





REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOLUMEN 69  
2017, NÚM. 1  
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—  
MARCIAL PONS

MADRID-2017

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

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

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

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISSN: 0034-9380

E-ISSN: 2387-1253

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

Depósito legal: M. 520-1958

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.

C/ Antonio Gaudí, 15

Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)

MADRID, 2017

# **REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL**

## **DIRECTORA**

Araceli MANGAS MARTÍN  
Universidad Complutense de Madrid

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

José Luis DE CASTRO  
Universidad del País Vasco

Manuel DESANTES REAL  
Universidad de Alicante

Carlos ESPÓSITO MASSICCI  
Universidad Autónoma de Madrid

Federico GARAU  
Universidad de las Islas Baleares

LUIS M. HINOJOSA MARTÍNEZ  
Universidad de Granada

Irene RODRÍGUEZ MANZANO  
Universidad de Santiago de Compostela

José Manuel SOBRINO HEREDIA  
Universidad de A Coruña

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. CANÇADO TRINDADE  
Universidad de Brasilia

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS  
Universidad Complutense de Madrid

José Antonio PASTOR RIDRUEJO  
Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA  
Universidad Nacional de Educación  
a Distancia

Fausto POCAR  
Universidad de Milán

Antonio REMIRO BROTONS  
Universidad Autónoma de Madrid

Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS  
Universidad Complutense de Madrid

Linda SILBERMAN  
New York University

Christian TOMUSCHAT  
Humboldt Universität

Tullio R. TREVES  
Universidad de Milán

## **SECRETARÍA DE LA REVISTA**

Marta REQUEJO ISIDRO  
Universidad de Santiago de Compostela  
Max Planck Institute for Procedural Law, Luxembourg

### *Redactores*

Marta Abegón - Arantxa Gandía - Mercedes Guinea  
Patricia Orejudo - Francisco Pascual

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. El Derecho internacional en los albores del siglo XXI: luces y sombras.....	13
<b>I. ESTUDIOS/STUDIES</b>	
ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., <i>¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?</i> .....	19
— What conflict rule should be adopted to determine the law applicable to preliminary questions on which the succession may depend?	
ARENAS GARCÍA, R., <i>El legislador europeo y el DIPr de sociedades en la UE</i> .....	49
— The European legislator and the Private International Law of companies in the EU	
DE MIGUEL ASENSIO, P. A., <i>Competencia y Derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea</i> .....	75
— Jurisdiction and applicable law in the new EU General Data Protection Regulation	
ESTEBAN DE LA ROSA, F., <i>Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo</i> .....	109
— Consumer complaints' regime in the new European law on alternative and on-line consumer dispute resolution	
RODRÍGUEZ PINEAU, E., <i>La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo</i> .....	139
— Regulation Brussels II bis recast: Reflections on the role of European Private International Law	
RODRIGO, Á. J. y ABEGÓN, M., <i>El concepto y efectos de los tratados de protección de intereses generales de la comunidad internacional</i> .....	167
— The concept and effects of treaties for the protection of general interests of the international community	
PÉREZ GONZÁLEZ, C., <i>¿Un Derecho internacional del deporte? Reflexiones en torno a una rama del Derecho internacional in statu nascendi</i> .....	195
— An international Sports Law? Some reflections about a branch of Public International Law <i>in statu nascendi</i>	
CORTI VARELA, J., <i>El principio de precaución en la jurisprudencia internacional</i> ...	219
— The precautionary principle in international case law	
CALVET MARTÍNEZ, E., <i>Retos de la ayuda humanitaria en conflictos armados prolongados: el rol creciente de los agentes locales</i> .....	245
— Challenges of humanitarian aid in protracted armed conflict: the increasing role of local agents	

