉNEZ, P., LEÓN, R., LÓPEZ-GONZÁLEZ, N., PALOMINO, D., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. J., GARCÍA-MUÑOZ, M., MARTÍN, D., SÁNCHEZ-GUILLAMÓN, O., CORREA, A., MARTÍNEZ, J. C., CORBALÁN, A., CRUCES, M., GARCÍA, J. M. y GARCÍA, M., *Informe científico técnico Campaña Drago 0511*, Proyecto para la Ampliación de la Plataforma Continental de España al Oeste de las Islas Canarias, Repositorio del IEO, 2011, pp. 7 y 19.

islas Salvajes<sup>31</sup>, la Região Autónoma da Madeira<sup>32</sup>. En esta región política se distinguen claramente dos grandes grupos en función de las características geográficas y geológicas. Desde el punto de vista geográfico se aprecia gran proximidad entre Madeira, Porto Santo y las Desertas, en oposición a lo que ocurre con las Salvajes, que se encuentran más cerca del archipiélago canario. Por otro lado, el primer grupo de islas se sitúa en pleno dominio oceánico, mientras que las islas Salvajes se encuentran, al igual que las islas Canarias, muy cerca de la transición entre la corteza oceánica atlántica y la corteza continental africana<sup>33</sup>.

30. La distancia más corta entre el archipiélago canario (norte de la isla de La Palma) y el archipiélago madeirense (sur de la isla de Madeira) es de 232 millas marinas. El solapamiento entre ambas plataformas continentales es, en teoría, fácilmente salvable a través del principio de equidistancia. Sin embargo, la situación se complica por la presencia de las islas Salvajes a medio camino entre los dos archipiélagos. Las islas Salvajes son rocas deshabitadas no aptas para mantener habitación humana ni desarrollar vida económica propia<sup>34</sup>. Con estas particularidades, y a la luz de la Convención<sup>35</sup>, las Salvajes no pueden proyectar plataforma continental ni zona económica exclusiva.

31. Portugal ha incluido estratégicamente a las islas Salvajes en la región autónoma de Madeira con el objetivo de reconocer la capacidad de estas islas

<sup>31</sup> Las islas Salvajes, formadas por Salvaje Grande, Salvaje Pequeña e Islote de Fora, están situadas entre Madeira y Canarias, exactamente a 162 millas marinas al sur del primero de los archipiélagos y a 80 millas al norte del segundo. Fueron descubiertas por el navegante portugués Diogo Gomes en 1438 a su regreso de una expedición a Guinea. Durante siglos, este archipiélago estuvo en manos privadas portuguesas hasta que en 1971 el Estado portugués las adquirió, instituyéndolas como reserva natural.

En 1911 el Ejecutivo español comunicó al portugués que había incorporado estas islas al archipiélago canario. Portugal protestó y, en 1938, la Comisión Permanente de Derecho Marítimo Internacional confirmó la soberanía portuguesa sobre las islas Salvajes. De acuerdo con el dictamen: «Geográficamente, las Salvajes forman un archipiélago autónomo» (citado por BORGES GRAÇA, P., *New challenges of the Atlantic: an approach from Portugal*, Lisboa, Center for Public Administration and Public Policies Institute of Social and Political Sciences, Universidade de Lisboa, 2015, p. 126).

Sería en 1997 cuando España finalmente reconociese los derechos en superficie de Portugal sobre las islas Salvajes como resultado de las negociaciones para su integración total en la estructura militar de la Organización del Tratado del Atlántico Norte.

Véase SERENO, A., «El nuevo mapa marítimo de Portugal y el caso de las Islas Salvajes», *REEI*, vol. 28, 2014, pp. 1-29, esp. p. 20; DE CARVALHO COELHO CÂNDIDO, A., «A Convenção de Montego Bay e Portugal – Delimitação das Zonas Marítimas da Madeira», *Boletim Ensino*, vol. 12, 2012, pp. 165-184.

<sup>32</sup> Art. 1 del Estatuto Provisório da Região Autónoma da Madeira, Decreto-lei 318-D/76, de 30 de abril de 1976, *Diário do Governo* núm. 102/1976: «O arquipélago da Madeira, composto pelas ilhas da Madeira, Porto Santo, Desertas e Selvagens, constitui uma região autónoma da República Portuguesa e é pessoa colectiva de direito público».

<sup>33</sup> MATA, J., FONSECA, P. E., PRADA, S., RODRIGUES, D., MARTINS, S., RAMALHO, R., MADEIRA, J., CACHÃO, M., SILVA, C. M. y MATIAS, M. J., «O arquipélago da Madeira», en DIAS, R., ARAÚJO, A., TERRINHA, P., y KULLBERG, J. C., *Geologia de Portugal*, vol. 2, Lisboa, Escolar Editora, 2013, pp. 1485-1540, esp. p. 1487.

<sup>34</sup> LACLETA MUÑOZ, J. M., «La delimitación de los espacios marinos en España: a modo de balance», en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *España y la práctica del derecho internacional: LXXV aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, Escuela Diplomática, 2014, pp. 115-119, esp. p. 118.

<sup>35</sup> Art. 121.3 CNUDM: «Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental».



para ampliar el espacio marino portugués<sup>36</sup>. Sin embargo, se trata de una dependencia meramente administrativa, lejos de la unidad geográfica, económica y política que exige el art. 46.b) de la Convención para conformar un archipiélago:

«Por archipiélago se entiende un grupo de islas, incluidas partes de islas, las aguas que las conectan y otros elementos naturales, que estén tan estrechamente relacionados entre sí que tales islas, aguas y elementos naturales formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca o que históricamente hayan sido considerados como tal».

32. España niega la trascendencia de las islas Salvajes de cara al trazado del límite entre Canarias y Madeira<sup>37</sup>. La doctrina española presenta distintas soluciones en consonancia con esta postura. Al tratarse de islas con costas opuestas, podría fijarse la línea de equidistancia como frontera desde las líneas de base, bien desde cada isla enfrentada, o bien desde ambos archipiélagos considerados en su conjunto. De este modo, las islas Salvajes quedarían rodeadas por un cinturón de 12 millas marinas dentro de la zona económica exclusiva española<sup>38</sup>. Otra opción sería establecer una línea equidistante, no desde las líneas de base, sino desde las líneas rectas que unen los puntos extremos de las islas que se encuentran frente a frente, evitando así la formación de una zona de enclave en el área española<sup>39</sup>.

33. Como vemos, estos planteamientos abren la puerta a la aplicación de líneas de base archipelágicas a un archipiélago de Estado. Esperanza Orihuela Calatayud estima que:

«solo queremos plantear la duda sobre la posibilidad de facilitar el trazado de la frontera de equidistancia mediante el trazado de estas líneas, que a nadie perjudican y a todos benefician, no pueden considerarse contrario al Derecho internacional, parece lícito y posible unir los puntos más extremos de las islas más alejadas del centro del archipiélago a estos solos efectos»<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> CARVALHO, L. y LEITÃO, N., «A noção “estratégica” das ilhas Selvagens», *GeoInova*, vol. 11, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2005, pp. 267-283; BAEZA BETANCORT, F., *Las islas Canarias ante el nuevo derecho internacional del mar*, Las Palmas, Museo Canario, 1987, p. 80.

<sup>37</sup> El Subsecretario de Asuntos Exteriores, D. Máximo Cajal, alude a una nota verbal enviada por el Gobierno español en su comparecencia ante la Comisión de Asuntos Exteriores de 3 de diciembre de 1991: «En cuanto a Portugal, España se ha opuesto, mediante nota verbal presentada a principios del año 1990, a la pretensión portuguesa, materializada en la Ley 30/1977, de 28 de mayo, sobre Zona Económica Exclusiva y un Decreto-Ley 119/1978, de 1 de julio, que pretende dar zona económica exclusiva a las islas Salvajes, situadas entre Madeira y las islas Canarias. La posición española se basa en que, por tratarse de rocas deshabitadas, la pretensión portuguesa está en contradicción con el derecho internacional del mar, que solo reconoce mar territorial y nunca zona económica exclusiva a estos islotes. Por tanto, no se reconoce la pretensión portuguesa y, consecuentemente, se considera por parte española que en esa área la zona económica exclusiva de las costas canarias llega hasta la mediana con Madeira» (*Diario de Sesiones del Senado*, IV Legislatura, núm. de expediente 711/000033).

<sup>38</sup> GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., *España y sus fronteras en el mar. Estudio de la delimitación de sus espacios marinos*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 329.

<sup>39</sup> ORIHUELA CALATAYUD, E., *España y la delimitación de sus espacios marinos*, Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1989, p. 204.

<sup>40</sup> ORIHUELA CALATAYUD, E., «Las islas y archipiélagos españoles en la delimitación de espacios marinos», *ADI*, Navarra, 1985, pp. 337-358, esp. p. 353.

### 3.2. La delimitación entre las islas Canarias y la costa marroquí

34. La proyección de plataforma continental del archipiélago canario hacia el este se topa, en menos de 100 millas marinas, con la fachada atlántica de Marruecos<sup>41</sup>. La costa atlántica alauita se extiende a lo largo de unos 1.300 kilómetros desde el cabo Espartel hasta el cabo Juby en un litoral monótono y poco recortado que forma grandes arcos, a veces cóncavos y otras, convexos. La plataforma continental geomorfológica de Marruecos es relativamente ancha y, en casi toda su extensión, una estructura estable, salvo por el foco sísmico localizado frente a las costas de Agadir<sup>42</sup>.

35. El reparto de la plataforma continental a través de una línea equidistante parece sencillo<sup>43</sup>. Ambos Estados apuestan por la regla de la equidistancia para delimitar la zona económica exclusiva<sup>44</sup>, y esta podría aplicarse de forma análoga a la plataforma continental<sup>45</sup>. Sin embargo, el alcance de la regulación interna es bien distinto. Tradicionalmente, Marruecos ha subordinado la aplicación de la equidistancia a las circunstancias particulares de orden geográfico o geomorfológico. De este modo, incorpora sutilmente el criterio de equidad<sup>46</sup>. No obstante, en su nueva propuesta<sup>47</sup>, adapta la delimitación de la zona económica exclusiva a las disposiciones de la Convención, teniendo debidamente en cuenta los factores pertinentes, notablemente geográficos, geomorfológicos y/o circunstancias particulares e intereses nacionales, con el fin de lograr un resultado equitativo. Por el lado español, la Ley 15/1978 (anterior a la CNUDM) aboga por la equidistancia «salvo lo que se disponga en tratados internacionales»<sup>48</sup>. De hecho, España ya empleó la equidistancia

<sup>41</sup> LAHLOU, A., «Pour une “joint development zone” entre le Maroc et l’Espagne au large des îles Canaries», *Annuaire de Droit de la Mer*, vol. 14, 2009, pp. 153-170, esp. p. 157.

<sup>42</sup> COLLIGNON, J., «Les côtes et le plateau continental marocain», *Bulletin de l’Institut des Pêches Maritimes du Maroc*, vol. 13, 1965, pp. 21-37, esp. p. 24.

<sup>43</sup> Véase ESPÓSITO MASSICCI, C., «Sobre el establecimiento de una línea mediana como límite marítimo provisional entre España y Marruecos frente a las costas de las Islas Canarias», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, núm. 13, pp. 91-107.

<sup>44</sup> LACLETA MUÑOZ, J. M., «Las fronteras de España en el mar», *Análisis del Real Instituto Elcano*, DT, 2004, núm. 34, pp. 1-28, esp. p. 19.

<sup>45</sup> LACLETA MUÑOZ, J. M., «El Derecho Internacional en los arts. 74 y 83 de la Convención de Montego Bay», en SOBRINO HEREDIA, J. M., *Mares y océanos en un mundo en cambio*, XXI Jornadas de la AEPDIRI, 2005, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 199-218.

<sup>46</sup> Art. 11 del Dahir 1-81-179 du 8 avril 1981 portant promulgation de la loi 1-81 instituant une zone économique exclusive de 200 milles marins au large des côtes marocaines: «*Sans préjudice des circonstances d’ordre géographique ou géomorphologique où, compte tenu de tous les facteurs pertinents, la délimitation doit être effectuée conformément aux principes équitables consacrés par le droit international, par voie d’accord bilatéral entre Etats, la limite extérieure de la zone économique exclusive ne s’étendra pas au-delà d’une ligne médiane dont tous les points sont équidistants*».

<sup>47</sup> Projet de loi 38-17 modifiant et complétant la loi 1.18 instituant une zone économique exclusive de 200 milles marins au large des côtes marocaines: «*La délimitation de la zone économique exclusive du Royaume du Maroc est effectuée sur la base des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer adoptée à Montego Bay le 10 décembre 1982, en tenant dûment compte de tous les facteurs pertinents, notamment géographiques, géomorphologiques et/ou de circonstances particulières et des intérêts du Royaume, aux fins de parvenir à un résultat équitable*».

<sup>48</sup> Art. 2.1 de la Ley 15/1978. Esta ley se aplica según su art. 1 a «los recursos naturales del lecho y del subsuelo marinos», por lo que análogamente podríamos aplicar sus efectos delimitadores sobre la plataforma continental y recurrir de este modo, conforme a la normativa interna, a la equidistancia.

al definir, de manera unilateral, las coordenadas del espacio sujeto a las proyecciones que mencionamos anteriormente<sup>49</sup>.

36. Teniendo en cuenta la normativa vigente en ambos Estados, España no contempla ninguna circunstancia pertinente que haga que la frontera trazada conforme a la regla de la equidistancia dé lugar a un resultado inequitativo. Sin embargo, la doctrina marroquí propone ajustar la línea de equidistancia teniendo en cuenta las circunstancias de orden geográfico, y muy especialmente, la caracterización de las islas como circunstancia especial<sup>50</sup> o la concavidad de la costa marroquí entre el cabo de Aguer y el cabo Juby<sup>51</sup>. De este modo, la línea de equidistancia se desplazaría hacia el oeste, acrecentando la plataforma a favor de Marruecos<sup>52</sup>.

37. Finalmente, en el marco de una hipotética delimitación, Marruecos alegraría la especial configuración geológica de su plataforma continental, mucho más amplia que la española. Este argumento quizá tuvo cierto sentido bajo el Convenio sobre la Plataforma Continental de 1958, que establecía la profundidad y explotabilidad como criterios delimitadores. Sin embargo, con el nacimiento del concepto jurídico de plataforma continental, las características geológicas han dejado de ser una circunstancia pertinente y, en consecuencia, no han de ser tenidas en cuenta de cara a la delimitación de la plataforma entre Marruecos y el archipiélago canario<sup>53</sup>.

#### 4. LA PRESENTACIÓN ESPAÑOLA PARA EL ÁREA OESTE DEL ARCHIPIÉLAGO CANARIO

38. Desde la ratificación de la Convención en 1997, España cuenta con la facultad de ampliar su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. Durante este tiempo, España ha sometido a la Comisión una pre-

<sup>49</sup> Real Decreto 1462/2001. Véase párr. 17.

<sup>50</sup> ABDALLAH, M., *Les nouvelles règles du droit international de la mer et leur application au Maroc*, París, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1981, pp. 34-36.

Este planteamiento está basado en el laudo relativo a la *Delimitación de la plataforma continental entre la República Francesa y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Reino Unido c. Francia)*, laudo de 30 de junio de 1977, en el que se estableció que la existencia de las islas Anglonormandas en el Canal de la Mancha constituía, por sí misma, una circunstancia especial. El tratamiento análogo para las islas Canarias significaría que el archipiélago quedaría enclavado con una exigua plataforma continental en la plataforma marroquí. Véase BAEZA BETANCORT, F., *op. cit.*, nota 36, p. 99.

<sup>51</sup> LAHLOU, A., *Le Maroc et le droit des pêches maritimes*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, pp. 310-311.

<sup>52</sup> ORIHUELA CALATAYUD, E., *España y la delimitación de sus espacios marinos*, *op. cit.*, nota 39, p. 222. Esta autora ha analizado las razones esgrimidas por Marruecos para ajustar la línea de equidistancia y concluye que «carecen de fundamento o lo han perdido como consecuencia de la modificación experimentada por el Derecho del Mar». Véase ORIHUELA CALATAYUD, E., «La delimitación de los espacios marinos españoles», en SOBRINO HEREDIA, J. M., *Mares y océanos en un mundo en cambio*, XXI Jornadas de la AEPDIRI 2005, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 43-72, esp. p. 66.

<sup>53</sup> JIMÉNEZ GARCÍA-CARRIAZO, Á., *La ampliación de la plataforma continental más allá de las doscientas millas marinas en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar - Especial referencia a España*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 231.

sentación conjunta con Reino Unido, Francia e Irlanda para el área del mar Céltico y el golfo de Vizcaya en 2006 y dos presentaciones parciales relativas a Galicia y a las islas Canarias en 2009 y 2014, respectivamente<sup>54</sup>.

39. Con el objetivo de trazar los nuevos límites exteriores de la plataforma se creó el Grupo científico y técnico para la ampliación de la plataforma continental española, coordinado por la Comisión Internacional de Límites con Francia y Portugal y la Asesoría Jurídica Internacional<sup>55</sup> e integrado por científicos del IGME, del IEO, y del Instituto Hidrográfico de la Marina (IHM)<sup>56</sup>.

40. El 17 de diciembre de 2014, España registró la presentación relativa a la plataforma continental al oeste de las islas Canarias, que se expuso de manera oral ante el plenario el 26 de agosto de 2015<sup>57</sup>. Previamente, en mayo de 2009, la delegación española había anunciado esta solicitud de ampliación mediante la aportación de información preliminar indicativa de los límites exteriores de la plataforma. De este modo, se cumplía con lo acordado por la Reunión de los Estados parte para evitar el vencimiento del plazo de diez años desde la adopción de las Directrices científicas y técnicas<sup>58</sup> y se comprometía a realizar la presentación definitiva en el plazo de cinco años<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Véase FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Continental shelf and its extension», *Spain and the Law of the Sea: 20 years under LOSC, SYBIL*, vol. 21, 2017, pp. 267-277.

<sup>55</sup> Órganos dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC).