## II. FORO/FORUM

DESARROLLO SOSTENIBLE Y AGENDA 2030/SUSTAINABLE  
DEVELOPMENT AND AGENDA 2030

MESSENGER, G., <i>El rol de Derecho internacional dentro del desarrollo sostenible y la agenda 2030</i> .....	271
CARDESA-SALZMANN, A. y PIGRAU SOLÉ, A., <i>La agenda 2030 y los objetivos para el desarrollo sostenible. Una mirada crítica sobre su aportación a la gobernanza global en términos de justicia distributiva y sostenibilidad ambiental</i> .....	279

UNIÓN EUROPEA E INVERSIONES: MECANISMOS DE SOLUCIÓN  
DE CONTROVERSIAS/THE EU AND INVESTMENTS: MECHANISMS  
FOR DISPUTE SETTLEMENT

PASCUAL VIVES, F., <i>La Unión Europea y el arbitraje de inversión en el CETA y el TTIP</i> .....	287
FACH GÓMEZ, K., <i>Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado</i> .....	295

## III. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY

<i>Recensiones</i> .....	303
Book reviews	
ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), <i>Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)</i> , Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2015, 1.063 pp., por Mariano J. Aznar Gómez .....	303
ARREDONDO, R., <i>Derecho diplomático y consular</i> , Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, 310 pp., por Javier Roldán Barbero .....	305
GASCÓN INCHAUSTI, F., <i>Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 294 pp., por Miguel Gómez Jene.....	307
GIORGETTI, C. (ed.), <i>Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals</i> , Leiden-Boston, Brill, 2015, 428 pp., por Katia Fach Gómez.....	309
GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J. (dirs.), <i>La Unión Europea como actor global de las relaciones internacionales. Retos y problemas seleccionados</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 465 pp., por Carmen Martínez Capdevila .....	310
MARTÍNEZ LILLO, P. A. y ESTEFANÍA, J. (coords.), <i>América Latina: un nuevo contrato social</i> , Madrid, Marcial Pons/Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, 2016, 346 pp., por José Antonio Sanahuja .....	312

	Pág.
PALAO MORENO, G. (ed.) y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (secr. red.), <i>Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 270 pp., por Lydia Esteve González.....	314
SOMMER, C., <i>Laudos arbitrales del CIADI</i> , Buenos Aires, Astrega, 2016, 387 pp., por Francisco Pascual Vives .....	316
VVAA, COLECCIÓN «ABOGACÍA INTERNACIONAL», <i>Unidad armónica del enfoque práctico y el rigor científico</i> , por Enrique Linares Rodríguez.....	320



## EDITORIAL

### **EL DERECHO INTERNACIONAL EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI: LUCES Y SOMBRAS**

Las luces y las sombras en el Derecho internacional han sido y siguen siendo tan abundantes que su tratamiento y análisis podrían dar lugar a un trabajo muy largo y complejo. Bajo esa perspectiva, no obstante, en la presente editorial vamos a brindar algunas reflexiones, sucintas y genéricas, sobre la evolución de dos grandes ideas que constituyen realmente la espina dorsal del ordenamiento: en primer lugar, el nivel de seguridad jurídica generado por sus fuentes y, en segundo lugar, la brecha existente entre la dimensión normativa de la disciplina y el plano del control del acatamiento de las normas, y en su caso de las sanciones que el incumplimiento acarrea.

1. Empiezo hablando del primero de los planos apuntados, el normativo, o lo que es lo mismo, del sistema de fuentes de la disciplina y del nivel de seguridad jurídica que esas fuentes generan. Pues bien, en este punto hay que decir que estamos ante un déficit tradicional del Derecho internacional. Sin embargo, contemplada la situación desde estos primeros años del siglo XXI y comparada con tiempos muy anteriores, es preciso dejar constancia de que esa seguridad ha mejorado. Ello es así porque si durante muy largo tiempo la fuente principal de la disciplina ha sido la costumbre —madre de la norma no escrita—, hoy, sin duda, el peso específico de los tratados —padres de la norma escrita— es muy superior al de la norma consuetudinaria. Y ahí está, para demostrar este aserto, el éxito que desde la creación de las Naciones Unidas, y justamente en su marco, está teniendo la codificación del Derecho internacional en temas tales como la protección de los derechos humanos, los propios tratados, las relaciones diplomáticas y consulares, la sucesión de Estados, los usos de los mares y océanos, la exploración del espacio ultraterrestre o la preservación del medio ambiente. Hay que destacar, además, las convenciones auspiciadas por las organizaciones sectoriales de la familia de las Naciones Unidas y las concluidas en el seno de organizaciones regionales como el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Organización de la Unidad Africana.

Pero la mayor importancia relativa que tienen hoy los tratados y sus normas derivadas —como las resoluciones de las organizaciones internaciona-

les— no ha supuesto ni mucho menos la desaparición de la costumbre, algo que hay que celebrar. Y las causas fundamentales de esta supervivencia son tres. La primera, debido a que si durante mucho tiempo el elemento que primaba en la formación de la norma consuetudinaria era el material —la práctica de los Estados, generalmente la de los más activos y poderosos, en las relaciones internacionales— hoy es mayor el peso del elemento espiritual u *opinio iuris* —a cuya formación pueden contribuir todos los Estados de la comunidad internacional—, lo que contribuye ciertamente a una mayor democratización de la costumbre. La segunda causa es que ha hecho acto de presencia una nueva forma o manifestación de la costumbre, la de carácter escrito, fenómeno del que tenemos una muestra tan importante como la constituida por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, relativa a los principios de Derecho internacional que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados. Y es que por dos veces la Corte Internacional de Justicia ha declarado que esos principios constituyen la expresión del Derecho internacional consuetudinario. La tercera y última causa es que normas convencionales adoptadas en una conferencia general de codificación pueden llegar a convertirse en consuetudinarias, obligando así a los Estados no partes en el tratado. En fin, la mayor actividad de la Corte Internacional de Justicia y de otras jurisdicciones internacionales está enriqueciendo la jurisprudencia, que puede ser considerada como una especie de costumbre judicial. Ciertamente, la seguridad jurídica en el Derecho internacional es mayor que en el pasado, y ello supone una zona de luz de la que hay que dejar constancia. Pero también es verdad que mientras la comunidad internacional no se dote de una verdadera institución legislativa al estilo de los parlamentos estatales —realidad que hoy ni siquiera se vislumbra— persistirán en la materia zonas de escasa iluminación.

Pero no solo la costumbre y los tratados imponen deberes a los Estados, porque para regular sus relaciones existen hoy pautas de conducta de otra procedencia. Se trata de los MOU'S o «acuerdos no normativos», frecuentes incluso en temas relevantes, generadores de obligaciones morales y políticas y que se observan habitualmente. Se trata igualmente de los llamados principios de *soft law*, resultantes de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y frecuentes por ejemplo en el importante ámbito de la ayuda al desarrollo, y con efectos similares a los de los MOU'S. Se trata finalmente de los entendimientos conseguidos en el seno de grupos restringidos e informales de Estados, como por ejemplo el llamado G-20, con un importante impacto en el sistema financiero internacional. Es evidente que la seguridad jurídica que brindan las obligaciones resultantes de estos instrumentos no es la óptima ni mucho menos y que sería preferible, por supuesto, que se impusiesen por la vía de tratados. Es de aplaudir, sin embargo, todo lo que sea limitar la soberanía de los Estados imponiéndoles patrones de comportamiento.

2. En cuanto al segundo de los planos antes apuntados —el del control del cumplimiento de las normas y la imposición de sanciones— aclaro que

me refiero a las instituciones y mecanismos encargados de esas funciones. Y sobre este punto hay que decir que los Estados se muestran más dispuestos a la aceptación convencional de las normas que a la creación de procedimientos e instituciones que velen por su cumplimiento.