<sup>56</sup> La delegación original estaba compuesta por el Embajador Pablo de Jevenois Acillona, Presidente de las Comisiones de Límites con Francia y Portugal (MAEC); Concepción Escobar Hernández, Jefa de la Asesoría Jurídica Internacional (MAEC); Juan Manuel de Faramiñán Gilbert, Catedrático de la Universidad de Jaén; Luis Somoza Losada como Coordinador Técnico (IGME); y Teresa Medialdea Cela (IGME), Ricardo León Buendía (IGME), Juan Tomás Vázquez Garrido (IEO), Luis Miguel Fernández Salas (IEO) y Juan Antonio Rengel Ortega (IHM) como parte del equipo científico-técnico. Posteriormente, el Embajador Álvaro Alabart Fernández-Cavada pasó a ostentar la presidencia de las Comisiones de Límites con Francia y Portugal y el Diplomático José Lorenzo Outón se integró al servicio jurídico. En la preparación de la presentación relativa a Canarias cambiaron algunos puestos: José Martín y Pérez de Nanclares pasa a ser el nuevo Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional, la Diplomática Ana María Salomón Pérez se convierte en la Presidenta de Comisiones Internacional de Límites con Francia y Portugal y se incorporan a la delegación Francisco Javier González Sanz (IGME), Desirée Palomino Cantero (IEO), Daniel González-Aller Lacalle (IHM), Juan Ramón Conforto Sesto (IHM), Salvador Espinosa González Llanos (IHM), Paloma Sevillano Sánchez (IHM) y Constantino Cid Álvarez (IHM).

Véase FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Consideraciones jurídicas sobre la extensión de la plataforma continental (PC) más allá de las 200 (M) millas marinas (algunas referencias a la plataforma continental española)», en BOU FRANCH, V. E., JUSTE RUIZ, J. y SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, Valencia, Tirant Monografías, 902, 2014, pp. 59-86, esp. p. 84; Resumen Ejecutivo de la presentación relativa al oeste de las islas Canarias, p. 12, [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/esp77\\_14/esp\\_2014\\_es.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/esp77_14/esp_2014_es.pdf).

<sup>57</sup> CLCS/90, Progresos en la labor de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, 38.º periodo de sesiones, Nueva York, 20 de julio a 4 de septiembre de 2015.

<sup>58</sup> Decisión sobre el volumen de trabajo de la CLPC y la capacidad de los Estados, particularmente los Estados en desarrollo, de cumplir lo dispuesto en el art. 4 del anexo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, así como la decisión que figura en el párr. a) del documento SPLOS/72, 20 de junio de 2008, SPLOS/183.

<sup>59</sup> Información Preliminar y Descripción del Estado de Preparación, de conformidad con la decisión SPLOS/183, de la Presentación parcial relativa a los límites exteriores de la Plataforma Continental de España en el área al Oeste de las Islas Canarias, p. 47: «España pretende registrar la Presentación

41. La presentación se elaboró con los datos obtenidos en las seis campañas realizadas entre 2010 y 2014 a bordo de los buques oceanográficos Hespérides, Sarmiento de Gamboa y Miguel Oliver<sup>60</sup> y la realización de 68.338 kilómetros de batimetría con ecosondas<sup>61</sup>. El especial relieve oceánico adyacente al archipiélago canario justificó este despliegue de medios que pretendía acreditar la continuidad geológica y geomorfológica. El objetivo era demostrar que los múltiples montes submarinos que salpican el lecho adyacente a las islas occidentales son una prolongación natural de Canarias, por lo que geológicamente no pertenecen al continente africano<sup>62</sup>.

42. España comunicó a la Comisión la ausencia de controversias en el área de la plataforma continental objeto de la presentación. Asimismo, informó de que la presentación parcial no prejuzga ni perjudica la fijación del límite exterior de la plataforma resultante de la presentación de Portugal ni los derechos de terceros que puedan ser reclamados en su día<sup>63</sup>. Con la expresión «derechos de terceros» aludía al Sahara Occidental, al que no mencionaba expresamente dadas las delicadas circunstancias jurídicas. No obstante, sí se hacía referencia explícita al margen continental saharauí en la información preliminar transmitida en 2009<sup>64</sup>.

43. Los Estados afectados por la propuesta de ampliación se han pronunciado tras la presentación española. Portugal se muestra favorable en tanto que no prejuzgue los límites exteriores de su plataforma continental<sup>65</sup>.

---

parcial de la Plataforma Continental española más allá de las 200 millas marinas en el área al Oeste de las Islas Canarias, de conformidad con el art. 76 y el anexo II de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en el plazo de cinco años. En este plazo se pretende terminar el levantamiento batimétrico multihaz contemplado en el “Plan Cartográfico de la ZEE Española” para la ubicación de los puntos del pie del talud, y se desarrollará una campaña de geofísica para la ubicación de los puntos del 1 por 100 de sedimentos», [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/preliminary/esp\\_can\\_2009\\_preliminaryinfo.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/preliminary/esp_can_2009_preliminaryinfo.pdf).

<sup>60</sup> *Garoe\_2010, Drago\_2011, Gaire\_2011, ZEEE\_2011, Amuley\_ZEEE\_2012 y MAEC\_Subvent-1\_2013*. Se enmarcan en los programas Subvent y Exarcan. Asimismo, se incluyeron datos de batimetría de cuatro campañas del Plan de Investigación Científica de la zona económica exclusiva del Ministerio de Defensa (*ZEEE\_1999, ZEEE\_2000; ZEEE\_2011; ZEEE\_2012*).

<sup>61</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Plataforma continental ampliada al oeste de las islas Canarias: presentación española ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental», *REDI*, vol. 68, enero-junio de 2016, núm. 1, pp. 219-226, esp. p. 224.

<sup>62</sup> Véase párr. 27. SÁNCHEZ-GUILLAMÓN, O., FERNÁNDEZ-SALAS, L. M., VÁZQUEZ, J. T., PALOMINO, D., MEDIALDEA, T., LÓPEZ-GONZÁLEZ, N., SOMOZA, L. y LEÓN, R., «Shape and Size Complexity of Deep Seafloor Mounds on the Canary Basin (West to Canary Islands, Eastern Atlantic): A DEM-Based Geomorphometric Analysis of Domes and Volcanoes», *Geosciences*, vol. 8, 2018, pp. 3-22.

<sup>63</sup> Resumen Ejecutivo de la presentación relativa al oeste de las islas Canarias, p. 10.

<sup>64</sup> Información Preliminar y Descripción del Estado de Preparación, de conformidad con la decisión SPLOS/183, de la Presentación parcial relativa a los límites exteriores de la Plataforma Continental de España en el área al Oeste de las Islas Canarias, p. 26: «En el polígono meridional, la posible extensión de la Plataforma Continental española podría superponerse con una eventual ampliación más allá de las 200 millas marinas de la plataforma continental del margen continental saharauí».

<sup>65</sup> Nota verbal ONU/2015/59, de 1 de abril de 2015: «*The Portuguese Government does not object to the Commission considering the submission made by the Kingdom of Spain concerning the outer limits of the continental shelf to the West of the Canary Islands and making recommendations on that basis, to the extent that such recommendations are without prejudice to the establishment of the outer limits of the*

Por su lado, Marruecos<sup>66</sup>, si bien no se opone al examen por parte de la Comisión, sí notifica una serie de reservas a la presentación española<sup>67</sup>. El Reino alauita recuerda que aún no se ha efectuado la delimitación de los espacios marinos entre España y Marruecos y reafirma su compromiso con el principio de equidad. Por otro lado, critica el uso de las líneas de base establecidas en virtud de la Ley 44/2010, de aguas canarias, como punto de partida para trazar el límite exterior de la plataforma. España contesta mediante una nueva nota verbal<sup>68</sup>, aclarando que las líneas de base empleadas son las definidas en el Real Decreto 2510/1977 tal y como se afirma en su presentación<sup>69</sup>.

44. En una posterior nota verbal<sup>70</sup>, Marruecos insiste en la falta de delimitación de sus espacios marinos con España (además de con Portugal, Mauritania y Cabo Verde) y adjunta su transmisión de información preliminar en la que ofrece los primeros datos sobre su potencial plataforma continental más allá de las 200 millas marinas<sup>71</sup>. España no ha respondido a esta nota verbal; sin embargo, en la exposición oral de la presentación, José Martín y Pérez de Nanclares expresa que de las comunicaciones intercambiadas entre España y Marruecos se deduce una posible superposición con una futura presentación relativa a la plataforma continental del Sahara Occidental, territorio no autónomo que está transitando un proceso de descolonización. El delegado español afirma que España está dispuesta a negociar una solución equitativa basada en el Derecho internacional con la entidad que tiene el control soberano de las costas y el territorio del Sahara Occidental, una vez que se considere concluido el proceso de descolonización<sup>72</sup>.

---

*continental shelf pursuant to the submission made by Portugal on 11 May 2009, or to the delimitation of the continental shelf between Portugal and Spain».*

<sup>66</sup> Cuyo hipotético perjuicio se correspondería con la ampliación de la plataforma del territorio ocupado del Sahara Occidental.

<sup>67</sup> Nota verbal NV/ATL/N.º/114/2015, de 10 de marzo de 2015: «[T]he Kingdom of Morocco: [...] Emphasizes that the partial submission of the Government of Spain relates to the continental shelf in maritime areas which concern Morocco and Spain and have not yet been delimited; [...] Remains committed in particular to the principle of equity in the delimitation of both the continental shelf and the exclusive economic zone; [...] Notes that the partial submission of the Government of Spain contains information regarding the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles in the area to the west of the Canary Islands and, because that distance is measured from the baselines established in Law No. 44/2010 on the waters of the Canary Islands, recalls that the Kingdom of Morocco notified the Government of the Kingdom of Spain at the appropriate time of its reservations related to the Spanish Government's interpretation in that law of the provisions of Part IV of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, concerning archipelagos».

<sup>68</sup> Nota verbal núm. 076 MP/bcm, de 22 de abril de 2015: «El Gobierno de España desea señalar que las líneas de base utilizadas para medir la anchura de la plataforma continental en la Presentación parcial sobre los límites de la Plataforma Continental de España al Oeste de las Islas Canarias son las definidas en el Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto, como se afirma en el punto 7.9 de la Presentación. La Ley 44/2010 no define líneas de base y no ha sido en modo alguno empleada en la elaboración de la Presentación sobre los límites de la Plataforma Continental al Oeste de las Islas Canarias».

<sup>69</sup> Véanse párrs. 20-23.

<sup>70</sup> Nota verbal NV/ATL/No./325/2015, de 29 de julio de 2015.

<sup>71</sup> *Briefing paper on the Atlantic continental shelf of the Kingdom of Morocco beyond 200 nautical miles (200 M)*, [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/prt44\\_09/1513044E.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/prt44_09/1513044E.pdf).

<sup>72</sup> CLCS/90, Progresos en la labor de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, 38.º periodo de sesiones, Nueva York, 20 de julio a 4 de septiembre de 2015.

#### 4.1. Los límites exteriores de la plataforma continental al oeste de Canarias

45. Para determinar el límite exterior de la plataforma continental al oeste de las islas Canarias se han seguido las pautas marcadas por la Convención y las Directrices Científicas y Técnicas. El resultado es un límite formado por 448 puntos fijos definidos por coordenadas de latitud y longitud de conformidad con el apdo. 7 del art. 76 de la Convención<sup>73</sup>.

46. Desde los 30 puntos del pie del talud determinados como los puntos de máximo cambio de gradiente en la base del talud continental se han aplicado las fórmulas de la distancia y del 1 por 100 del espesor de los sedimentos para hallar los 448 puntos fijos<sup>74</sup>. El punto fijo 1 está localizado en la equidistancia de las 200 millas marinas entre España y Portugal calculada a partir del Roque de Santo Domingo, en la isla de La Palma, y de la Ponta do Pargo, en Madeira. El punto fijo 448 se ubica en la intersección de las 60 millas marinas del punto del pie del talud 30 y la línea de 200 millas marinas de terceros Estados.

47. El límite exterior definido por la combinación de las dos líneas de fórmulas no puede sobrepasar la línea de las 350 millas marinas. Se trata de una ampliación en un área de cordilleras submarinas donde entra en juego el apdo. 6 del art. 76 de la Convención<sup>75</sup>. La categorización del conjunto de montes submarinos adyacente a la isla de El Hierro como «cordilleras formadas por actividades volcánicas relacionadas con el movimiento de la corteza sobre puntos calientes»<sup>76</sup> exige la aplicación de la restricción basada en la distancia. La descripción de las cordilleras que «se componen normalmente de accidentes volcánicos coalescentes o picos submarinos y se encuentran generalmente en la corteza oceánica»<sup>77</sup> permite extender la definición a todo el complejo de accidentes volcánicos submarinos oceánicos asociados con la formación de las islas Canarias<sup>78</sup>. Fruto de este proceso se obtiene una línea exterior que envuelve un área ampliada de 296.500 kilómetros cuadrados.

<sup>73</sup> Art. 76.7 CNUDM: «El Estado ribereño trazará el límite exterior de su plataforma continental, cuando esa plataforma se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, mediante líneas rectas, cuya longitud no exceda de 60 millas marinas, que unan puntos fijos definidos por medio de coordenadas de latitud y longitud».

<sup>74</sup> Los puntos fijos 2 a 98, 99 a 123, 124 a 131 y 388 a 448 son el resultado de la aplicación de la fórmula Hedberg. Los puntos fijos 262, 263 y 387 son el resultado de la aplicación de la fórmula Gardiner. Véase Resumen Ejecutivo de la presentación relativa al oeste de las islas Canarias, pp. 13-14.

<sup>75</sup> Véase párr. 12.

<sup>76</sup> VÁZQUEZ, J. T., *et al.*, *op. cit.*, nota 30, p. 18. Directrices científicas y técnicas, apdo. 7.2.1, p. 57.

<sup>77</sup> Directrices científicas y técnicas, apdo. 7.2.1, p. 57.

<sup>78</sup> Del propio art. 76 CNUDM deducimos que las cordilleras oceánicas no se consideran parte de la prolongación natural de la masa continental del Estado ribereño. Sin embargo, si tales cordilleras oceánicas no se encuentran en el lecho marino profundo, sino más bien en el margen continental, podrían formar parte de la plataforma continental como concepto jurídico. Véase BREKKE, H. y SYMONDS, P., «The Ridge Provisions of Article 76 of the UN Convention on the Law of the Sea», en NORDQUIST, M., MOORE, J. y HEIDAR, T., *Legal and Scientific Aspects of Continental Shelf Limits*, Leiden,

## 4.2. Cuestiones que surgen al hilo de la presentación

48. Como ya se ha mencionado<sup>79</sup>, una vez que la Comisión emita sus recomendaciones relativas al área al oeste de las islas Canarias, España deberá proceder a una doble delimitación, con Portugal al norte de la isla de La Palma y con el Sahara Occidental al sur de la isla de El Hierro. La presencia de las islas Salvajes y el hipotético solapamiento con la plataforma continental ampliada de un territorio no autónomo nos plantea dos interrogantes que dificultan la delimitación: la calificación como isla y la ausencia de interlocutor válido.

### 4.2.1. Las consecuencias de la calificación como isla o roca

49. La delimitación de la plataforma continental entre Madeira y las islas Canarias se ve afectada por la presencia a medio camino de las islas Salvajes. Aunque el conflicto de soberanía sobre las islas quedó superado tras el reconocimiento del control terrestre del archipiélago a Portugal<sup>80</sup>, la actual controversia se centra en la habitabilidad del archipiélago y sus consecuencias<sup>81</sup>.

50. La condición de isla la otorgan unos criterios vagos y poco precisos<sup>82</sup>. De acuerdo con el apdo. 1 del art. 121 de la Convención, una isla es una «extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de esta en pleamar» cuyos espacios marinos se determinan de conformidad con las disposiciones de la Convención aplicables a otras extensiones terrestres. Por su lado, el apdo. 3 del art. 121 de la Convención establece que «las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental». Elementos

---

Boston, Martinus Nijhoff, Brill, 2004, pp. 169-197, esp. p. 183. Información Preliminar y Descripción del Estado de Preparación, de conformidad con la decisión SPLOS/183, de la Presentación parcial relativa a los límites exteriores de la Plataforma Continental de España en el área al Oeste de las Islas Canarias, p. 24.

<sup>79</sup> Véase párr. 42.

<sup>80</sup> Aun así, llama la atención que, en su transmisión de información preliminar, España incluyese las islas Salvajes como parte del archipiélago canario: «El Archipiélago Canario está constituido por un conjunto de siete islas principales, junto con varios islotes (entre ellos las Islas Salvajes) y al menos una docena de montes submarinos situados tanto al norte (Lars, Anika, Dacia, Concepción) como al sur (Las Hijas, Echo) del archipiélago».

Información Preliminar y Descripción del Estado de Preparación, de conformidad con la decisión SPLOS/183, de la Presentación parcial relativa a los límites exteriores de la Plataforma Continental de España en el área al Oeste de las Islas Canarias, p. 11.

<sup>81</sup> Con el fin de legitimar su pretensión, el Gobierno luso ha enviado una escueta delegación del Cuerpo de Vigilantes de la Naturaleza, a los que considera como habitantes de la isla.

<sup>82</sup> Véanse BROWN, E. D., *Sea-Bed Energy and Minerals: The International Legal Regime; Volume 1 The Continental Shelf*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, Brill, 1992, pp. 38-39; KOLB, R., «L'interprétation de l'article 121, paragraphe 3, de la Convention de Montego Bay sur le Droit de la Mer: les rochers qui ne prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre», *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 899-908; KWIATKOWSKA, B. y SOONS, A., «Entitlement to maritime areas of rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own», *NYIL*, vol. 21, 1990, pp. 153-173.



difusos como la habitabilidad y la viabilidad económica dificultan la caracterización como isla y ofrecen una definición *a contrario* de roca.

51. El laudo en el asunto del *Mar de la China Meridional*<sup>83</sup> crea aún más confusión. El Tribunal arbitral emplea el término genérico «accidente emergido en pleamar» para referirse a las islas y le aplica un test descalificativo con el objetivo de determinar si puede tener plataforma continental y zona económica exclusiva. El resultado dará lugar a «rocas» (si no cumplen con el requisito de la habitabilidad y el desarrollo de actividad económica) o a «islas de pleno derecho».

52. La trascendencia de la habitabilidad o inhabitabilidad en el caso de las islas Salvajes reside en la capacidad para proyectar plataforma continental. Si las Salvajes son consideradas como islas habitables, podrán generar zonas marinas de gran potencial económico y bajo jurisdicción portuguesa<sup>84</sup>. Por el contrario, la caracterización como rocas reduce la extensión marítima lusa a un mar territorial de 12 millas marinas.

53. Lo cierto es que las islas Salvajes carecen de los medios adecuados para desarrollar una habitación sostenible o una vida económica sin ayuda externa. Este hecho fue puesto de relieve en una desafortunada protesta enviada por España<sup>85</sup> contra la presentación lusa en la que, según el Gobierno español, Portugal comunicaba su deseo de que la plataforma continental de las Salvajes fuese reconocida. Realmente, la presentación portuguesa no hace referencia alguna a las islas Salvajes<sup>86</sup>.