Y en este orden de ideas me ocupo ahora de la gran cuestión de la solución de las controversias entre Estados, tema que en el aspecto normativo no deja nada que desear, pues el principio esencial que impone la Carta de las Naciones Unidas en su art. 33, y reafirma la citada Resolución 2625 (XXV), proclama el deber de los Estados de solucionar pacíficamente aquellas controversias cuya continuación sea susceptible de hacer peligrar la paz y seguridad internacionales. Estamos, pues, como punto de partida, ante una zona de luz, pero que se oscurece enseguida porque la norma en cuestión obliga únicamente a *tratar (sic)*, o a intentar la búsqueda de la solución. Y por si esto fuese poco, esa búsqueda debe hacerse de conformidad con el principio de la libertad de elección de medios. Se trata, pues, de una manifestación del primitivismo del Derecho internacional, pues si la Carta prohíbe la guerra como *ultima ratio* para el arreglo de las disputas entre Estados, lo lógico y coherente hubiese sido imponer el deber de lograr o conseguir, no solo de intentar, la solución efectiva de esas disputas. Así las cosas, bien puede decirse que nos hallamos en una zona de sombra del Derecho internacional.

Es cierto que en esta zona de oscuridad penetra algún rayo de luz que nos sitúa más bien en un espacio de penumbra. Ello se produce cuando por vía unilateral o convencional los Estados asumen la obligación de arreglar las controversias por alguno de los medios usuales, incluso a través del recurso a una institución jurisdiccional (tribunal o instancia arbitral). Ubicándonos en el caso de la Corte Internacional de Justicia es preciso apuntar que su Estatuto prevé ambas vías. En cuanto a la aceptación por vía unilateral, hay que decir que es la que tiene lugar cuando, con base en el párr. 2 del art. 36, los Estados formulan declaraciones unilaterales aceptando la competencia de la Corte para el conocimiento de asuntos en que coincida el mismo tipo de declaración del otro Estado parte en la controversia. Señalo que, hasta el otoño de 2016, el número de Estados que han hecho este tipo de declaraciones es de setenta y dos, menos de la mitad de los miembros de las Naciones Unidas. Y añado que la efectividad de muchas de ellas está enervada por declaraciones y reservas que restringen su alcance. Además, Estados muy activos en las relaciones internacionales, como son cuatro de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos de América, Rusia, China y Francia), son ajenos a ese mecanismo por haber retirado o no haber emitido las declaraciones en cuestión. Y contemplada la actuación de la Corte en un largo periodo de tiempo, el comprendido entre el inicio de sus funciones el 25 de mayo de 1947 y el mes de noviembre de 2016, se comprueba que solo se han inscrito en su registro 164 casos, siendo así que la cifra de controversias entre Estados surgidas durante ese tiempo es sin duda muy superior. Y aunque algunas de esas controversias hayan sido planteadas y resueltas por tribunales arbitrales, está claro que el arreglo jurisdiccional de las disputas, que es a

todas luces el medio de solución deseable, ni goza de buena salud, ni en su conjunto se sitúa en una zona de luz de la disciplina sino, todo lo más, en un espacio de penumbra medianamente iluminado.

3. Pasamos ahora a considerar una de las cuestiones en que es más ancha, grave y preocupante la brecha existente entre la norma, el método de control de su cumplimiento y la imposición de las sanciones pertinentes. Me refiero a uno de los más importantes principios normativos que enuncia la Carta de las Naciones Unidas (en el párr. 4 de su art. 2): el que prohíbe la amenaza y uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. Cabe ver en dicho principio un caso de la penetración del valor de la moralización en la disciplina, cuya presencia significa un claro progreso respecto a etapas anteriores del Derecho internacional, en las que la guerra era considerada un atributo de la soberanía del Estado.

Pero este progreso se esfuma cuando se constatan las violaciones del principio y la adopción en ese caso de las sanciones correspondientes, decisión que se deja, en virtud de la Carta, al arbitrio de los Estados más poderosos del mundo y los más activos en las relaciones internacionales (los miembros permanentes del Consejo de Seguridad) que, mediante el veto, pueden impedir la adopción de las decisiones en cuestión. Y, de hecho, la utilización de estos vetos, o la amenaza de usarlos, han sido muy frecuentes a lo largo del periodo de la guerra fría y en tiempos posteriores. Pero incluso sin riesgo de veto, los Estados pueden mostrarse reticentes o nada favorables a la puesta en marcha de medidas coercitivas que impliquen el uso de la fuerza, que es la sanción mayor que se pueda tomar contra el Estado agresor. Las razones expuestas explicarían la existencia, desde la creación de las Naciones Unidas en 1945, de un alto número de conflictos armados que no han sido objeto de la acción disuasoria o sancionadora del Consejo de Seguridad. Y ello explica también que, produciéndose en estos últimos años episodios de uso de la fuerza como la apropiación de la península de Crimea por Rusia, la preocupante guerra en Siria con implicación internacional y los gravísimos y masivos crímenes de toda índole que perpetra el llamado Estado islámico, estos no sean objeto de la acción coercitiva de la comunidad internacional. Estamos, pues, ante una severa zona de sombra del Derecho internacional, sin duda la más grave en términos de consecuencias de todo tipo para los seres humanos. Y lo que es peor, la situación no tiene visos de desaparecer.

En relación con el uso de la fuerza existe otro sector normativo en la disciplina, que es el llamado Derecho internacional humanitario, en el que la brecha entre el plano normativo y la dimensión de su cumplimiento es abismal, pues únicamente existen las recomendaciones de las llamadas potencias protectoras y los informes de comisiones de investigación, necesitados unos y otros del consentimiento de los litigantes para cumplir sus funciones. Cuando se trata, sin embargo, del castigo de las personas físicas autoras de los crímenes de guerra se registran casos de actuaciones jurisdiccionales nacionales e internacionales.



4. En materia de derechos humanos, la codificación se puede decir que ha alcanzado niveles encomiables, tanto en el marco mundial de las Naciones Unidas como en el marco regional de organizaciones tales como el Consejo de Europa y la Unión Europea, la OEA y Unidad Africana —aunque falta un tratado en el continente más poblado del mundo, que es Asia—. Pero si de este plano pasamos al de los mecanismos de control y sanción, la valoración no puede ser tan satisfactoria. Existen ciertamente instituciones jurisdiccionales que velan por el respeto de los derechos fundamentales en el seno de los tres sistemas regionales citados, pero no en el marco de las Naciones Unidas, que sí cuenta de todos modos con procedimientos muy de apreciar. Sin embargo, es preciso poner de relieve que continúan existiendo en el planeta situaciones de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, y entre ellas las perpetradas últimamente contra miles y miles de seres humanos que, huyendo de la guerra, intentan encontrar refugio en países del viejo continente. En suma, pues, zonas de luz y de sombra en la materia, aunque progreso en su conjunto respecto a épocas muy anteriores.

5. En las líneas precedentes he brindado algunas reflexiones sobre las luces y las sombras que se manifiestan en los albores del presente siglo en dos cuestiones esenciales del Derecho internacional: la seguridad jurídica y el control de cumplimiento de las normas y en su caso la imposición de sanciones. Y si sobre el primero de ellos el espacio de sombra se ha reducido, y ensanchado el de luz, en el segundo persisten profundas zonas de oscuridad en el ámbito esencial del mantenimiento de la paz entre los Estados.