54. No parece que la alusión a las islas Salvajes tenga especial impacto en el tratamiento de las pretensiones españolas y portuguesas ante la Comisión, pues en ninguna de las presentaciones esa área se ve afectada. La mera observación de un mapa nos muestra que las áreas de ampliación de plataforma continental de las islas Canarias y el archipiélago de Madeira no

<sup>83</sup> *Mar de la China Meridional (República de Filipinas c. República Popular China)*, caso 2013-19, laudo de 12 de julio de 2016, apdo. 280.

<sup>84</sup> Véase QUARTIN GRAÇA, P., «Ilhas Selvagens, a disputa da última fronteira», en CHANTAL RIBEIRO, M., *20 anos da entrada em vigor da CNUDM: Portugal e os recentes desenvolvimentos no Direito do Mar*, Actas da Conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto em 29 de Outubro de 2014, pp. 21-36.

<sup>85</sup> Nota verbal núm. 186 FP/ot, de 5 de julio de 2013: «España no acepta que las Islas Salvajes generen en modo alguno zona económica exclusiva; sí acepta en cambio que generen mar territorial, ya que las considera rocas con derecho únicamente a mar territorial». Reitera que «no existe aquiescencia española en una eventual delimitación de las zonas económicas exclusivas entre Madeira y las islas Canarias».

<sup>86</sup> Nota verbal núm. ONU/2013/153, de 6 de septiembre de 2013: «A oeste do arquipélago da Madeira constitui o prolongamento natural do território emerso da ilha da Madeira e do território de Portugal Continental [e] não inclui o prolongamento natural do território emerso das ilhas Selvagens devido à sua localização natural [...]. Em resultado disso, as ilhas Selvagens não estão refletidas, em nenhuma circunstância, na proposta portuguesa à CLPC». Además, en la parte final de la comunicación portuguesa, se adiciona que el Estado portugués: «Confirma ausência de disputas por resolver com Espanha, apesar de não haver acordo sobre as fronteiras marítimas entre Portugal e Espanha».

Véase SANTANA, J., *A Importância das Ilhas Selvagens*, Instituto da Defesa Nacional, marzo de 2016, p. 14.

son coincidentes. Puede que la única intención de la protesta española fuese poner de nuevo de manifiesto el asunto inconcluso de las islas Salvajes. En todo caso, se trata de una cuestión de delimitación de plataforma continental hasta las 200 millas marinas en la que la habitabilidad o no de las islas será el factor clave. Esta idea es coherente con la posterior nota verbal remitida por España<sup>87</sup> en la que informa a la Comisión de Límites de que «no plantea ninguna objeción a la solicitud realizada por Portugal para que la Comisión considere la documentación de su Presentación relativa al Área de las Islas de Madeira».

55. Sea como fuere, el asunto parece estar lejos de resolverse. En última instancia, las discrepancias entre España y Portugal podrían tener dos efectos: por un lado, la dilación del proceso para recibir las recomendaciones de la Comisión de Límites, que tendrá que asegurarse que las reivindicaciones sobre las islas Salvajes no comprometen su actuación; por otro lado, que esta cuestión abandone la órbita internacional y el intercambio de mensajes a través de las Naciones Unidas para quedar sujeta a negociaciones de ámbito bilateral<sup>88</sup>.

#### **4.2.2. *Los espacios marinos de los territorios no autónomos***

56. El Sahara Occidental es un territorio no autónomo bajo supervisión del Comité Especial de Descolonización de las Naciones Unidas<sup>89</sup>. Localizado en el norte de África, se encuentra rodeado por el océano Atlántico, Mauritania, Marruecos y Argelia y comparte una frontera marítima con España a través de las islas Canarias.

57. Durante casi un siglo (1884-1976), el Sahara Occidental fue colonia española. En la década de los sesenta, se promueven las primeras tentativas para descolonizar el territorio mediante la celebración de un referéndum de autodeterminación<sup>90</sup>. Tras un intento frustrado del Reino alauita de integrar el Sahara Occidental en su territorio acudiendo a la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia<sup>91</sup>, los hechos se precipitaron con la Marcha Verde y la ocupación marroquí. En 1975, España transfirió la administración de la antigua provincia del Sahara español a Marruecos y a Mauritania<sup>92</sup>. El

<sup>87</sup> Nota verbal núm. 064 MPbcm, de 7 de abril de 2015.

<sup>88</sup> SERENO, A., *op. cit.*, nota 31, pp. 23-24.

<sup>89</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2.072 (XX), de 16 de diciembre de 1965.

<sup>90</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2.229 (XXI), de 20 de diciembre de 1966.

<sup>91</sup> Corte Internacional de Justicia, *Sahara Occidental*, opinión consultiva de 16 de octubre de 1975 (C.I.J. Recueil 1975, p. 12). La Corte Internacional de Justicia consideró que, pese a la existencia de vínculos jurídicos entre el sultán de Marruecos y algunas poblaciones nómadas del Sahara Occidental, así como entre los territorios de Mauritania y el Sahara Occidental, la naturaleza de esos lazos no implicaba en ningún caso ni soberanía ni propiedad legítima sobre el territorio.

<sup>92</sup> Mediante el Acuerdo Tripartito de Madrid, firmado entre España, Marruecos y Mauritania el 14 de noviembre de 1975, España transfirió la administración del Sahara Occidental a una administración temporal tripartita compuesta por España, Marruecos y Mauritania.

devenir de los acontecimientos tomó un cariz muy distinto para cada actor involucrado en el proceso<sup>93</sup>: las tropas españolas abandonaron el territorio el 26 de febrero de 1976; entre tanto, el grupo rebelde saharauí Frente Polisario proclamó la República Árabe Saharaui Democrática (RASD), lo que desembocó en un conflicto armado con Marruecos y Mauritania que se prolongó hasta 1991. El Sahara Occidental continúa hoy día bajo poder *de facto* marroquí.

58. En lo que respecta a la delimitación de los espacios marinos, el conflicto de soberanía impide avances en la materia. Las negociaciones tendentes a la delimitación exigen un representante legitimado de los intereses del Sahara Occidental. A la luz de los postulados de derecho internacional, Marruecos no puede ser considerado como interlocutor válido para tratar estas cuestiones en nombre del Sahara Occidental<sup>94</sup>.

59. Aun así, como territorio no autónomo, el Sahara Occidental puede disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, incluidos los marinos<sup>95</sup>. Además, se condenan las actividades de los países colonialistas que aprovechan los recursos del territorio bajo dominación colonial para su propio enriquecimiento y con el fin de obstaculizar la concesión de independencia<sup>96</sup>.

60. No obstante, los últimos pasos emprendidos por Marruecos se encaminan en sentido contrario. Los nuevos proyectos de ley adoptados en julio de 2017 son muestra de un espíritu expansionista que pretende incluir el espacio marítimo frente a la costa del Sahara y el control de las aguas en el ordenamiento jurídico alauita<sup>97</sup>. De esta acción se puede deducir que la presentación para ampliar la plataforma continental marroquí incluirá el territorio del Sahara Occidental<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> Véase FLORY, M., «L' Avis de la Cour Internationale de Justice sur le Sahara Occidental», *AFDI*, vol. 21, 1975, pp. 253-277; VILLAR, F., *El proceso de autodeterminación del Sahara*, Madrid, Editorial Fernando Torres, 1982.

<sup>94</sup> CASADO RAIGÓN, R. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., «Marruecos y España. La delimitación de sus espacios marítimos», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 85-106, esp. pp. 101-102.

<sup>95</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1.514 (XV), de 14 de diciembre de 1960; Acta final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: «En el caso de un territorio cuyo pueblo no haya alcanzado la plena independencia u otro régimen de autonomía reconocido por las Naciones Unidas, o de un territorio bajo dominación colonial, las disposiciones concernientes a derechos e intereses con arreglo a la Convención se aplicarán en beneficio del pueblo del territorio con miras a promover su bienestar y desarrollo».

<sup>96</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/36/51, de 24 de noviembre de 1981. Esta resolución, originalmente destinada al África Meridional, resulta aplicable al Sahara Occidental. En relación con los recursos marinos, destaca especialmente la enérgica condena a Sudáfrica «por su extensión ilegal del mar territorial y su proclamación de una zona económica frente a la costa de Namibia».

<sup>97</sup> Véanse Aclaraciones del portavoz del Ejecutivo, Mustapha El Khalfi, tras el Consejo de Gobierno de 6 de julio de 2017. FILAKI, K., para Le Desk de 7 de julio de 2017, *Domaine maritime: les enjeux de l'approche du Maroc au Sahara*: «Ces textes visent à inclure l'espace maritime faisant face aux côtes du Sahara dans l'arsenal juridique national, pour cimenter la tutelle juridique du Maroc sur ces eaux et barrer la route à toutes les allégations remettant en cause la souveraineté du Royaume sur cet espace».

<sup>98</sup> La presentación de Marruecos había sido anunciada para el mes de mayo de 2017.

61. Por su parte, la RASD también se ha erigido en protagonista. En enero de 2009, proclamó las zonas marinas del Sahara Occidental mediante la Ley 3/2009<sup>99</sup>, en la que adopta un papel primordial en la negociación de las delimitaciones que afecten a las aguas del Sahara Occidental. Los efectos de esta reclamación jurisdiccional son cuestionables en tanto que la RASD no es un Estado y, por tanto, no está legitimada para proceder a la delimitación. No obstante, esta propuesta, además de traer de nuevo a primer plano la paralización de la descolonización, pretende denunciar que Marruecos carece de legitimidad para delimitar los espacios marinos del Sahara Occidental<sup>100</sup>.

62. La cantidad de actores implicados y títulos sobre el terreno, junto con las cuestiones territoriales pendientes, no presagian una solución a corto plazo y ponen en peligro el procedimiento de determinación del límite exterior de la plataforma continental ante la Comisión. El enquistamiento del conflicto del Sahara Occidental y la hipotética inclusión de la plataforma continental saharauí en la presentación de Marruecos podrían llegar a retrasar, o incluso a impedir, las recomendaciones de la Comisión para España.

63. La postura que Marruecos adopte en su presentación es clave para la evolución de la cuestión. La inclusión de las aguas y espacios marinos del Sahara Occidental intensificaría el nivel de tensión entre el Reino alauita y la antigua colonia española. El caso contrario crearía nuevas perspectivas dirigidas a la resolución.

## 5. CONCLUSIONES

64. La ampliación de la plataforma continental de las islas Canarias es una magnífica oportunidad para reforzar los derechos soberanos de España sobre nuevos recursos marinos y para lograr un entendimiento con los Estados vecinos. El aumento de la proyección del territorio de Canarias hacia el oeste se traduce en el acceso a potenciales recursos estratégicos y en la consolidación de la presencia española en la escena internacional al disfrutar de manera exclusiva de derechos de exploración y explotación sobre este área. Por otro lado, la delimitación de la plataforma continental con los Estados limítrofes introduce un elemento de tensión, pues España, Portugal y Marruecos se ven «obligados a entenderse», bien a través de un acuerdo, bien recurriendo a un medio pacífico de solución de controversias<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> *Loi n.º 03/2009 du 21 janvier 2009 établissant les zones maritimes de la République Arabe Saharouie Démocratique*. Art. 11: «Lorsque les droits maritimes de la République Arabe Saharouie Démocratique se superposent aux droits maritimes des états voisins, la République Arabe Saharouie Démocratique peut négocier et conclure des accords avec les états voisins en ce qui concerne les délimitations maritimes».

<sup>100</sup> RIQUELME CORTADO, R., *La soberanía permanente del pueblo saharauí sobre sus recursos naturales*, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2011, pp. 385-450, esp. p. 427.

<sup>101</sup> Art. 83 CNUDM: «1. La delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del derecho internacional, a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,

65. La delimitación de la plataforma continental hasta las 200 millas marinas entre las islas Canarias y Madeira se complica por la presencia de las islas Salvajes. Estos islotes son considerados como rocas por España, a la luz del apdo. 3 del art. 121 de la Convención, y como islas por Portugal, que afirma su capacidad para mantener habitación humana y desarrollar actividad económica. La ausencia de criterios suficientemente objetivos para caracterizar una isla aviva la polémica. Sin embargo, la cuestión de las islas Salvajes no afecta a la delimitación de la plataforma continental ampliada y tanto España como Portugal han proporcionado las suficientes garantías, con excepción de la desacertada nota verbal española, de que las presentaciones no prejuzgan cuestiones relativas a la fijación de los límites entre Estados.

66. La delimitación entre las islas Canarias y la costa occidental africana se ve obstaculizada por la presencia de un territorio no autónomo. Esta situación plantea varios escenarios:

— Si la Comisión acepta el límite exterior de la plataforma continental tal como ha sido definido por España en su presentación, el área de solapamiento no contará con un límite definitivo en tanto que la delimitación lateral esté pendiente. Además, el límite no será oponible al Sahara Occidental, ya que no es Estado parte de la Convención.

— Si Marruecos llegara a incluir explícitamente en su presentación la ampliación de la plataforma continental que corresponde al Sahara Occidental, es improbable que se le reconozcan facultades de negociación en nombre de los intereses saharauis, por lo que la Comisión descartaría el análisis. Si bien es cierto que el Acuerdo de Pesca de 1 de agosto de 1983<sup>102</sup> y el Acuerdo de colaboración entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos en el sector pesquero<sup>103</sup> podrían interpretarse como un reconocimiento implícito a la soberanía marroquí, se trata de un argumento débil y jurídicamente cuestionable<sup>104</sup>. En consecuencia, la solución habría que encontrarla en la vía jurisdiccional o en la negociación bilateral.

---

a fin de llegar a una solución equitativa. 2. Si no se llegare a un acuerdo dentro de un plazo razonable, los Estados interesados recurrirán a los procedimientos previstos en la Parte XV».

<sup>102</sup> El Acuerdo de Pesca hace referencia a las aguas situadas al sur del cabo Noun.

<sup>103</sup> Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos, Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de pesca y Reglamento (UE) núm. 1270/2013 del Consejo, de 15 de noviembre, relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo de 2013, *DOUE-L-2013-82736*.

<sup>104</sup> En este sentido, el Abogado General Wathelet considera que el Acuerdo de pesca celebrado entre la Unión Europea y Marruecos no es válido por aplicarse al Sahara Occidental y a las aguas adyacentes. Al celebrar dicho Acuerdo, la Unión incumplió su obligación de respetar el derecho del pueblo del Sahara Occidental a la libre determinación y su obligación de no reconocer una situación ilegal resultante de la vulneración de dicho derecho, además de no instaurar las garantías necesarias para garantizar que la explotación de los recursos naturales del Sahara Occidental redunde en beneficio del pueblo de dicho territorio. Conclusiones del Abogado General de 10 de enero de 2018, *The Queen y Western Sahara Campaign/Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs y Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, C-266/16, ECLI:EU:C:2018:1.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el acuerdo es válido, puesto que no es aplicable al Sahara Occidental ni a las aguas adyacentes a este, dado que, habida cuenta

67. Lo que queda claro es que, en tanto que el Sahara Occidental siga siendo una colonia sin un representante legitimado para defender sus intereses, los remedios que se diseñen no serán definitivos.

68. En definitiva, la aplicación individualizada al caso de Canarias nos muestra la cantidad de vicisitudes que influyen en el procedimiento de ampliación. Pese a la existencia de unas normas de base geológica y geomorfológica, las cuestiones de carácter jurídico y político se entremezclan en cada etapa del procedimiento.

## RESUMEN

### LA PLATAFORMA CONTINENTAL DE LAS ISLAS CANARIAS: AMPLIACIÓN Y CUESTIONES AFINES

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar prevé la posibilidad de que los Estados ribereños amplíen su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. Se crea así un espacio marino suplementario donde los Estados pueden explorar y explotar recursos minerales y energéticos sumamente atractivos.

La posición geoestratégica de las islas Canarias la convierte en un magnífico modelo de análisis de la práctica estatal. La potencial ampliación de la plataforma continental genera solapamientos con Portugal y el Sahara Occidental y ha reactivado dos cuestiones destacadas. Por un lado, la cuestión de las islas Salvajes, que sale de la esfera de la plataforma continental ampliada. Por otro lado, el estatus del Sahara Occidental como territorio no autónomo, que impide la delimitación de los espacios marinos existentes entre este territorio y Canarias.

Es responsabilidad del Estado no perder las oportunidades que le ofrece un tratado como el que codifica de un modo tan exhaustivo el Derecho del mar. Un buen aprovechamiento de las herramientas que la Convención pone a disposición de los Estados ribereños es garantía de poder y acceso a recursos en condiciones legítimas.

**Palabras clave:** plataforma continental, ampliación, Comisión de Límites, islas Canarias, delimitación marítima, límites, islas Salvajes, Sahara Occidental, Marruecos.

## ABSTRACT

### THE CONTINENTAL SHELF OF THE CANARY ISLANDS: EXTENSION AND RELATED ISSUES

The United Nations Convention on the Law of the Sea envisages the possibility for coastal States to extend their continental shelf beyond 200 nautical miles. This creates an additional marine space where States can explore and exploit extremely attractive mineral and energy resources.

The geo-strategic position of the Canary Islands provides an excellent example of state practice. The potential extension of the continental shelf leads to overlaps with Portugal and with Western Sahara and has reactivated two outstanding issues. On the one hand, the question of the Savage Islands, which is out of the sphere of the extended continental shelf. On the other hand, the status of the Western Sahara as a non-autonomous territory,

---

de que el territorio saharauí no forma parte del territorio del Reino de Marruecos, las aguas adyacentes al territorio del Sahara Occidental no están comprendidas en la zona de pesca marroquí, objeto del Acuerdo de pesca, Sentencia de 27 de febrero de 2018, asunto C-266/16, ECLI:EU:C:2018:118.

which prevents the delimitation of the marine spaces between this territory and the Canary Islands.

It is the State's responsibility not to miss the opportunities offered by a treaty such as this one which exhaustively codifies the law of the sea. A good use of the tools that the Convention makes available to coastal States is a guarantee of power and access to resources under legitimate conditions.

**Keywords:** continental shelf, extension, Commission on the Limits, Canary Islands, maritime delimitation, boundaries, Savage Islands, Western Sahara, Morocco.





Sección coordinada por J. FERRER (Derecho internacional público), F. GARAU (Derecho internacional privado) y J. L. DE CASTRO (Relaciones Internacionales)

### RECENSIONES

BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2017, LIII+4.033 pp.

La obra que reseñamos responde a la etimología del término «enciclopedia», pues presenta un compendio del conocimiento sobre un saber, el Derecho internacional privado (DIPr), ordenado alfabéticamente en voces o Capítulos. Rinde tributo además al sentido literal del adjetivo *enkiklios*, pues sin duda se trata de una obra «redonda», que entronca con el espíritu de la Enciclopedia ilustrada. El *Diccionario ilustrado de las ciencias, artes y oficios* obedecía a un afán taxonomista que tiene mucho que ver con la pandectística, la codificación y la consolidación del saber jurídico durante el siglo XIX.

El DIPr moderno nace en el siglo XIX, pero su autonomía científica se consolida bien entrado el siglo XX, cuando se desprende tanto del formalismo que lo ataba a la teoría de los conflictos de leyes (en el espacio y en el tiempo) como de su dependencia del conflicto de soberanías. Desde su nacimiento el DIPr no ha sido ajeno a los intentos enciclopedistas. Por definición, la enciclopedia es una obra viva y diferida. La propia obra de Diderot y D'Alambert se conc-

bió, ejecutó y publicó a lo largo de varios lustros. En el ámbito del Derecho comparado, la *International Encyclopedia of Comparative Law* publicada por Mohr Siebeck durante décadas, y hoy por Brill, es un buen ejemplo de este afán siempre inacabado. Dos clásicos del enciclopedismo jurídico francés, el *Répertoire Dalloz de droit International* y el *Jurisclasseur de droit international* reflejan aún esa imbricación entre el Derecho internacional público y el DIPr.

El siglo XXI exigía un proyecto de enciclopedia dedicada en exclusiva al DIPr. En la presentación de la obra se señala el auge y desarrollo de este saber jurídico en los últimos tiempos, sin duda mayor que el que pueda observarse en cualquier otra disciplina jurídica. Impulsado por la globalización económica y los procesos de unificación regionales, el DIPr actual resulta irreconocible con respecto al que estudiamos hace veinte o treinta años, sin ir más lejos. Por ello esta obra no solo es valiosa como instrumento único y original para el conocimiento del DIPr, sino oportuna, pues levanta acta y da fe de la madurez y riqueza de la disciplina.

Los cuatro editores son bien conocidos internacionalmente. Entre ellos, la presencia de un español (P. A. de Miguel Asensio) obedece desde luego a la valía y el prestigio del catedrático de la Complutense, pero es también significativa de dos circunstancias: la internacionalización de la doctrina española del DIPr y los buenos frutos que, en particular, ha supuesto para el avance de dicha doctrina la intensa colaboración hispano-alemana. De hecho, varios expertos españoles contribuyen a la obra dentro del panel de casi un centenar de reconocidos especialistas de 57 países, que han participado en su redacción. Como se destaca en la justificación del premio anual concedido por la *American Society of International Law (2018 Certificate of Merit for High Technical Craftsmanship and Utility to Lawyers and Scholars)*, el predominio de autores europeos no debilita ni el alcance ni el interés global y universal de la obra.

La mitad de la obra (los dos primeros volúmenes) responde fielmente a la estructura enciclopédica, que ordena los Capítulos, voces o entradas por orden alfabético en su lengua de redacción (el inglés). Esta ordenación alfabética impregna la obra del irresistible encanto de los diccionarios y enciclopedias. Las voces no están sistematizadas ni clasificadas de otra forma que alfabéticamente, y se abren a nuestra curiosidad de manera a veces sorpresiva. Obviamente, el autor puede hallar una completa relación de los ámbitos de materias características del DIPr: matrimonio, daños, sucesiones, ausencia, *culpa in contrahendo*, *antisuit injunctions*, reconocimiento de decisiones, gestación por sustitución, *trust* y decenas de otras cuestiones, desarrolladas de forma directa e ilustradas con referencias bibliográficas. Otras voces nos llevan a autores históricos del DIPr, desde Aldricus a Savigny, Mancini o Story; desde Huber a Bustamante, Bartin, Currie o Ehrenzweig, por poner algunos ejemplos. Algunas nos adentran en hitos o tendencias históricas del Derecho internacional

privado: la *Conflict of Laws Revolution*, el unilateralismo, la teoría de los derechos adquiridos o la globalización y el Derecho internacional privado. Otro grupo de entradas, de enorme interés, analizan los vínculos del DIPr con otros saberes o fenómenos jurídicos y no jurídicos, como el Derecho comparado, el análisis económico del Derecho, el Derecho europeo, los derechos humanos o la bioética. Las bases fundacionales, la historia y los métodos del DIPr son, en cualquier caso, objeto de estudio específico. También como personajes propios aparecen textos legales dignos de una voz propia: Bruselas I, Roma I, el *First and Second Restatements*, CISG, CESL... Y, por supuesto, más allá de las materias, de los personajes, de los textos y de las grandes ideas, emergen los pequeños conceptos y las ideas-fuerza de los que se alimenta el DIPr como saber específico (litispendencia internacional, orden público, adaptación, *forum non conveniens*, *better law approach*...). Con algunas de estas nociones construye el Derecho internacional privado su propia originalidad (*comity*, *dépeçage*, reenvío, *lex mercatoria*, cláusulas de excepción, interpretación autónoma, *proper law doctrine*...) y, en cierto modo, una imagen mítica de ciencia oculta reservada a algunos iniciados.

Bastarían estos dos primeros volúmenes para calificar esta enciclopedia como un hito editorial y una aportación señera a la ciencia del DIPr, de innegable utilidad teórica y práctica. Pero los volúmenes tercero y cuarto afianzan el interés de la obra, y la convierten en una referencia en el Derecho y la legislación comparada en materia de Derecho internacional privado. El volumen tercero incorpora 80 Capítulos dedicados a sistemas nacionales de DIPr, cuya legislación de DIPr autónomo se recoge en el volumen cuarto. El abanico cubre casi la mitad de Estados del planeta, pero, sobre todo, buena parte de la lista de sistemas representativos de los cinco continentes. Tal vez se echa en falta aún la presencia

de algunos países del continente africano como Marruecos o Argelia, y de otros, algunos pequeños pero importantes desde el punto de vista del comercio internacional, como Panamá, los Emiratos Árabes o ciertos micro-estados caribeños. Pero, como se ha dicho, toda enciclopedia es una obra viva y abierta, y es de desear que esta magnífica iniciativa académica apoyada en el dinamismo que caracteriza a la editora tenga una continuidad en el tiempo. Al fin y al cabo, al igual que las generaciones humanas, todo conocimiento y toda ciencia quedan enterrados tarde o temprano por nuevos descubrimientos, pero estos no se superpondrían

si no tuvieran a aquellos como lecho. Este es el sentido de la ciencia, no muy distinto al de la vida, y en este punto ha habido menos cambios. Werner Jaeger nos demostró con su *Paideia* que todos los ideales del conocimiento ya fueron perfilados en la civilización griega, y Homero ya nos mostró que lo importante en la vida no es el destino o la meta, sino el camino o el viaje. La Enciclopedia de DIPr constituye un feliz hito en el viaje de esta disciplina.

Sixto SÁNCHEZ LORENZO  
Universidad de Granada

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.01>

CERVELL HORTAL, M. J., *La legítima defensa en el Derecho internacional contemporáneo (nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 362 pp.

El marco jurídico internacional sobre el recurso a la fuerza se ha visto particularmente afectado por los cambios vertiginosos que ha experimentado la sociedad internacional en los últimos años. Los nuevos tipos de conflictos armados, la proliferación de actores no estatales que recurren a la fuerza armada, los ataques armados que se apartan de la noción tradicional y las acciones preventivas con las que se reacciona frente a ellos, las armas de destrucción masiva y el desarrollo de la ciberguerra y la utilización de los drones son parte de los grandes retos que a comienzos del siglo XXI enfrenta el estudio y análisis de la legítima defensa en DI.

La interesante monografía que tenemos el placer de reseñar es fruto de una de las líneas de investigación más cultivadas por la autora, profesora titular de la Universidad de Murcia. Con este libro la Profesora María José Cervell Hortal da continuidad a una línea de trabajo investigador y académico antecedente que ha arrojado magníficos resultados en la literatura académica en relación con diversos temas que revelan la problemática

inherente al marco jurídico internacional sobre el recurso a la fuerza.

El presente estudio constituye una muestra más de la calidad de aquella línea de trabajo, y en él se aborda la figura de la legítima defensa, que tiene justamente un papel central en la evolución experimentada por la regulación jurídica internacional del recurso a la fuerza. La obra tiene el propósito de delimitar sus contornos reales en el DI contemporáneo, ya que se considera que la *lex lata* del art. 51 de la Carta y la concepción tradicional de la legítima defensa son insuficientes, y han quedado desfasadas para dar respuesta a las nuevas circunstancias de la sociedad internacional, particularmente acontecimientos y práctica de los Estados que en los últimos años revela que se escudan con mayor frecuencia en la legítima defensa. Como viene señalando la doctrina especializada en esta materia, nos encontramos ante una de las más espinosas cuestiones del DI contemporáneo, en la que se manifiestan de forma innegable las deficiencias del sistema de seguridad colectiva instituido en la Carta de las Naciones Unidas y la inexistencia

de mecanismos eficaces de uso institucionalizado de la coerción en el DI.

Siguiendo una estructura lógica y coherente con los objetivos planteados por su autora y con su objeto, la monografía se desarrolla en cuatro Capítulos y finaliza con unas conclusiones. El primer Capítulo examina, como punto de partida, la prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones. En el segundo Capítulo se aborda el derecho de legítima defensa conforme a los requisitos establecidos en el DI vigente. El Capítulo III, el de mayor calado en nuestra opinión, trata de las nuevas tendencias que abogan por cambiar el derecho de legítima defensa estatal para acoger una legítima defensa más amplia en aspectos que conciernen a dimensión temporal, a su configuración como respuesta a ataques de actores no estatales, a los contornos de su modalidad de ejercicio colectivo en la práctica reciente, y, finalmente, a su objeto. El Capítulo IV trata de la incidencia en la legítima defensa de varios retos tecnológicos: las armas nucleares, los drones y la ciberguerra, apuntándose que la tecnología conducirá a una futura nueva lectura de la legítima defensa.

La monografía de la Profesora Cervell Hortal ofrece un estudio riguroso sobre una figura siempre revestida de polémica que forma parte del corazón de la soberanía estatal, cuyo debate se ha reactualizado en los últimos años a causa particularmente del fenómeno del terrorismo global. La autora da fiel cumplimiento a sus objetivos presentando datos y elementos argumentales de modo ajustado y ponderado que la conducen a manifestarse a favor de una concepción amplia de la legítima defensa en la que encuentre acomodación la teoría y las realidades. Concretamente la autora sostiene que los nuevos aires de la legítima defensa deberían incluir un derecho de legítima defensa frente a ataques inminentes, propugnando la necesidad de establecer los parámetros mínimos del concepto de inminencia con el fin de limitar abusos y riesgos, y

también frente a ataques que procedan de actores no estatales. Respecto de esta tendencia la autora considera que la legítima defensa es la mejor opción frente a la amenaza que supone el nuevo terrorismo, aunque pone en cuestión la justificación de aquellas actuaciones contra actores no estatales en territorios de Estados que no hayan prestado su consentimiento.

A lo largo de los Capítulos el hilo conductor está siempre presente de modo que la autora consistentemente concluye que la legítima defensa está urgentemente necesitada de retoques, proponiendo opciones varias al respecto. Compartimos plenamente la última de ellas, la necesidad de que la Corte Internacional de Justicia, como hiciera en el caso *Nicaragua*, aborde de forma seria y rigurosa los problemas actuales sobre el recurso a la fuerza y la legítima defensa en el marco de las nuevas realidades del siglo XXI. En aquel caso la propia Corte indicaba cómo evaluar la evolución de la costumbre en la materia al observar que, «no hay que esperar que la aplicación de la regla en cuestión sea perfecta en la práctica estatal, en el sentido de que los Estados se abstengan constantemente de recurrir a la fuerza; lo importante es que las reacciones de los Estados consideren que los eventuales recursos a una acción de fuerza por parte de un Estado constituyen una violación de la regla que prohíbe la utilización de la fuerza, y que los Estados que recurren al empleo de la fuerza pretendan legitimar su comportamiento como una excepción justificada de la regla en cuestión» (§ 186 de la Sentencia de 27 de junio de 1986).

En definitiva, esta obra de recomendable lectura sobre la legítima defensa cubre de forma completa y rigurosa el análisis de los nuevos problemas que permiten establecer la actual configuración de esta figura en el DI contemporáneo.

Carmen MÁRQUEZ CARRASCO  
Universidad de Sevilla

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.02>

DURÁN Y LALAGUNA, P., DÍAZ BARRADO, C. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (eds.), *International Society and Sustainable Development Goals*, Navarra, Aranzadi, 2016, 589 pp.

El desarrollo sostenible está siendo objeto de un progresivo análisis en la doctrina española por medio de trabajos de distinto formato. Junto a artículos sobre aspectos específicos, se han publicado recientemente monografías que con diferentes enfoques examinan las implicaciones y retos que representa la *Agenda 2030 sobre el desarrollo sostenible* aprobada por la AGNU en septiembre de 2015 en la que se incluyen los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

La obra objeto de esta reseña tiene tres particularidades que le proporcionan un importante valor añadido. Por un lado, es uno de los primeros frutos de la colaboración entre el Fondo de las NU para los ODS, cuya directora es una de las editoras de la obra, Paloma Durán, y las universidades, en este caso, la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Dicho Fondo, con el fin de comprometer a las universidades de todo el mundo en la aplicación de la *Agenda 2030*, entre otras medidas, ha creado la Cátedra sobre el desarrollo y la erradicación de la pobreza que tiene la secretaría académica de la red en la universidad mencionada. Por otro lado, el enfoque de la obra es pluridisciplinar ya que los autores de los trabajos son de diversa procedencia: iusinternacionalistas, investigadores en centros especializados en comercio internacional, medioambiente o derechos humanos, agentes internacionales al servicio de OOII o de ONG's, gobiernos nacionales, etc. Y, por último, el objeto de la obra es el análisis sistemático de cada uno de los 17 ODS lo que ofrece un panorama completo del contenido, desafíos y posibilidades del núcleo fundamental de la *Agenda 2030*.

*International Society and Sustainable Development Goals* está integrada por 21 Capítulos. Los tres primeros tienen ca-

rácter general y serán objeto de un análisis más detallado. Después, de forma sucesiva y con perspectivas de análisis diferentes se examinan cada uno de los 17 ODS: A. Kwasi Fosu, de la Universidad de Ghana, el ODS 1; P. Pingali, M. Witter y M. Abraham, miembros del Tata-Cornell Institute, el ODS 2; Ch. Binder y J. A. Hofbauer, de la Universidad de Viena, el ODS 3; J. Paul Martin, de la Universidad de Columbia, el ODS 4; P. Durán, Directora del Fondo de las NU para los ODS, el ODS 5; R. Gállego, especialista en cooperación al desarrollo, el ODS 6; J. León, Analista de la OPEP, el ODS 7; F. Seatzu, de la Universidad de Cagliari, el ODS 8; A. Rada, Investigador del Observatory for Sociopolitical Developments in Europe, el ODS 9; A. Gilles Yeum, Profesora de la Université Catholique de Lille, el ODS 10; K. Zimmermann, Profesor de la Universidad Técnica de Dortmund, el ODS 11; V. Correia, Profesor de la Universidad de Poitiers, el ODS 12; S. Robert-Cuendet, Profesora de la Universidad Le Maine (Francia), el ODS 13; J. Botero, especialista en la conservación de los recursos marinos, el ODS 14; Th. Brooks, S. Butchart, D. Juffe-Bignoli, N. Kingston y C. Martínez el ODS 15; G. Giraudeau, Profesora de la Universidad Perpignan Via Domitia, el ODS 16; y A. Guerrero el ODS 17. La obra se cierra con un Capítulo de carácter transversal dedicado a la implementación de los ODS de R. Gardiandía, del European Law Institute.

Paloma Durán examina en su Capítulo introductorio las aportaciones más relevantes de la *Agenda 2030*. Defiende que esta es sustancialmente diferente de la forma en la que el desarrollo internacional ha sido entendido y practicado hasta ahora y destaca como contribuciones más importantes su apuesta por la inclusión universal (no dejar a nadie detrás); el incremento de la atención so-

bre las desigualdades; la evolución desde una estrategia social y principalmente antipobreza a una agenda integrada que incorpora las tres dimensiones del desarrollo sostenible; el reconocimiento de que el sector público no puede actuar solo sino que es necesaria la participación decidida de la sociedad civil y del sector privado; el reconocimiento de un nuevo orden geográfico que ya no responde a la distinción tradicional Norte/Sur; y la incorporación de la paz y la gobernanza en el núcleo de los ODS (pp. 36-40). Esta autora concluye que la universalidad es una de las diferencias fundamentales entre la *Agenda 2030* y la agenda de desarrollo previa. Esta universalidad significa que se aplica a todos; que las cuestiones del desarrollo sostenible se plantean en todos los países; que existen bienes públicos globales que solo pueden ser protegidos y construidos a través de la cooperación de todos; que la universalidad no significa una misma receta para todos sino que debe ser adaptada a nivel local a las circunstancias y necesidades de cada país; e implica también la responsabilidad compartida entre países y entre actores públicos y privados (pp. 40-42).

Cástor Díaz Barrado analiza si el desarrollo sostenible se habría convertido en un principio constitucional del DI que tendría varias dimensiones. Este autor defiende que después de la adopción de la *Agenda 2030*, el desarrollo sostenible se ha convertido en un valor fundamental de la comunidad internacional. Además, considera que hace algún tiempo ya que se ha iniciado el proceso de emergencia del desarrollo sostenible como principio constitucional del sistema jurídico internacional (pp. 55-61). Aunque no se puede afirmar que este proceso habría concluido, el último paso para su reconocimiento como un principio estructural del DI podría ser la adopción por la AGNU de los ODS (pp. 61 y 69). El factor determinante para ello sería la aceptación, implementación y cumplimiento

por los Estados de las implicaciones derivadas de dicha *Agenda 2030*.

Carlos Fernández Liesa identifica y examina en su trabajo algunas de las numerosas implicaciones que tiene el desarrollo sostenible para el DI. Este desafío se caracteriza por ser general, integrado y universal; porque es un reto nuevo, reciente y revolucionario; y porque significa una transformación cualitativa de cómo funciona la sociedad internacional ya que es un reto integrado e indivisible que exige un enfoque holístico (pp. 74-75). Este autor examina la gobernanza del desarrollo sostenible en el contexto de la globalización y concluye que es necesaria una nueva arquitectura institucional para la gobernanza global del desarrollo sostenible porque la actual es claramente insuficiente (pp. 82-86). Asimismo, destaca también la importancia de las corporaciones transnacionales en la implementación de la *Agenda 2030*. Por ello, concluye que «reconocer personalidad jurídica internacional a las corporaciones transnacionales y asegurar que cumplen con el DI y con el Derecho interno de los Estados en los que operan no es una mala idea y no supone conceder legitimidad política o de cualquier otro tipo. En nuestra opinión, sería aconsejable reconocer la personalidad jurídica internacional de las corporaciones transnacionales con fines de control y de responsabilidad» (p. 88, trad. propia). Si la función del DI es, como defienden muchos autores, transformar la sociedad internacional, el desarrollo sostenible es ahora para este autor una utopía entendida «como un proyecto para ser implementado por el DI» que no ha de ser visto como algo que no puede ser conseguido, sino como «un proyecto alcanzable gradualmente» (p. 94).