José Antonio PASTOR RIDRUEJO  
Catedrático de Derecho Internacional Público,  
Universidad Complutense de Madrid  
Antiguo Juez de Tribunal Europeo de Derechos Humanos



## ¿QUÉ NORMA DE CONFLICTO DE LEYES HAY QUE ADOPTAR PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE A LAS CUESTIONES PREVIAS A EFECTOS DE LA SUCESIÓN?\*

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CUESTIÓN PREVIA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—2.1. Una aproximación clásica y formal.—2.1.1. El problema de la pregunta.—2.1.2. El problema de las soluciones.—2.2. Una aproximación funcional sustantiva.—2.3. Una aproximación funcional de proximidad.—2.4. Tratado de indecisión.—3. LA ARTICULACIÓN DE UNA RESPUESTA EN TÉRMINOS DE LEY APLICABLE.—3.1. Los déficits de la pregunta: el progresivo desplazamiento de las cuestiones de ley aplicable por el «método» del reconocimiento.—3.2. Las respuestas dadas a la Pregunta núm. 13 del Libro Verde.—3.3. Los precedentes en el Derecho de la UE.—3.4. Las señales contrapuestas procedentes de la Comisión y del Parlamento en materia sucesoria.—3.5. Las señales contrapuestas procedentes de la doctrina.—4. RECAPITULACIÓN.—4.1. La delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento como factor de solución implícita.—4.2. Armonía interna *versus* armonía internacional en la UE.—5. CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. Aunque el tiempo pasa que es una barbaridad, los familiarizados con el tema de las sucesiones internacionales habrán identificado en el título de las presentes reflexiones la Pregunta núm. 13 de las que se formulaban en el Libro Verde Sucesiones y Testamentos<sup>1</sup>. Decía entonces la Comisión que «la ley aplicable a la sucesión hace a veces depender su liquidación de la respuesta a una cuestión llamada “previa”, que puede regularse por otra ley: validez de un matrimonio o de una unión de hecho, determinación de una

---

\* El presente trabajo se realizó en el marco del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i, «Sucesiones internacionales. El Reglamento 650/2012 y su interacción con el Derecho civil nacional» (Ref. DER2013-43391-R), subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER, y dentro del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia (exp. GPC2014/024). Santiago Álvarez González es Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Santiago de Compostela. Email del autor: [santiago.alvarez@usc.es](mailto:santiago.alvarez@usc.es).

<sup>1</sup> Bruselas, 1 de marzo de 2005, COM(2005) 65 final.

filiación, etc.». Y a continuación lanzaba la pregunta. Una pregunta que quizá no fue del todo bien comprendida. Las respuestas dadas desde España resultan elocuentes en este sentido: tan heterogéneas como, en algunos casos, pintorescas<sup>2</sup>. El lector iniciado sabrá que hay que pasar de puntillas sobre dichas respuestas; no debe destinarse más tiempo del empleado en leerlas para tratar de articularlas. Es imposible.

2. La Pregunta núm. 13 planteaba una incógnita que once años después sigue sin una respuesta clara. En descargo de esta ausencia y de tan heterogénea comprensión, hay que adelantar que quizá no estuvo bien formulada o que se formuló con cierta dosis de anacronismo. Más propia de cuarenta o cincuenta años antes y ajena a la evolución moderna del Derecho internacional privado (DIPr), al ámbito de integración en el que se formulaba y a la retracción del llamado método del conflicto de leyes para abordar una parte significativa de las cuestiones previas que la Comisión tenía en mente.

3. En cualquier caso, se trata de una pregunta que hace referencia a un problema real o que puede ser real: nociones cruciales en el Derecho de sucesiones, como la de cónyuge, viudo o viuda, hijos o descendientes, ascendientes, parentesco hasta determinado grado, conviviente en pareja estable, registrada o no... están fuera de la regulación del Reglamento 650/2012<sup>3</sup>, y potencialmente dentro de la sucesión. Su art. 1.2.a) señala expresamente que: «Quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: a) el estado civil de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que, con arreglo a la ley aplicable a las mismas, tengan efectos comparables»<sup>4</sup>. Exclusión que hace referencia a realidades imprescindibles que condicionan o determinan la sucesión.

4. El Reglamento decide cuál es la ley aplicable a la sucesión *mortis causa* y esta decidirá si el cónyuge tiene o no derechos hereditarios, si los tienen los hijos o descendientes, si los ascendientes, si el superviviente de la pareja estable o registrada. Su art. 23.2.b) establece que la ley sucesoria regirá en particular «la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites». Lo que no dice el Reglamento es quién es cónyuge, quién hijo, etc. Se trata esta de una de las cuestiones que quedan fuera del Reglamento y que pueden socavar una de las finalidades más reconocibles de los reglamentos, de todos ellos en general, cual es la

---

<sup>2</sup> Los documentos relativos al Libro Verde y a las respuestas al mismo los consulto en [ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/050301\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/050301_en.htm), por lo que no haré subsiguientes referencias a este sitio.

<sup>3</sup> Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201, de 27 de julio de 2012). En adelante, el Reglamento.

<sup>4</sup> El apartado d) del mismo precepto excluye también «las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, así como a los regímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio».

consecución de una misma solución para una misma situación sea cual sea el Estado miembro (EM) en el que se plantee<sup>5</sup>. Trasladada la idea a las sucesiones internacionales, ello significaría la exigencia de una misma solución para la misma sucesión<sup>6</sup>. Y ello puede chocar tanto con la diversidad del Derecho comparado cuanto con la distinta concepción, el distinto método que se emplee en cada EM para resolver aquellas incógnitas. Además, aunque se haya querido rebajar el problema por las peculiares relaciones y la evolución en cierto modo convergente del Derecho entre los EM<sup>7</sup>, lo cierto es que el carácter *erga omnes* del Reglamento (art. 20) hace que la ley aplicable a la sucesión pueda ser tanto la francesa o la alemana, como la senegalesa o la de Corea del Sur. Pero es que, además, incluso sin salir de la UE el concepto de «cónyuge» no es unívoco: baste señalar los EM en los que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo y aquellos en los que aún no. Y otro tanto puede decirse en relación con el vínculo de filiación. Aunque la generalización de las acciones de filiación y las pruebas de ADN rebajan sensiblemente las diferencias en cuanto a las soluciones últimas, siguen existiendo diferencias técnicas (presunciones de paternidad, requisitos o condiciones del reconocimiento voluntario de paternidad...) o radicales, como pueda ser la aceptación o no de la filiación entre los comitentes (padres y o madres de intención) y los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>8</sup>.

5. Debo ya señalar que aunque los ejemplos típicos son los referidos, el rango de cuestiones que pueden caer dentro del concepto «cuestión previa» resulta de muy difícil determinación, pues es precisamente la indefinición del concepto una de sus características (y debilidades) más notorias<sup>9</sup>. Se podrían incluir también aspectos que tengan que ver con la propiedad de bienes presuntamente integrantes del patrimonio hereditario o con la existencia y validez de créditos que pueden determinar también el volumen de dicho patrimonio<sup>10</sup>, la validez de una donación a los efectos de su eventual cómputo,

<sup>5</sup> Se suelen citar recurrentemente el cdo. 6 del Reglamento 593/2008 (Roma I) y el cdo. 6 del Reglamento o 864/2007 (Roma II), si bien hay que matizar que estos hablan, no de la misma solución, sino de «la misma ley nacional».

<sup>6</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento 650/2012: algunos temas seleccionados», *El nuevo marco de las sucesiones en la Unión Europea*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 43-74, esp. pp. 67-68.

<sup>7</sup> SCHURIG, K., «Das internationale Erbrecht wird europäisch - Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung», *Festschrift für Ulrich Spellenberg: Zum 70. Geburtstag*, Múnich, Sellier, 2010, pp. 343-353, esp. pp. 350-351.