*International Society and Sustainable Development Goals* es, en suma, un excelente fruto de la colaboración entre el Fondo de las NU para el desarrollo sostenible y la U. Rey Juan Carlos que ofrece por vez primera en la doctrina española

un análisis completo y sistemático de los 17 ODS con un enfoque pluridisciplinar. Si el desafío del desarrollo sostenible es su implementación universal en todos los países y ámbitos políticos, económicos y sociales, esta obra nos muestra las

posibilidades que pueden tener las contribuciones de las universidades.

Ángel J. RODRIGO HERNÁNDEZ  
Universitat Pompeu Fabra

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.03>

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2017, 304 pp.

La naturaleza compleja del arbitraje como figura contractual y como equivalente jurisdiccional es fuente de una ya clásica tensión entre dos fuerzas divergentes: la autonomía de la voluntad y el control judicial. A pesar de que todos los ordenamientos jurídicos que regulan la institución arbitral se enfrentan al reto de alcanzar un equilibrio atractivo, a la vez que garantista, entre estas dos fuerzas motoras, el panorama comparado ofrece una rica variedad de modelos normativos. Es por ello que la intersección entre la libertad contractual de las partes y la necesidad de una mínima intervención judicial, a pesar de haber sido objeto de numerosísimos estudios, constituye un tema que no pierde interés y está requerido de constante reevaluación.

La obra de la Profesora Ana Fernández Pérez contribuye a este objetivo de una forma transversal y holística. En vez de centrar su estudio de forma monográfica en una cuestión concreta, la autora opta por tratar varias facetas de la práctica y regulación arbitrales en las que esa tensión deviene manifiesta. Aunque el libro no exponga la motivación que subyace a esa elección, los temas tratados tienen envergadura propia y son buena muestra de la problemática estudiada.

Tras un extenso encuadre conceptual en el Capítulo 1, que sirve de introducción, el Capítulo 2 aborda el ejercicio de la autonomía de la voluntad en cuanto a la resolución del fondo de la disputa. En concreto, la autora se centra en la admisibilidad e implicaciones del arbitraje de

equidad, aunque esa sea una institución que ha perdido parte de su relevancia en las últimas décadas. En este contexto, resultan de especial interés la sección en la que la autora se esfuerza por delimitar los conceptos de arbitraje de equidad y de amigable composición, así como el análisis del ámbito de discrecionalidad del que gozan los árbitros que han de decidir en equidad. Hubiera resultado interesante que la obra también se detuviese con más reposo sobre el límite concreto que imponen las normas imperativas en el ejercicio de esas facultades, sobre todo en el marco de disputas transfronterizas.

El Capítulo 3 centra su atención en la acción de anulación y en la posibilidad de acordar una segunda instancia arbitral. Ambas cuestiones han sido objeto de muy diversa regulación en el panorama comparado, con un grado muy dispar de libertad de contratación por las partes intervinientes en el arbitraje. Esto es especialmente cierto en sede de renuncia de la acción de anulación, que la obra aborda con detalle. La autora parece posicionarse a favor de la inconstitucionalidad de esta opción desde la perspectiva del Derecho español (así deriva de sus conclusiones en la p. 237). No obstante, al lector le queda la duda de si tal opinión se hubiera modificado si el análisis hubiera tomado en consideración que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en Sentencia de 1 de marzo de 2016 que tal renuncia es compatible con el art. 6 del CEDH.

Más informativo es el Capítulo 4, que dedica su atención a la evolución de la

asignación competencial en materia de arbitraje que ha existido en España en las últimas tres décadas. La autora ofrece una buena exégesis de las causas y debates prácticos que precedieron y motivaron cada una de las reformas en la materia. Su lectura ofrece el beneficio de poder contemplar en unidad de acto el progresivo trasvase de poderes decisorios que ha tenido lugar entre Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales, Juzgados de Primera Instancia y Tribunales Superiores de Justicia. Esta reflexión sobre los posibles beneficios que tal *iter* haya podido reportar es especialmente útil a la luz de la controvertida jurisprudencia que ha emanado recientemente de algunos Tribunales Superiores de Justicia, a la que la autora hace oportuna referencia (jurisprudencia que ha continuado apareciendo incluso tras la publicación de esta obra, como demuestra la anulación de un laudo ordenada mediante Sentencia del TSJ de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección 1.ª, de 5 de abril de 2018).

En el último Capítulo sustantivo, la autora da un viraje de enfoque hacia un tema mucho más concreto y de enorme importancia práctica: los conflictos de intereses de los árbitros. A diferencia de otros pasajes del libro, este Capítulo cuenta con un análisis más pormenorizado de la materia, con especial referencia a instrumentos publicados por relevantes instituciones como las CCI y las IBA, así como casos concretos en sede de anulación de laudos por falta de declaración de vínculos existentes entre las partes y los árbitros. En cualquier caso, la autora

reconoce la dificultad de delimitar cuáles son los factores que deberían generar dudas fundadas acerca de la independencia e imparcialidad de un árbitro y, por tanto, derivar en declaración *ex ante* (pp. 196-204). Es por ello que cualquier concreción jurisprudencial de estos principios resulta muy ilustrativa. En este sentido, el análisis hubiera quedado enriquecido con una referencia a las decisiones que la London Court of International Arbitration (LCIA) publicó en 2011 (y que ha vuelto a publicar en 2018) en materia de recusación de árbitros. Ello hubiera reflejado el hecho innegable de que muchos de estos casos se resuelven a nivel institucional, y no judicial, antes de que los árbitros hayan dictado un laudo susceptible de anulación.

La obra cierra con un Capítulo dedicado a consideraciones finales, en el que la autora sintetiza de forma útil el análisis que proporcionan *in extenso* los otros Capítulos. Sin perjuicio de que muchas de las materias tratadas puedan ser objeto de posiciones encontradas e intenso debate, la autora adopta en su análisis un posicionamiento generalmente sesgado y reflexivo. Probablemente esta sea una virtud del libro, principalmente por la materia arbitral que trata. Ello lo convierte en una útil referencia informativa para cualquier persona que desee detenerse en la relación entre la autonomía de la voluntad en materia arbitral y su control por parte del poder judicial.

Manuel PENADÉS FONS  
King's College London

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.04>

GONZÁLEZ DEL MIÑO, P., *Egipto 2011-2107. Alteraciones en las redes de poder*, Madrid, Catarata, 2017.

Egipto siempre ha sido un país central en la política del mundo árabe y de Oriente Medio. Con Muhammad Ali a principios de siglo XIX y con Gamal Abdel Nasser a mediados de siglo pasado,

el estudio de Egipto era imprescindible para analizar las dinámicas de cambio que habían de guiar la región. En 2011, al subir a la ola de protestas tunecina, Egipto se volvió a convertir en el centro



de las transformaciones de esta región. Y los acontecimientos que siguieron a la revuelta de Tahrir también habían de ser un termómetro de la evolución de los regímenes árabes. Túnez fue la chispa del estallido, pero lo que dio carácter de acontecimiento histórico a la Primavera árabe fue la revuelta egipcia. De igual forma, lo que marcó su fracaso, a pesar de que la experiencia democrática prosiga en el pequeño Túnez, fue también la dinámica egipcia unida a las guerras en Libia y Siria. Por esta razón, el análisis del Egipto que se mueve entre 2011 y 2017 es muy oportuno y necesario.

La Profesora González del Miño, Directora del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid, es una muy buena conocedora de Oriente Medio y el Norte de África, con numerosas publicaciones sobre la región, algunas de ellas sobre Egipto y sobre la Primavera Árabe. En este caso nos ofrece un libro que se mueve entre la divulgación y el análisis, lo que hace su lectura fácil y es útil para una primera aproximación, no superficial, al Egipto contemporáneo. En su libro, no se centra tanto en los sucesos de 2011, que ya ha tratado en otras publicaciones, como en buscar las claves para entender cómo la ilusión del pueblo egipcio durante las protestas de Tahrir y la Primavera les fue robada por unas élites, partidos y militares que antepusieron siempre su lucha por el poder a las demandas de democracia, libertad y bienestar. De aquí el adecuado subtítulo: *Alteraciones en las redes del poder*.

El libro está dividido en dos partes. La primera es una introducción histórica, útil para situar al lector poco conocedor de Egipto, y que la autora aprovecha para deshacer algunos de los mitos que en muchos casos todavía permanecen, como que el nasserismo fue un proyecto socialista. Nasser intentó transformar un capitalismo agrario en un capitalismo industrial, y en este proceso fue capaz

de hacer crecer un poco la clase media empresarial, incidiendo levemente en la gran diferenciación social. Pero al mismo tiempo negó la lucha de clases, reprimió a la izquierda no domesticada, y sentó las bases de lo que sería la política autoritaria hasta la actualidad.

El libro, al centrarse en las luchas por el poder, da mucho mayor protagonismo a los Hermanos Musulmanes que a los movimientos sociales, a pesar de que la evolución de la movilización social y sus reivindicaciones es esencial no solo para entender la Primavera de 2011 o las «revueltas del pan» e incluso la independencia; sino que también es importante cuando es débil, para analizar lo que las élites pueden hacer cuando la falta de movilización social se lo permite. Esta debilidad permitió por ejemplo que Sadat aplicara las políticas de la Infitah, de la apertura económica que sería la precursora de las políticas neoliberales impuestas por el FMI. Esta debilidad permitió también que Sadat y Mubarak frenaran y anularan las políticas más redistributivas que Nasser se había visto obligado a aplicar cuando la calle estaba en ebullición. Así, el régimen egipcio fue adquiriendo cada vez más un carácter neopatrimonialista y corrupto en un contexto de *crony-capitalism* que dejaba en la cuneta a la mayoría de la gente, incluidas las clases medias no conectadas con el poder político. La pérdida de legitimidad de las élites del régimen solo dejaba un camino para mantenerse en el poder: la represión y el autoritarismo.

La segunda parte nos lleva a los años posteriores a Tahrir, y la lucha por el poder en este período de transición. Tras un repaso de la rebelión, la autora nos conduce por la dinámica política que la siguió. Nos muestra también como, al igual que en Túnez, la reforma política y constitucional y el gobierno de los islamistas, ponían sobre la mesa la paradoja de que la democratización del sistema político podía suponer la pérdida de algunas libertades y derechos para la mi-

tad de la población: las mujeres. El papel de la Sharia y los derechos de la mujer se convirtieron en uno de los puntos clave de disenso que fueron utilizados por unos y otros en la lucha por el poder. También nos va mostrando como Morsi, en su intento de asegurar su control del Estado, debilita las incipientes estructuras democráticas que se estaban creando, y llega a provocar el rechazo popular suficiente y a dar la excusa necesaria a los militares para el golpe de Estado que acabaría con la Primavera. El gobierno de Morsi, en su esfuerzo para ampliar su poder y el de los Hermanos Musulmanes, llegó a ser visto como una amenaza por las demás élites políticas y militares, y también por un sector muy amplio de la población que vio como nubes negras se cernían de nuevo sobre los derechos y libertades recién conquistados. A diferencia de an-Nahda en Túnez, los HHMM en Egipto alimentaron la sospecha de que su compromiso con la democracia era solo coyuntural y táctico: un recurso necesario para llegar al poder pero que después se podía olvidar. Sin embargo, el golpe de Estado, como ocurre habitualmente con los golpes militares, en vez de ser la solución fue el salto al abismo de un nuevo autoritarismo muy parecido al régimen de Mubarak.

La autora en esta parte quizá cae en algunos momentos en el vicio de la Ciencia Política de dar demasiado espacio al análisis de resultados electorales. Normalmente las elecciones y los parlamentos explican muy poco sobre las dinámicas sociales y políticas más allá de la pura coyuntura. Si esto es así en sistemas democráticos, en sistemas autoritarios

explican mucho menos. Lo mismo ocurre con el análisis constitucional, que en muchos casos solo es útil para ver cómo los gobernantes conculcan la Constitución o abusan de su interpretación. El análisis de las elecciones y del debate constitucional era necesario para comprender la evolución de estos años, pero quizá se le dedica un espacio que habría sido útil para otros ámbitos que casi no aparecen. Sobre todo la dimensión internacional, lo que es sorprendente en una internacionalista. Se echa de menos un desarrollo más amplio de la evolución de las relaciones exteriores en estos años, que fueron cambiantes y en algunos casos también determinantes. El impacto de los acontecimientos en las relaciones con Arabia Saudí, Israel, la Unión Europea o Estados Unidos, al igual que con la región de Oriente Medio en general, fue muy importante, y habría sido interesante conocer la visión de una conocedora como la Profesora González del Miño.

Esto no desmerece la obra, sino que es señal que como ocurre siempre que leemos algo que nos interesa, nos gustaría poder continuar con aquello que cada lector echa de menos. Estamos pues ante un libro muy útil, de lectura muy fácil y amena, que ofrece un análisis de estos años de cambios de enorme trascendencia en la historia de Egipto. Y lo hace dando al lector las pinceladas históricas para conocer los momentos y actores básicos que nos permiten seguir sin problema los razonamientos que lo guían.

Ferran IZQUIERDO BRICHS

Universitat Autònoma de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.05>

GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), HERRANZ BALLESTEROS, M. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 423 pp.

La presente publicación surge del II Seminario organizado por la AEPDIRI y

la UNED, «El Derecho Internacional Privado español de familia: nuevas solucio-

nes y ¿nuevos problemas?», celebrado en la Facultad de Derecho de la UNED el 27 de octubre de 2016.

Los temas se ordenan en cuatro bloques: 1. Litigios transfronterizos en el ámbito personal y familiar: competencia judicial internacional; 2. Litigios transfronterizos en el ámbito personal y familiar: jurisdicción voluntaria y registral; 3. Matrimonios y parejas registradas; y, 4. Infancia y protección de menores.

El primer bloque lo integran dos ponencias «Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en materia de persona y familia» (R. Arenas García) y «Alcance de la autonomía de la voluntad en los procesos sobre persona y familia» (P. Jiménez Blanco) y dos comunicaciones «La competencia judicial internacional en el Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial» (M. D. Adam Muñoz) y «La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?» (B. Campezano Díaz).

En la primera ponencia se valoran de los cambios realizados desde 1985 tras la aprobación de la LOPJ hasta las reformas producidas en 2015, así como los que el Convenio de Bruselas y los distintos reglamentos posteriores han producido en nuestro ordenamiento. En la segunda se analiza la reforma de la LOPJ en 2015 en relación con la autonomía de la voluntad y si es posible hacerla extensible a los procesos en materia de Derecho de familia. La autora concluye que dada la defectuosa técnica del legislador pueden extraerse resultados contradictorios.

Las comunicaciones, respectivamente, describe el Reglamento 2016/1103 y analiza las propuestas de mejora del

Reglamento 2201/2003, aunque no se hayan incluido todas las que serían necesarias.

En el segundo bloque, dos ponencias: «Eficacia en España de los actos extranjeros de jurisdicción voluntaria» (I. Heredia Cervantes) y «El acceso al registro civil de títulos extranjeros: problemas prácticos» (S. Salvador Gutiérrez) y la comunicación «Reconocimiento mutuo de los actos de estado civil relativos al derecho de familia en la Unión Europea» (M. Medina Ortega).

La primera ponencia destaca la defectuosa intervención del legislador en la redacción de los arts. 11, 12 y DA 3.<sup>a</sup> de la Ley de Jurisdicción voluntaria así como su falta de coordinación con la Ley de cooperación jurídica internacional y las contradicciones y lagunas que ello genera. La conclusión es contundente: los mencionados preceptos empeoran y complican la regulación preexistente y solo queda o la modificación íntegra o la derogación. En la segunda se analizan los posibles problemas que se plantearán con la entrada en vigor de la Ley de Registro Civil de 2011, cuando ello ocurra, tras sus múltiples prórrogas.

En el tercer bloque encontramos dos ponencias «Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos» (A. Quiñones Escámez) y «La órbita de la autonomía privada en relación con el matrimonio» (I. Paz-Ares Rodríguez) y cinco comunicaciones «Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas» (B. Añoveros Terradas), «La armonización de la ley aplicable a los regímenes matrimoniales en la Unión Europea. *The long and winding road*» (H. Mota), «Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas. Una oportunidad perdida para la mediación» (L. A. Pérez Martín), «La "cláusula

de excepción” del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial» (P. Quinzá Redondo) y «El Puzzle se complica. Efectos patrimoniales de las uniones registradas y el Reglamento 2016/1104. Problemas de calificación y coordinación entre los instrumentos europeos conexos» (M. Vargas Gómez-Urrutia).

En la primera ponencia se destaca la falta de una definición de «parejas de hecho» y los problemas que se plantea en relación con la aplicación de los reglamentos a las parejas del mismo sexo. El núcleo de la cuestión estaría en el reconocimiento de modelos familiares formalizados en el extranjero. Para ello se propone usar el principio de no discriminación por orientación sexual como parte del orden público. En esta misma línea, la comunicación de M. Vargas reitera la necesidad de la mencionada definición para su uso en otras normas de Derecho de familia y la coordinación con otros reglamentos.

Por su parte, en el segundo trabajo se propone el análisis de la autonomía privada en las cuestiones matrimoniales tanto desde el Derecho interno español como en su proyección en cuestiones planteadas por el Reglamento 2016/1103. Sobre este mismo asunto incide la comunicación de la Profesora B. Añoveros.

La comunicación de L. A. Pérez Martín pone de relieve la pérdida de la oportunidad de incluir a la mediación en la resolución de los problemas que presentan los nuevos reglamentos de régimen económico.

Finalmente, el cuarto bloque consta de una ponencia «Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos en la protección internacional de menores» (S. Adroher Biosca) y cinco comunicaciones «Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres

realidades diferentes?» (A. Durán Ayago), «Conversión y transformación de la adopción internacional tras la reforma de la Ley 54/2007 por la ley 26/2015» (G. Esteban de la Rosa), «El ámbito de aplicación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional tras la reforma de julio de 2015» (M. Herranz Ballesteros), «El nuevo concepto de adopción internacional después de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia» (M. D. Ortiz Vidal), «El difícil equilibrio de los intereses en presencia: orígenes biológicos vs. legales en la gestación por sustitución» (L. Sales Pallarés).

La ponencia analiza las Leyes 8/2015 y 26/2015 (entre otras, la reforma de la ley de adopción internacional) y la técnica utilizada en la reforma del art. 9.4 del Código Civil. Muy crítica con estas normas se presenta la comunicación de A. Durán porque no se ha tenido en cuenta las consecuencias de utilizar la técnica de la incorporación por referencia, ya advertidas en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley.

Por su parte, las comunicaciones de G. Esteban, M. Herranz y M. D. Ortiz se centran en la reforma de 2015 de la Ley de Adopción internacional y algunas carencias que se han puesto de manifiesto.

Por último, la comunicación de L. Sales aporta una interesante aproximación a la realidad biológica y la maternidad subrogada proponiendo la posibilidad de utilizar el reconocimiento de complacencia como una fórmula de conjugar los distintos intereses en presencia. Si bien deja constancia del limbo jurídico en el que quedan los menores nacidos mediante estas técnicas.

María Jesús ELVIRA BENAYAS  
 Universidad Autónoma de Madrid  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.06>

IZQUIERDO BRICHS, F. y ETHERINGTON, J., *Poder Global: Una mirada desde la Sociología del Poder*, Martorell, Bellaterra, 2017, 242 pp.

El libro que aquí se presenta gira en torno a un concepto central para las Ciencias Sociales en general y las Relaciones Internacionales en particular: el poder. Pocos términos en la teoría política y social habrán recibido la atención merecida por el que da título a esta obra. En la disciplina de las Relaciones Internacionales la visión, interpretación, configuración o deconstrucción del concepto de poder ha sido el punto de partida, de una u otra manera, para todos los enfoques teóricos y, consecuentemente, una de las ideas clave en el debate entre los distintos contendientes en su historiografía científica. Por tanto, la propuesta de Ferran Izquierdo y John Etherington en *Poder Global: Una mirada desde la Sociología del Poder* es, sin duda, ambiciosa, valiente y arriesgada y expresa el deseo de los autores por hacer una aportación innovadora que contribuya a estimular el pensamiento teórico en las Relaciones Internacionales actuales.

En este sentido, los autores avanzan desde el inicio el fundamento de su obra: hacer explícita una propuesta teórica desde la Sociología del Poder (p. 15), una teoría que integre el sistema global y los sistemas inferiores de una forma coherente y que contemple todos los niveles de análisis focalizando su interés en la competición de las élites por la acumulación diferencial de poder en un sistema jerárquico, pugna que es, según ellos, más intensa que en ninguna otra época de la historia (p. 16). No obstante, habría que señalar que la obra no propone este marco de análisis teórico de manera aséptica. La descripción de la propia teoría se acompaña de un diagnóstico de la realidad internacional actual y también de un buen número de recomendaciones para romper con las lógicas nocivas que la acompañan.

Teniendo presente el propósito inicial, el libro se estructura en siete Capí-

tulos. En el primero los autores justifican la necesidad de aportar una nueva teoría sistémica o Sociología de Poder para analizar un mundo que ha cambiado de manera progresiva pero profunda en su devenir hacia lo que denominan el sistema global actual.

El Capítulo II se centra en las dinámicas fundamentales que operan en el marco de su teoría: la creación de jerarquías y la competición de las élites por la acumulación diferencial de poder. La primera dinámica implica la división de los actores entre élites y población. La segunda conlleva el establecimiento de relaciones «de poder» y «por el poder» entre las distintas élites (relaciones circulares de poder) pero también, según los autores, un «sabotaje social». No se trata solo de acumular sino de sabotear al competidor y a la capacidad de la población para decidir sobre sí misma y ser actor en las relaciones sociales (p. 22).

En el Capítulo III el concepto de sistema es central. En él se incluyen actores, recursos y estructura así como las relaciones que tienen lugar entre ellos. Insisten los autores en la necesidad de tomar en consideración distintos sistemas para el análisis de lo internacional. En este sentido aunque el sistema global sería prioritario, los sistemas domésticos tendrían también capacidad explicativa en su planteamiento teórico (p. 48).

Los Capítulos siguientes están dedicados a desarrollar las partes del sistema. El Capítulo IV define y delimita los actores: élites y población-movimientos sociales. Las élites están compuestas por aquellos individuos que se encuentran en una posición jerárquica superior en las instituciones sociales y tienen conciencia de formar un grupo con intereses comunes. Las élites globales tienen la capacidad para utilizar recursos mundiales

y requieren de bases doctrinales e institucionales que les permitan transformar las relaciones de poder. Los autores señalan que «la mayoría de las instituciones transnacionales están al servicio de la élite oligárquica global autoritaria y alejada de control democrático directo de las élites nacionales y de la población». Las políticas globales perfiladas por las élites escapan al control de la población y son aplicadas por los gobiernos de los Estados que contribuyen al reforzamiento del poder de las mismas (p. 52). Por otra parte, la sociedad civil global, mediatizada aún por las divisiones estatales, se ve incapacitada para tomar conciencia y organizarse como actor global. Según los autores, la población tiene que ser sujeto y no objeto, es decir, un actor con objetivos propios y autonomía y no un recurso manipulado por las élites. Los movimientos sociales tendrían que facilitar la toma de conciencia y canalizar los objetivos de mejora de las condiciones de vida de la población a nivel global mediante la acción colectiva.

En el Capítulo V se analizan las relaciones que tienen lugar dentro del sistema. Estas pueden ser de competición o perseguir la formación de alianzas. La competición no es más que la lucha por los recursos del sistema en el marco del proceso de acumulación diferencial de poder que persiguen las élites. Algunos de estos recursos son perdurables como el Estado, el capital, las instituciones internacionales o la democracia representativa. Ello explica también el proceso de formación de alianzas entre los actores para mantenerlos incluso cuando no detentan su control en un momento determinado. Solo si los actores son conscientes de que nunca podrán alcanzarlos, optarán por su destrucción. La creación de estas alianzas para conservar algunos recursos hace que estos sean percibidos, en ocasiones erróneamente, como intereses colectivos a preservar.

Precisamente a los recursos dedican los autores el Capítulo VI de su obra.

En él se analiza el papel que juegan en el proceso de acumulación de poder el Estado, el capital y las corporaciones, la ideología, la información y los *mass-media*, la coacción y el poder militar, la población...

Finalmente, el Capítulo VII gira en torno al concepto de estructura y su relación con los actores/agentes. En este sentido, los autores mantendrán que si bien la capacidad de actuación de las élites y de la población (actores) estará constreñida por «las instituciones, normas e ideologías del sistema global» (p. 222), el cambio de tales elementos estructurales es posible. Dicha transformación se ha producido ya en distintos momentos históricos bien a través de las exigencias de población, capaz de expresar y establecer relaciones lineales de poder, consolidando nuevos valores e ideas, bien, a través de la élite que debido a los cambios en la competición por la acumulación diferencial de poder ha promovido nuevas hegemonías ideológicas más beneficiosas para sus intereses. Como ya señalaron los autores en el Capítulo introductorio, la ideología que aspira a ser hegemónica en nuestros días es el neoliberalismo entendido «como un nuevo tiempo de autoritarismo respaldado por intelectuales subyugados por la ideología hegemónica». Ante esta situación «la población debe movilizarse en un movimiento social global y democrático» (p. 12) a través de una estrategia contrahegemónica que «permita que la población recupere su papel de actor para avanzar en cada una de las trincheras estructurales que cimentan el sistema de la globalización al servicio de la acumulación de poder de algunas élites». Para los autores esto significa que es necesario construir un «sentido común» al servicio de las personas, su bienestar y el logro de su felicidad. Ello implica la «democratización del régimen de verdad», una verdad que debe «reflejar los intereses de cada individuo» y su «realización como personas», «construida

permanentemente, tanto en lo colectivo como en lo individual, por la conciencia de todas las personas de la importancia de la búsqueda de la felicidad» (p. 228). Sin duda, un final evocador en sintonía

con el conjunto de la obra que nos invita a la reflexión.

Leire MOURE

Universidad del País Vasco

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.07>

OTAEGUI AIZPURUA, I., *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, 378 pp.

La obra que presenta la Doctora Otaegui pone de manifiesto la complejidad de las nuevas relaciones jurídico-privadas creadas en el ámbito de Derecho de Familia internacional, las cuales, además, evolucionan muy rápidamente. En la sociedad occidental actual, es cada vez más frecuente encontrar parejas o personas solteras que adoptan menores extranjeros o que los acogen con arreglo a lo dispuesto en la institución legal de la «Kafala» islámica. También existen personas que celebran en el extranjero un contrato de gestación por sustitución para poder ser padres o madres y, matrimonios o parejas de distinta nacionalidad que, una vez finalizada su relación, desean volver a su Estado de origen y aprovechan el régimen de visitas para sustraer ilícitamente a su propio hijo.

Ahora bien, la amplia movilidad de la que disfrutaban las personas contrasta, fuertemente, con la insuficiente regulación jurídica de estas situaciones por parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados y con la denegación del reconocimiento y/o de la ejecución de tales resoluciones judiciales extranjeras, que obstaculizan la continuidad de estas relaciones jurídico-privadas, tal y como señala la autora.

En consecuencia, los sistemas jurídicos actuales no consiguen proporcionar una respuesta adecuada a la nueva realidad social, en el marco del Derecho de Familia internacional, cuyo denominador común es la existencia de menores que necesitan protección. Ante esta situación, los organismos internacionales

y también las autoridades internas muestran su preocupación respecto a la necesidad de adoptar mecanismos que se dirijan a garantizar la protección de la parte más débil en las situaciones descritas con anterioridad. Uno de los ejemplos más claros de tal preocupación se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los últimos diez años, que estudia detalladamente la autora, en la que se observa un uso generalizado del principio del interés superior del menor. Ello se debe, fundamentalmente, a que este principio constituye un concepto jurídico indeterminado, siendo por este motivo difícil su concreción.

La obra que aquí se comenta se divide en tres Capítulos. El primero de ellos, que lleva por título «Mecanismos e instrumentos de protección del menor en el ámbito internacional», lo dedica la Profesora Otaegui a analizar la evolución del marco normativo de la protección del menor en los ámbitos internacional y europeo. En particular, centra su estudio en diversos textos normativos aprobados por Naciones Unidas, por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por el Consejo de Europa y por la Unión Europea. Este primer Capítulo finaliza con una referencia a los principios rectores de la protección de los menores, en el que otorga el papel protagonista al principio del interés superior del menor sobre otros intereses concurrentes.

En el segundo Capítulo —«Inserción del menor en el mecanismo de protección del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos»—, la autora explora los mecanismos de protección de los menores que emplea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para ello, sigue muy de cerca la interpretación que este Tribunal realiza de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, prestando especial atención al derecho al respeto a la vida privada y familiar de los menores (art. 8 CEDH).

Los conceptos de «vida privada» y «vida familiar» presentan un carácter autónomo, aunque no resulta posible definirlos de manera clara. A ello hay que añadir, tal y como destaca la Doctora Otaegui, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos amplía el ámbito material del Derecho al respeto a la vida privada y familiar de los menores, conforme se pronuncia sobre ello, tomando en consideración la evolución social y cultural de los Estados que son miembros del Consejo de Europa. Más de 50 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son tomadas como referencia para alcanzar dicha conclusión, lo que refleja la laboriosidad del trabajo realizado.

En el último Capítulo, la autora centra su estudio en los problemas que ha detectado en la dimensión procesal-civil internacional del Derecho de Familia, después de haber analizado, en el Capítulo anterior, el nivel de protección que el Convenio Europeo de Derechos Humanos otorga a los menores.

La Profesora Otaegui delimita su trabajo de investigación a los asuntos de Derecho de Familia internacional que afecten a menores, en los que una de las partes litigantes haya solicitado el reconocimiento y/o la ejecución de una resolución judicial dictada por un Tribunal extranjero y, el Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, deniegue dicho reconocimiento y/o ejecución.

En concreto, profundiza sobre las adopciones internacionales, los contratos de gestación por sustitución, los derechos patrimoniales de los hijos e hijas

en materia sucesoria, los casos en los que se discrimina a los menores en función de su nacimiento o filiación y, también, en relación con aquellos supuestos en los que se deniega la ejecución de una resolución dictada en otro Estado relativa a una obligación de alimentos o a un derecho de guarda y custodia. A ello hay que añadir la especial atención que la autora presta a la cláusula de orden público internacional, puesto que es esta uno de los principales motivos en el que los Tribunales fundamentan la denegación del reconocimiento y/o la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. De tal estudio expone la Doctora Otaegui que, en los supuestos en los que concurra el interés superior del menor junto con otros intereses, el primero debe prevalecer, incluso aun cuando pueda operar la cláusula de orden público internacional.

En conclusión, la autora señala que las clásicas construcciones normativas de Derecho internacional privado no son, en la actualidad, suficientes para resolver los conflictos jurídico-privados existentes. Por ello, destaca el «papel modernizador» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia incide, no solo en el ámbito de aplicación material de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con especial referencia al derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), sino también, en la modificación sustantiva del marco normativo europeo y nacional sobre el Derecho de Familia.

Gracias a la aproximación rigurosa que realiza la Doctora Otaegui a la temática objeto de estudio, puede afirmarse que esta obra se convierte en material de obligada referencia para los estudiosos de las relaciones jurídico-privadas en materia de Derecho de Familia internacional, con especial referencia a aquellos supuestos en los que se vulneran los derechos más fundamentales de los menores.

María Dolores ORTIZ VIDAL  
Universidad de Murcia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.08>



PASTOR PALOMAR, A., *La delimitación marítima entre Estados. Formaciones insulares y bajíos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 440 pp.

La delimitación de los espacios marítimos constituye uno de esos temas tradicionales del DI que conserva plena actualidad. La complejidad y diversidad de intereses presentes, la pluralidad y heterogeneidad de situaciones pendientes de resolución o de encauzamiento, o pronunciamientos recientes, como el laudo del Tribunal Permanente de Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, ilustran la significativa relevancia de esta figura. Esta monografía del Profesor Pastor Palomar centra su atención en el examen de las reglas que rigen la delimitación de los espacios marítimos de las islas, las elevaciones en bajamar o bajíos y otras formaciones afines (islotos, rocas, arrecifes, atolones, cayos y bancos), y lo hace desde un enfoque eminentemente práctico, lo cual constituye, en mi opinión, uno de los mayores aciertos de este estudio.

La obra se estructura formalmente en dos partes, de las que la primera se destina a resaltar la actualidad e interés del tema, explicar la metodología empleada y, desde un enfoque eminentemente histórico, poner de relieve la práctica internacional que durante los siglos XIX y XX tiene en cuenta a formaciones marítimas distintas de las generales.

La segunda parte de la monografía, que conforma su núcleo esencial, dedica el Capítulo II a detallar el régimen jurídico vigente que se ha ido fraguando desde el inicio de la III Conferencia hasta su consolidación en la Convención sobre Derecho del Mar (en adelante, CDM). El estudio se centra eminentemente en la consagración, siquiera tímida, de nuevas figuras como las rocas, los arrecifes y los atolones, que gozan ahora de un reconocimiento en la regulación jurídica de las líneas de base desde las que se mide el mar territorial, o en las líneas de base archipelágicas, así como en su eventual

consideración como un factor para la delimitación por equidad o para ser tenidas en cuenta como circunstancias especiales que justifiquen apartarse de la regla de la equidistancia.

A partir de aquí, la monografía aborda de manera individualizada la práctica internacional sobre la delimitación de las distintas formaciones marítimas: las islas, los bajíos o elevaciones en bajamar; las rocas, los arrecifes y atolones, los islotos, los cayos y los bancos (Caps. III a VIII). Nos encontramos ante un análisis metódico y riguroso, en el que cada Capítulo sigue una sistemática idéntica, trabando un discurso sólido. Expone, en primer lugar, la práctica internacional anterior a la CDM para, a continuación, centrarse en la posterior a dicha Convención. A mi juicio, el aspecto más sobresaliente, y el principal mérito que puede atribuirse a esta obra, es la utilización amplia y profusa de la práctica internacional. El autor utiliza más de un centenar de instrumentos legislativos nacionales, así como más de un centenar de tratados de delimitación marítima, que abarcan tanto el periodo anterior a la CDM como el de los veinte años posteriores a su adopción. Al final de la obra puede consultarse el listado de la legislación nacional y los tratados de delimitación, agrupados por continentes. Este fondo documental constituye una de sus mejores aportaciones porque pone de relieve la pluralidad y diversidad de situaciones y soluciones que se han ideado en una materia ampliamente dominada por la casuística. Además, la obra también examina las aportaciones jurisprudenciales (incluido el arbitraje) de una treintena de contenciosos internacionales.

Respecto a las islas (Cap. III), tanto la realidad anterior como posterior a la CDM ponen de relieve una gran flexibilidad en la práctica estatal, especialmen-

te en las legislaciones nacionales, pero también en los tratados de delimitación. El centenar de tratados concluidos en los veinte años posteriores a la CDM muestra que la diversidad de soluciones sigue siendo la nota dominante: en unos casos se prescinde de la isla para favorecer la delimitación mientras que, en otros, tiene un efecto pleno, medio o reducido en la línea de equidistancia. La jurisprudencia internacional también se inclina por una aproximación similar, como muestran las sentencias o laudos examinados en este Capítulo: la delimitación del Golfo de Maine, la efectuada entre Guinea y Guinea Bissau o entre Guinea Bissau y Senegal, la sentencia sobre las fronteras entre El Salvador y Honduras, la delimitación entre Eritrea y Yemen, entre Indonesia y Malasia, Malasia y Singapur, el arbitraje entre Barbados y Trinidad y Tobago, la delimitación entre Bangladesh y Myanmar o, el más destacado de los recientes, la decisión del Tribunal Permanente de Arbitraje sobre la demanda presentada por Filipinas contra China a propósito del Mar del sur de China.

En las elevaciones en bajamar o bajíos (Cap. IV), el libro examina en concreto la delimitación entre Qatar y Bahrein y entre Bangladesh e India en la Bahía de Bengala, pero también pone de relieve que la práctica posterior a la CDM utiliza a los bajíos en el trazado de las líneas de base del mar territorial o bien como puntos de apoyo para la línea de delimitación o la de equidistancia, en ocasiones, sin que la legislación nacional respete los requisitos exigidos por la CDM.

Respecto a las rocas (Cap. V), la práctica internacional refleja su utilidad para fijar líneas de base del mar territorial y líneas de base archipelágicas, pero también pueden ser ignoradas para simplificar la delimitación. La plataforma continental entre Libia y Malta, el laudo entre Canadá y Francia a propósito de Saint

Pierre y Miquelon, el asunto entre Dinamarca y Noruega (Groenlandia y la isla de Jan Mayen) o la Isla de las Serpientes (Rumanía y Ucrania), son las principales decisiones jurisdiccionales examinadas en este Capítulo.

Los arrecifes y atolones, por el contrario, cuentan con una escasa práctica internacional, aunque se emplean como puntos de apoyo en la línea de delimitación y generan puntos de equidistancia (Cap. VI). Los islotes, en cambio, pese a no ser siquiera mencionados por la CDM, cuentan con una práctica internacional consolidada, que suele asimilarlos a distintas figuras (rocas, islas o cayos). Los cayos y bancos (Cap. VIII) tampoco son reconocidos por la CDM, pero tienen una presencia destacada y más numerosa en los tratados de delimitación que en la legislación nacional, lo que da pie al autor para concluir que nos encontramos ante una categoría incipiente. La delimitación en el mar Caribe entre Nicaragua y Honduras, y entre Nicaragua y Colombia, ambas en el marco de la Corte Internacional de Justicia, confirman, a juicio del autor, que ya ha cristalizado la definición de cayo y de banco.

Este arduo y laborioso análisis de la práctica internacional permiten al Profesor Pastor Palomar elaborar unas conclusiones sólidas, en la que destaca el papel que está teniendo la jurisprudencia posterior a la CDM en la definición del estatuto de los bajíos, así como el desarrollo gradual y creciente de formaciones marítimas distintas a las tradicionales. Una obra notable, por el meritorio esfuerzo que supone ordenar y sistematizar una práctica internacional muy diversa, y que resultará de gran utilidad para todos aquellos interesados en la delimitación marítima.

Nicolás NAVARRO BATISTA  
Universidad de Las Palmas  
de Gran Canaria

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.09>

RIPOL CARULLA, S., *Derecho Internacional Público. La paz a través del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, CEF, 2017, 480 pp.

La adhesión del sistema universitario español al EEES ha tenido importantes implicaciones sobre la docencia. El modelo de Bolonia y el concepto de crédito ECTS han supuesto un profundo cambio en la metodología de enseñanza/aprendizaje del DIP. Ahora se otorga una mayor relevancia a la dimensión práctica y la docencia presencial pierde protagonismo frente al mayor peso del trabajo del alumno en la preparación de la asignatura, bajo la tutorización del profesor. La nueva estructura de las titulaciones ha supuesto además una disminución del número de créditos de la asignatura en los planes de estudio, con el consiguiente reajuste a la baja de programas y contenidos. Todo ello ha tenido su repercusión sobre los materiales docentes, que han debido ser adaptados a las nuevas circunstancias. En ese sentido, es muy de valorar la aparición de nuevos manuales teóricos, sencillos y sintéticos, que se correspondan con los actuales contenidos de la asignatura, que se ajusten a las concretas necesidades del nuevo estudiante de Grado (en extensión, estructura, contenido y lenguaje) y que favorezcan la consulta de forma autónoma por parte del alumno de los diferentes medios de prueba de la práctica internacional, todo ello sin renunciar al necesario rigor científico.

El Manual que comentamos cumple perfectamente esos requisitos al ofrecer una visión global muy completa de la asignatura de forma clara, pero a la vez rigurosa, prestando atención especial a la práctica estatal, particularmente a la práctica española, incluyendo la más reciente, y a la jurisprudencia internacional, pero también con un importante apoyo en la doctrina y en la labor de codificación y desarrollo progresivo de diferentes sectores del ordenamiento llevada a cabo por distintos órganos, especialmente la CDI. El Manual ofrece, además, una determinada concepción de la disciplina, una

forma de entender el DIP, que se pone especialmente de manifiesto en la primera unidad. Esa visión se aprecia, por ejemplo, en la apuesta por la noción de comunidad internacional para referirse a la sociedad internacional contemporánea, al entender que dicho concepto añade a la descripción del grupo social un elemento ideológico, de afirmación de ciertos valores compartidos (p. 22). Se refleja también en la inclusión del respeto de los derechos y libertades fundamentales de la persona entre los principios básicos del sistema, o en la consideración de que el cumplimiento efectivo y eficaz del DIP depende no solo de la validez y eficacia de sus normas, sino también de su justicia, en el sentido de correspondencia con los valores. La aproximación del autor a la disciplina está igualmente presente en la idea de que la búsqueda de la paz y la seguridad internacionales actúan como ejes del sistema y están en la base de todo el ordenamiento internacional, lo que justifica el subtítulo «La paz a través del derecho».

Como el autor aclara en el prólogo, se trata de un libro nacido para la docencia a distancia, que surgió en forma de unidades didácticas para los alumnos del grado en Derecho de Udimá, publicándose por primera vez como Manual en 2016, tras la revisión de aquellas unidades didácticas y del que ahora se presenta una segunda edición actualizada. Son 10 las unidades didácticas: 1) Comunidad internacional y DIP; 2) Las fuentes del DIP; 3) Los sujetos del DIP; 4) El Derecho español de las relaciones internacionales; 5) Las competencias territoriales y personales; 6) La cooperación internacional; 7) La aplicación del DIP; 8) El arreglo pacífico de controversias; 9) El DI de los conflictos armados; y 10) Las OOI. Destaca el tratamiento de los órganos de las relaciones internacionales en la unidad 4, dedicada al Derecho español de las relaciones internacionales. También

puede resaltarse la sistemática de la unidad 5 en la que tras el análisis de la importancia de la delimitación de los espacios, estos se presentan en tres grandes bloques. Por un lado, espacios sujetos a la soberanía plena y exclusiva del Estado: espacio terrestre, aguas interiores y mar territorial (incluyendo aguas archipelágicas y régimen de navegación por los estrechos) y espacio aéreo. Por otro lado, espacios sujetos a competencias soberanas regladas (codificación del Derecho del mar, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental) y, finalmente, espacios internacionalizados y recursos naturales compartidos (espacio ultraterrestre, Antártida, Alta mar y Zona internacional de fondos marinos y oceánicos). Para terminar con las competencias personales del Estado. Sorprende que el estudio de las OOII se aplase hasta la última unidad, recogiendo tan solo una breve referencia a las mismas en la unidad 3, dedicada a los sujetos del ordenamiento, tras analizar el Estado, las inmunidades, el reconocimiento de Estados y de gobiernos y la sucesión de Estados, en un apdo. 5 titulado «El estatuto jurídico-internacional de otros actores de la comunidad internacional distintos al Estado», junto con los pueblos, las ONGs, las empresas transnacionales y el individuo. Esa ubicación llama aún más la atención si se tiene en cuenta que la cooperación internacional se sitúa en la unidad 6. Además, obliga a remisiones en otras unidades, como en la unidad 2 sobre las fuentes (apdos. 6 y 8.2: resoluciones de las OOII e interacción entre estas y costumbre), o la unidad 4 (apdo. 5.2.2: recepción en Derecho español de las resoluciones de las OOII).

Por lo que se refiere al diseño de las unidades, cada unidad se inicia siempre con un índice de los puntos a tratar y un breve apartado de objetivos que, a modo de presentación, introduce sucintamente las cuestiones a analizar. La unidad sigue con la exposición detallada del contenido teórico y termina con una relación de con-

ceptos básicos y la propuesta de una serie de ejercicios voluntarios para realizar por el alumno de forma autónoma, en los que se combinan las preguntas teóricas con el análisis de documentos seleccionados de la práctica. Como complemento, se incluyen un muy breve listado de bibliografía agrupada en dos bloques: básica (que busca remitir al alumno a la lectura de otros Manuales de la asignatura) y avanzada (con un número muy limitado de referencias de estudios más específicos) y otro muy breve listado de sitios web recomendados. Dada la atención prestada a la práctica, la jurisprudencia internacional y la doctrina y el amplio aparato de citas recogidas a lo largo del texto, tal vez aportaría un valor añadido la inclusión de índices de las diferentes fuentes citadas. Del mismo modo que, quizá, llevar las referencias a notas a pie agilizaría aún más la lectura. Merece la pena destacar, por último, que todas las unidades incluyen cuadros y esquemas muy ilustrativos de contenido diverso, unas veces ofrecen ejemplos concretos, otras veces precisiones o aclaraciones sobre lo explicado en el texto, extractos de documentos de la práctica, clasificaciones..., que resultan muy útiles desde un punto de vista pedagógico, por más que no todos los docentes sean favorables a introducir este tipo de recursos en los manuales de la asignatura.

Se trata, en definitiva, de un manual completo y riguroso desde un punto de vista científico. Pero es, así mismo, un texto muy didáctico, de fácil lectura y comprensión. A ello contribuyen la utilización de un lenguaje sencillo, las numerosas referencias a la actualidad internacional, muy útiles para despertar el interés del estudiante, las breves remisiones a los antecedentes históricos de ciertas instituciones, o las explicaciones sobre los hechos que suelen acompañar a las citas de jurisprudencia y que favorecen su contextualización.

Elena CRESPO NAVARRO

Universidad Miguel Hernández

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.10>

ROBERTS, A., *Is International Law International?*, Nueva York, Oxford University Press, 2017, 406 pp.

El título de la obra apunta a un interrogante que los internacionalistas solemos pasar por alto al dar por sentado que nos ocupamos de una disciplina que, como su nombre sugiere, trasciende los confines domésticos. Sin embargo, este libro hace que los lectores cuestionen esta asunción. Como Anthea Roberts señala, los debates sobre el DI y las críticas de sectores como el realista suelen girar alrededor de la pregunta sobre si aquel es *Derecho*. Sin embargo, un análisis empírico que se tradujo en entrevistas, contrastes de textos y análisis de la labor de juristas, jueces, académicos y diplomáticos de distintos países (que se ofrecen en gráficas) demuestra que, en no pocas ocasiones, lo que asumimos en Derecho internacional es en realidad o bien un Derecho sobre relaciones internacionales (*foreign relations law*), conformado por normas y políticas *internas* de determinado Estado referentes a la interacción con otros actores en el escenario mundial; o la mera apariencia de DI, como acontece cuando las fuentes materiales a las que acuden jueces y operadores jurídicos para identificar la existencia o el contenido del Derecho consuetudinario no reflejan una práctica *general* por concentrarse de forma exclusiva o preponderante en la occidental, privilegiándose la proveniente de lugares de lengua inglesa desarrollados como el Reino Unido y los Estados Unidos de América. Esto se relaciona con la influencia del inglés como *lingua franca* (que distintos actores confesaron preferir a una dualidad con el francés que reduce más la participación) en el contexto contemporáneo y se percibe en estudios sobre inmunidades de los Estados, que en Occidente se asume es relativa, algo que no comparten influyentes Estados del Este.

Las anteriores dinámicas se explican, en parte, por la influencia que han tenido ciertos Estados en el diseño del modelo

internacional contemporáneo, especialmente tras el fin de la Guerra Fría. Sin embargo, el aislacionismo de Trump y el Brexit, junto a factores como el auge de China y las reacciones de esta y Rusia para frenar la agenda estadounidense y promover sus propios intereses, llevan a la autora a afirmar (lo que comparto) que es necesario para los internacionalistas llevar a cabo análisis de *DI comparado* para que sea posible entender cómo se analizan las controversias y asuntos de DI en otros lares y sistemas: esto puede ayudar a buscar lugares comunes o, cuando menos, a conocer estratégicamente cómo se concibe el DI allende (generando interrogantes sobre si hay *un DI*). La anterior propuesta se sustenta en diferencias examinadas en el libro, el cuestionamiento de algunos de que el Manual de Tallin refleja la visión de la OTAN de que la Carta de la ONU se aplica a cuestiones cibernéticas, ignorando la perspectiva contraria rusa y china (lo que llevó a cambios en Tallin 2.0), la libertad de navegación, la invasión rusa a Crimea (que los rusos no conciben como tal) o la airada reacción china frente al arbitraje con Filipinas, describiéndose cómo ha habido simposios o artículos en revistas internacionales en los que se enfrentan juristas provenientes de distintos Estados y cómo aquellos productos reflejan concepciones e interpretaciones dispares sobre principios y normas del DI. Esto se explica, por ejemplo, por el hecho de que Rusia y China no comparten la narrativa occidental de que la soberanía ha de ceder en parte a los derechos humanos. Para ellas (cuando les conviene, pues en asuntos como la responsabilidad de proteger los rusos han demostrado no estar exentos de tener la doble moral que achacan a otros), la soberanía y sus atributos son pilares innegociables de un orden internacional conforme al *rule of law*, según muestran comunicados conjuntos y

pronunciamientos de Xi Jinping y Putin, que se explican por aspiraciones o experiencias locales como el llamado «siglo de humillación» en China. Con todo, la mutación de roles de los Estados (su auge o declive) los han llevado y pueden llevar a modificar posturas, por lo que el análisis comparado ha de ser constante.

Por lo anterior, la autora desmitifica la idea de Oscar Schachter de que hay un «colegio invisible» de internacionalistas, afirmando que él es «divisible» pues el DI es «entendido, interpretado, aplicado y explorado» de forma diferente por actores de distintos Estados. Así, se muestra que los desarrollos teóricos occidentales sobre la subjetividad internacional no son bienvenidos en Rusia, donde autores de la vieja guardia y textos de vieja data insisten en que los actores no estatales, incluyendo a los seres humanos, carecen de aquella; y en donde no se estudia tanto la jurisprudencia.

Roberts considera que hay en la concepción del DI influyen fuerzas desnacionalizadoras, incluyendo «occidentalizadoras», y fuerzas nacionalizadoras. Por ejemplo, se resalta que en instituciones internacionales como la Corte Internacional de Justicia o la Corte Penal Internacional se favorezcan ciertos idiomas, privilegiando doctrinas de cierta proveniencia; que las lenguas oficiales institucionales hacen que litigantes y el personal provengan de forma desmesurada de un puñado de Estados; o que los textos incluyan de forma desproporcionada la práctica occidental, ignorando contribuciones locales como la india, lo que empobrece el análisis y hace que se equipare el DI con el de ciertos Estados. Sin embargo, a esta inercia se oponen las reacciones de ciertos Estados que bus-

can recobrar o incrementar su influencia y controvertir ciertas agendas y políticas. Otros factores que influyen en una concepción más internacionalista o local del DI (que tenga en cuenta perspectivas y fuentes materiales plurales) son, por ejemplo, el que profesores o estudiantes provengan o no del extranjero (si los extranjeros son los estudiantes, se dará una exportación de ideas, y si lo son en buena medida los profesores, como en el Reino Unido, habrá importación); el que los docentes puedan dedicarse solo cuestiones internacionales o deban combinarlas con ramas como el Derecho constitucional, como en Alemania; la proveniencia de los manuales (locales o importados); el que para acceder a ciertos cargos o cargos se privilegie publicar en *journals* transnacionales o locales y su indexación, o si se valora estudiar en el extranjero (lo que promueve China para robustecerse); o el hecho de que haya censuras sutiles que desincentiven voces críticas con posturas gubernamentales (en China sospechosamente hay unanimidad en ciertas cuestiones) y qué ramas del DI se financian en mayor medida.

Se concluye diciendo que los internacionalistas que comparen no solo pueden diseñar mejores estrategias en un mundo cada vez más multipolar sino que, además, podrán entablar diálogos con auditorios locales y foráneos. En un mundo con tantos muros, ciertamente hacen falta los puentes. La autora se concentra en los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, por lo cual el libro ha de estimular estudios de otros Estados, como los iberoamericanos.

Nicolás CARRILLO SANTARELLI

Universidad de La Sabana, Colombia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.11>

ROLDÁN BARBERO, J. (dir.), *La Seguridad Nacional en España. Un enfoque geoestratégico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 556 pp.

A tenor de las características de la sociedad internacional contemporánea

resulta necesario adoptar una visión más compleja y heterogénea del concepto de

seguridad que los *iusinternacionalistas* debemos asumir, tal y como sostenía nuestro querido maestro Alejandro Rodríguez Carrión. Situados en esta perspectiva, podemos afirmar que en las primeras décadas del siglo XXI asistimos a una redefinición del concepto de seguridad que influye de manera decisiva en el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, ámbito tradicional de competencias del ordenamiento jurídico internacional. No en vano, como señala de forma acertada Javier Roldán Barbero, Director de la obra que nos ocupa y referente doctrinal en la materia, la noción de seguridad experimenta en la actualidad una particular extraversión e internacionalización que debe estar presidida por el imperio del Derecho.

Así pues, el análisis de los contenidos y alcance de la seguridad internacional en la actualidad exige tomar en consideración aspectos relacionados con la estabilidad política, el avance económico y social o el cambio ordenado y pacífico de las sociedades estatales en el seno de un proceso de globalización ligado a una apertura cada vez mayor de las fronteras, que vincula indisolublemente los aspectos internos y externos de la seguridad, más allá de las competencias soberanas de los Estados y en estrecha conexión con otros sujetos y actores internacionales. Esta necesaria visión transversal de la seguridad se encuentra presente en la Estrategia de Seguridad Nacional (ESN) aprobada en 2013 en torno a la cual gira esta obra colectiva, resultado de un proyecto de investigación liderado con acierto y excelente resultado por el Profesor Roldán Barbero.

La coincidencia en el tiempo de esta sobresaliente obra con la reciente adopción de la nueva ESN, lejos de restarle valor o convertirla en obsoleta, la sitúa como punto de partida idóneo para cualquier análisis del nuevo marco político estratégico de la política de seguridad nacional que esta representa. De hecho, el enfoque geoestratégico al que alude el

título del trabajo que ahora comentamos y desde el cual se aborda la compleja realidad que conforma la seguridad en nuestro país pervive en la ESN publicada en el BOE de 1 de diciembre de 2017. Este enfoque tradicional en los estudios sobre seguridad, objeto de nuevas propuestas, generales y específicamente españolas en el texto de 2013, preside el análisis riguroso y bien fundamentado que del mismo se realiza en esta obra y le confiere la virtud de aportar elementos de reflexión y señalar aspectos fundamentales que conforman en buena medida la reciente ESN.

Una atenta lectura de las más de quinientas páginas que Tirant lo Blanch ha publicado en una cuidada edición, nos permite asimismo constatar que se ha alcanzado de forma muy satisfactoria el objetivo perseguido por los autores de trazar un cuadro geoestratégico de la seguridad de España y las amenazas que se ciernen sobre nuestro país. Para ello, como ya hiciera la ESN de 2013, en las diversas contribuciones a este libro se ha combinado el enfoque material y espacial, así como el temporal y personal que confluye en el geográfico, centrado en el análisis de las distintas regiones exteriores y las amenazas o las oportunidades, que proyectan para la seguridad de España.

Estas consideraciones determinan la estructura de la obra que tengo el honor de reseñar en la que, a partir de un estudio preliminar que sienta las bases sobre el tema, se suceden distintos Capítulos que abordan los riesgos y amenazas que se ciernen sobre España desde diferentes áreas del planeta y cuestiones territoriales enfocadas desde una perspectiva también material, temporal y humana. La complejidad y dificultad que deriva de este ambicioso proyecto requería la mano firme y maestra de su director, el Profesor Roldán Barbero, quien se ha encargado de fijar el rumbo a seguir en un Capítulo que excede lo meramente introductorio y nos ofrece una visión global y enormemente

clarificadora del enfoque geoestratégico de la Seguridad en España.

Este análisis encuentra el complemento perfecto en la aportación que realiza otra de las grandes especialistas en la materia, la Profesora Ramón Chornet, donde se examina la Estrategia Global para la PESC adoptada en 2016, a la luz de la cual se reafirma la condición geoestratégica de nuestro país como frontera sur de la UE y, por consiguiente, su contribución a una PCSD que parece al fin salir de su letargo. Una posición que convierte asimismo a España en uno de los principales promotores de la instauración y consolidación de la dimensión exterior del actual ELSJ, tal y como se desprende del provechoso trabajo realizado por el Dr. Ruiz Díaz. La condición de España como frontera sur de la UE, por otro lado, confiere especial interés al estudio que realiza la Profesora López Jurado Romero de la Cruz acerca de la forma en que el Estado español ha resuelto la dialéctica seguridad-derechos humanos en las fronteras de Ceuta y Melilla. Cabe destacar asimismo la completa y enriquecedora contribución de la Profesora Díez Peralta y su balance acerca de la aplicación de la ESN de 2013 a uno de los entornos estratégicos calificados por esta como prioritarios: la región mediterránea.

Por su parte, el teniente coronel Díez Alcalde, desde la atalaya privilegiada que le confiere su posición de miembro de la Representación Militar de España ante la UE y antiguo analista del IEEEE, nos ofrece una extensa, experta y detallada visión de los escenarios de conflictividad en el Sahel y África Occidental y los desafíos de seguridad que proyectan más allá de sus límites fronterizos, y especialmente hacia Europa y nuestro país. De imprescindible lectura resulta también el excelente análisis y las propuestas de la Profesora Fernández Sola sobre la relación de España con la Federación Rusa y aquellos países que conforman lo que denomina espacio postsoviético desde el enfoque dado por la ESN de 2013. En la misma se hacía referencia asimismo a

la creciente importancia geoestratégica de Asia, de ahí la acertada inclusión de los extensos y bien documentados trabajos realizados por los Profesores Esteve Moltó y Marín Aís en sendos Capítulos dedicados al subcontinente indio y Asia-Pacífico, respectivamente, que aportan información esencial para entender los riesgos, amenazas, pero también las oportunidades de cooperación que se abren a nuestro país en estas regiones. Aunque sin duda alguna, América Latina constituye uno de los entornos estratégicos de vital importancia para España caracterizado en la actualidad por una gran volatilidad. De ahí la necesidad, como señala en su interesante aportación la Profesora Vanyó Vicedo, de combatir el crimen organizado transnacional y otros potenciadores de riesgos en las relaciones hispano-latinoamericanas.

Con buen criterio, el enfoque geoestratégico que preside este trabajo colectivo se ha completado con sendos Capítulos dedicados a dos espacios singulares: el marítimo, espacio tradicional para la seguridad de nuestro país pero enfrentado recientemente a desafíos que el Profesor Espaliú Berdud examina con profundidad y solvencia; y por otro, el ciberespacio, espacio virtual al que se refiere la reciente Estrategia de Ciberseguridad Nacional, cuyos elementos principales y alcance son objeto de una interesante visión comparada y no exenta de crítica por parte del Profesor Segura Serrano.

Nos encontramos, por tanto, ante una valiosa contribución doctrinal que convierte esta obra colectiva en lectura obligada para abordar, desde una visión actual del concepto de seguridad a la luz de la ESN de 2013, el nuevo marco político estratégico de la seguridad en España establecido tras la adopción en diciembre de 2017 de la ESN.

Elena del Mar GARCÍA RICO  
Universidad de Málaga

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.12>



SÖDERBAUM, F., *Rethinking Regionalism*, Londres, Palgrave, 2016, 252 pp.

Se ocupa de las regiones mundiales o internacionales, «unidades o subsistemas mayores que el “Estado”, pero menores que el sistema “global”» (p. 2). El regionalismo se refiere a las ideas, valores y políticas, que pretenden crear esas regiones y puede también significar un orden mundial. Desde finales de la década de 1980 ha experimentado un notable crecimiento. El libro de Söderbaum nos ofrece una aproximación general comprensiva acerca de las regiones y el regionalismo desde cuatro perspectivas interactuantes: histórica, comparativa, espacial y global, y una aproximación reflectivista y constructivista.

La perspectiva histórica presenta los orígenes, significados y evolución de las regiones como objetos y como campo de estudio, necesitadas de contextualización histórica y política. Se distinguen cuatro fases: 1) el regionalismo temprano de los sistemas de intercambio premodernos; 2) el viejo regionalismo, referido por unos a la integración regional internacional en Europa y por otros al mundo en desarrollo y sus problemas: desarrollo económico, construcción de la nación, cooperación regional, etc.; 3) el nuevo regionalismo de las últimas décadas del siglo XX, y 4) el regionalismo comparado de creciente diversidad y complejidad. A continuación se hace un recorrido histórico por la teoría regional, que exhibe su gran riqueza: aproximaciones neorrealistas, intergubernamentalismo liberal, aproximaciones funcionalistas e institucionalistas, constructivismo, aproximación al nuevo regionalismo (NRA). Söderbaum concluye este Capítulo 3 Aprendiendo de la Teoría destacando las diferencias entre las teorías racionalistas y las constructivistas. Las primeras parten de la anarquía del sistema y la dominación de los Estados, centrándose frecuentemente en la institucionalización del regionalismo; presentan, sin embargo, importantes lagunas y limita-

ciones, debidas en parte al modo positivista de estudiar el regionalismo, más preocupado por la metodología que por el contexto histórico y las circunstancias socio-económicas; las teorías racionalistas han sido diseñadas sobre todo para el caso de Europa y del predominio estatal. Las aproximaciones constructivistas tienen otras perspectivas teóricas pretendiendo una comprensión más profunda del regionalismo y la construcción de la región, un amplio y profundo análisis interdisciplinario de cómo se hacen y deshacen las regiones, «centradas en cómo los procesos de interacción social transforman los intereses, ideas e identidades y sus efectos sobre la construcción de la región (*región-building*)» (p. 60).

Los Capítulos 4 y 5 apuntan a la perspectiva comparativa, a un regionalismo aplicable más globalmente, pero todavía culturalmente sensible. La dominación abrumadora del foco eurocéntrico previno anteriormente las respuestas alternativas. La solución es ir más allá de ciertas construcciones y modelos europeos y atender a aspectos más extendidos y comparables. «La versión preferida del regionalismo comparativo es ecléctica e inclusiva» (p. 74).

A la perspectiva espacial del regionalismo contemporáneo están dedicados los Capítulos 6 a 10, que destacan su heterogeneidad. Al menos seis tipos de regiones: geográfico-ecológicas, culturales, económicas, administrativas, políticas y de seguridad pueden interactuar de varias maneras y en diferentes escalas territoriales. Las aproximaciones constructivistas y reflectivistas tratan de comprender para quién y con qué propósito las diferentes formas y diseños interactúan en el hacerse y deshacerse de las regiones. El viejo regionalismo de formas estatales se ha ido transformando en uno nuevo, más multidimensional, configurado por una pluralidad de actores estata-

les y no-estatales en variados campos de políticas en expansión. «La sociedad civil ha emergido como una fuerza dinámica en la re-espacialización de la vida social contemporánea» (p. 132).

Es necesario, sin embargo, superar esta diversidad y comprender los procesos por los que las regiones nacen y se consolidan. Söderbaum diseña y elabora entonces el «marco de “regionidad” (*“regionness” framework*) como un instrumento heurístico comparativo para comprender la construcción y solidificación de las regiones en términos de coherencia y comunidad regionales» (p. 161). Aunque el autor reconoce que esta aproximación por estadios puede ser insatisfactoria, es históricamente plausible y una ayuda para nuestra comprensión de la creciente regionalización en muchas partes del mundo. «El foco está en cómo diferentes actores perciben e interpretan la idea de una región y las nociones de regionidad [...] los intereses y las identidades se configuran en el proceso de interacción y comprensión intersubjetiva» (p. 162).

Los Capítulos 11 sobre el interregionalismo y 12 sobre las regiones en la gobernanza global se ocupan de la cuarta perspectiva, la global. El primero atiende a la diversidad del interregionalismo y al «anidamiento» de las relaciones interregionales con otras formas de cooperación en un marco de gobernanza multinivel. Se necesita un instrumental conceptual más amplio, que conceptualice las regiones como «actores compuestos» y un «interregionalismo complejo». «Un multilateralismo basado en las regiones —un “multilateralismo regional” o “multi-regionalismo”— produce una clase diferente de multilateralismo y tipo de gobernanza global que el provisto por las relaciones convencionales westfalias» (p. 193). En el Capítulo 12 sobre las regiones en la gobernanza global la cuestión clave es la comprensión y conceptualización de las relaciones entre diferentes modos de gobernanza (subnacional,

nacional, regional y global) anidados dentro de una estructura de gobernanza global multinivel. «El argumento básico es que la gobernanza global contemporánea tiene a la gobernanza regional como un ingrediente esencial, aunque no siempre como el más importante» (p. 215).

En las conclusiones Söderbaum se ciñe rigurosamente a las cuatro perspectivas enunciadas al comienzo de su obra y ahora formuladas como componentes de la revisión del regionalismo: 1.<sup>er</sup> componente: no se pueden comprender las raíces e historia del regionalismo si no se arranca desde antes de las dos Guerras Mundiales. «Es necesario adoptar una perspectiva histórica más larga, que reconoce el pluralismo del regionalismo en el tiempo y el espacio» (p. 217); 2.<sup>o</sup> componente: hay que superar una concepción embrionaria del espacio regional, favoreciendo una comprensión societal, que comprende y explica los procesos por los que las regiones son hechas y deshechas por los diferentes actores e instituciones. «Las regiones son proyectos políticos y sociales» (p. 219); 3.<sup>er</sup> componente: se aboga por una aproximación comparativa ecléctica. «La idea básica del marco de regionidad (*regionness framework*) es suministrar un instrumento heurístico para comparar la consolidación de regiones en el tiempo y el espacio» (p. 220); y 4.<sup>o</sup> componente: la comprensión de las regiones en la transformación global tiene que integrar la teoría regional con una aproximación global. «Una teoría social global debe desmitificar el concepto de globalización [...] tiene que ser una teoría acerca del orden mundial en transformación y la emergencia de una pauta de gobernanza multinivel, que tiene en cuenta el rol de las regiones y el regionalismo» (p. 222).

El libro de Söderbaum amplía el objeto de estudio más allá de la integración europea y de la integración regional internacional abriéndolo al regionalismo en diferentes tiempos, espacios y formas y nos ofrece una aproximación general

comprensiva. Ante el enfoque racionalista aboga por uno constructivista. La obra está estructurada con rigor, claridad y sobriedad y equilibra un serio conocimiento teórico con análisis empíricos del regionalismo, incluso en países en desarrollo. Finalmente lo relaciona y «anida»

en la gobernanza global. La obra de Söderbaum es una guía útil para introducir y guiar en el estudio del regionalismo y para repensarlo.

Nicolás MARISCAL

Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.13>

VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*, Oviedo, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2017, 390 pp.

En 2001, la Comisión Internacional sobre la Intervención y Soberanía de los Estados acuñaba el término «Responsabilidad de Proteger» en un intento de garantizar que, cuando un Estado no quisiera o no pudiera atajar las atrocidades que su población pudiera estar sufriendo, sería la comunidad internacional la encargada de hacerlo. Tiempo ha habido desde entonces para ponerlo en práctica y, aunque ha ido calando poco a poco en la sociedad internacional, los resultados distan aún de ser satisfactorios.

El título de la obra objeto de esta reseña refleja con claridad la cuestión principal a la que se ha enfrentado la Responsabilidad de Proteger: ¿se trata de un concepto político limitado al terreno de lo moral o una norma, por más que sea en formación, con consecuencias en caso de incumplimiento? Esa disyuntiva aflora, de hecho, de manera recurrente en distintos Capítulos del libro, aunque la autora parece rendirse finalmente a la evidencia, al subrayar (p. 361) la necesidad de perfilar los aspectos más controvertidos de la Responsabilidad de Proteger y así «elaborar en un futuro una norma que obligue de una vez por todas a los Estados».

Un análisis que, como el de este libro, se lleva a cabo dieciséis años después de que se acuñara el concepto, permite abordar la cuestión con la objetividad y claridad que el paso del tiempo proporciona, así como reflexionar sobre su

evolución y aplicación práctica. Por más que muchos lo hayan dado por muerto o irrealizable, no es esa la opinión de la Dra. Vázquez Rodríguez (tampoco la de quien esto escribe), que se muestra convencida de la necesidad de mejorarlo y evitar que caiga en el olvido. Todo ello se acomete con una claridad en la exposición y una lucidez argumental que permiten al lector construir una visión exacta y ordenada de la cuestión. La estructura se ajusta, de hecho, fielmente a ese esfuerzo en la sistemática. Aunque no aparezca formalmente en el índice, su contenido podría dividirse en dos partes claramente diferenciadas: la referida al nacimiento y evolución del concepto (Caps. I y II) y la que se dedica a un análisis detallado de su aplicación práctica (Caps. III, IV y V).

Los dos primeros Capítulos se destinan a delimitar y aclarar conceptos. Consagrar, en concreto, el primero de ellos a la intervención humanitaria era necesario para entender la implicación gradual de la sociedad internacional en la necesidad de proteger al ser humano. El segundo Capítulo es el que permite al lector conocer a fondo cómo aflora y qué es la Responsabilidad de Proteger. La autora desgana en él con destreza, evitando *irse por las ramas* (algo fácil en un concepto amplio y abierto a muchos matices como este), sus distintas facetas (prevención, reacción, reconstrucción), dedicando atención a la que más suspicacias ha suscitado (la responsabilidad

de reaccionar), y recordando al lector la necesidad de no relegar la faceta acaso menos controvertida pero igualmente necesaria, la preventiva (pp. 97-98).

Especialmente interesante es el Capítulo III, dedicado a las resoluciones del Consejo de Seguridad que incorporan la Responsabilidad de Proteger. Su análisis, aunque minucioso, evita convertirse en una mera descripción concatenada de su contenido. A tal fin, distingue dos tipos de resoluciones: las denominadas temáticas, de contenido general y en las que el concepto encuentra acomodo sin mayores problemas porque, como se afirma «no arriesgan nada» (p. 159), y las que se refieren a conflictos concretos, en donde el compromiso ha sido claramente menor (Sudán, Myanmar, Costa de Marfil, Yemen, República Centroafricana...). Sí, la Responsabilidad de Proteger ha encontrado hueco en las resoluciones del Consejo de Seguridad, pero con resultados no siempre satisfactorios. La población siria ha sido, probablemente, la que más ha sufrido las consecuencias de la errónea aplicación del concepto en el conflicto de Libia en 2011. Y son, por su relevancia, estos dos casos de la práctica los que sirven a la autora para recordar que, aunque no sea su único componente, la responsabilidad de *reaccionar* ante catástrofes humanitarias es un elemento que no puede dejarse al margen y que, si el Consejo de Seguridad es incapaz de afrontarla, las consecuencias pueden ser nefastas (p. 202). Al veto, responsable principal de la inacción de este órgano, y a su reforma se dedican varias páginas (pp. 214-227), en el entendido de que, aunque difícil, es necesario acometerla para la plena puesta en marcha de la Responsabilidad de Proteger.

Los dos últimos Capítulos (IV y V) permiten comprobar la aplicación práctica del concepto, exponiendo las posturas de Estados y organizaciones al respecto. Aunque algunos de sus párrafos puedan *prima facie* parecer exhaustivos y/o repetitivos, incluirlos era conveniente y aun

necesario. Sorprende en ellos comprobar cómo Estados oficialmente partidarios de la doctrina (Francia, Estados Unidos, Reino Unido), demuestran un trato desigual a la hora de aplicarla a según qué situaciones. ¿Encajaría, por ejemplo, la Responsabilidad de Proteger en el actual discurso *America first* que el Gobierno estadounidense consagra en su Estrategia de Seguridad Nacional de diciembre de 2017?

Obligada era también la referencia a España, firme defensora del concepto, aunque no puede la autora del libro dejar de criticar la reforma de la jurisdicción universal operada por la LO 1/2014 (pp. 279-280). Y es que, por más que no sea suficiente para socavar el apoyo de España al mismo, cualquier facilidad que se dé a los autores de los crímenes internacionales contra los que la Responsabilidad de Proteger actúa no debe ser bienvenida.

*Nacimiento, auge y decadencia de la Responsabilidad de Proteger* (Granada, Comares, 2014) fue el título elegido para una obra en la que el Profesor Gutiérrez Espada y quien esta reseña acomete, hacíamos un repaso del concepto. Decadencia porque el principio, aunque asentado, no se había desarrollado aún en plenitud. Esa idea es también la que se aprecia en el libro de la Profesora Vázquez Rodríguez, pero como también ella se encarga de subrayar, acaso no deberíamos olvidar que la responsabilidad de proteger es algo más: es también reconstruir y, sobre todo, prevenir. Esa es, parece, la línea que, quizá rendido a la evidencia, el actual secretario general de la ONU ha defendido (como lo hiciera su predecesor en el cargo) en el Informe de agosto de 2017 sobre la aplicación de la Responsabilidad de Proteger y en el que denuncia la brecha «entre nuestro compromiso declarado en favor de la responsabilidad de proteger y la realidad cotidiana con que se enfrentan las poblaciones».

Ha habido avances, sí, y la autora lo pone de relieve, pero como ella señala aún hay que «perfilar y desarrollar con

mayor detalle jurídico los aspectos que generan mayor controversia para elaborar en un futuro una norma que obligue de una vez por todas a los Estados» (pp. 361-362). Y, aunque como también reconoce, no todo lo moralmente deseable es «siempre jurídicamente posible», publicaciones como esta son necesarias, precisamente para denunciar errores, remover conciencias y promover cambios.

Es esta, en definitiva y por todo lo señalado, una obra altamente recomendable, en la que su autora ha sabido salir airoso de la difícil tarea de enfrentarse a una cuestión de compleja naturaleza jurídica e ineludibles tintes políticos.

María José CERVELL HORTAL  
Universidad de Murcia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.2.2018.4.14>



## REGLAS EDITORIALES

Las personas interesadas en enviar trabajos a la *REDI* pueden consultar las instrucciones en <http://www.revista-redi.es/es/envio-de-trabajos/>.

Las líneas de investigación actualizadas están publicadas en <http://www.revista-redi.es/es/lineas-de-investigacion/>.

Las normas de estilo se encuentran en <http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2017/07/Normas-de-publicaci%C3%B3n-en-REDI-27.10.2017.pdf>.

*Note aux auteurs:* les règles de style, ainsi que les lignes éditoriales de la Revue, se trouvent ici: <http://www.revista-redi.es/en/>.

*Note to contributors:* the editorial rules and guidelines are published under <http://www.revista-redi.es/en/>.