<sup>8</sup> Entre los escasos ejemplos de cuestión previa de filiación en nuestra práctica judicial reciente véase la SAP de Málaga, de 5 de junio de 1993 (AC 1993/1882), aplicación del art. 9.8 CC a la sucesión y del art. 9.4 CC a la filiación (MASEDA RODRÍGUEZ, J., «Sucesión internacional: algunos problemas relativos a la aplicación de la norma de conflicto a través de la reciente práctica jurisdiccional española», *Dereito*, vol. 16, 2007, núm. 1, pp. 295-322, esp. pp. 313-316).

<sup>9</sup> MÄSCH, G., «Zur Vorfrage im europäischen IPR», en LEIBLE, S. y UNBERATH, H. (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Sipplingen, JWV, 2013, pp. 201-221, esp. pp. 216-217. Las referencias se harán a este trabajo y no al más reciente del mismo autor «Preliminary Question», en LEIBLE, S. (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Países Bajos, Kluwer, 2016, pp. 101-116, que apenas cambia nada. *Infra* núms. 9 y ss. y 13 y ss.

<sup>10</sup> Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on juris-

imputación, reducción o colación<sup>11</sup>, o la determinación del régimen económico matrimonial<sup>12</sup>, entre otros.

6. *Dónde*, en qué ley, buscar las respuestas a estas y similares dudas era, creo, la pretensión de la Pregunta núm. 13 del Libro Verde, aunque realmente fue más allá e introdujo una acotación accesoria situándose en el *cómo*: a través de qué norma de conflicto. La Comisión hace en cierta medida hipótesis de la cuestión: saber quién es el cónyuge viudo, o el hijo, o el conviviente..., ¿necesita de una norma de conflicto?

7. La Pregunta núm. 13 abrazó una concepción clásica y hoy creo que en gran medida cuestionada y/o superada de la llamada «cuestión previa». En los siguientes apartados intentaré describir muy sucintamente en qué consiste esta cuestión previa, lo que puede derivarse, si es que existe algún denominador claro, de las respuestas dadas a la pregunta por parte de quienes respondieron al Libro Verde y, por último, los condicionantes de las respuestas que pueden darse, no a la pregunta, sino al problema subyacente. El análisis será esencialmente especulativo, apoyado en la doctrina (en especial la alemana, por ser la que más se ha ocupado del tema) y mezclará desarrollos centrados en las sucesiones con otros inevitablemente genéricos. Con ello, además de seguir indagando en lo que el Reglamento deja al albur de sus extramuros, trataré de conjurar la *triskaidekaphobia* y de arrojar luz sobre un problema de indudable trascendencia práctica. Adelanto ya, para quien busque respuestas categóricas, que este viaje no lleva a ningún puerto seguro, por lo que su valor, si alguno, habrá de buscarse en el camino. Quien sea adicto a las certezas puede ahorrárselo.

8. Una última acotación: comoquiera que el espacio es limitado y las posibles respuestas a la Pregunta núm. 13 de enjundia suficiente, no abordaré el capital tema de la inadaptación o desajuste que puede aparecer en la aplicación de la ley rectora de la cuestión principal, una vez resuelta la cuestión previa. Ciertamente no solo basta con saber si hay matrimonio o si hay vínculo de filiación, etc., sino de saber si el matrimonio o la filiación que existen son equiparables a los que prevé el estatuto sucesorio. Hoy ya no vale la afirmación de Leo Raape según la cual «hay que tener en cuenta —decía— el hecho de que matrimonio vale [como] matrimonio y que el parentesco matrimonial vale [como] parentesco matrimonial [...] podemos pues evitar el examen sobre si el matrimonio, en el sentido de la ley de conclusión del mismo y en el sentido de la ley [rectora] de la sucesión significa

---

diction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», núms. 5 y ss.

<sup>11</sup> CORNELOUP, S., «Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé», *Travaux du comité français de droit international privé*, 2011-2012, pp. 189-222, esp. p. 191.

<sup>12</sup> KLEINSCHMIDT, J., «Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht», *RabelsZ*, 2013, pp. 723-785, esp. p. 764. Entre los escasísimos ejemplos de la práctica judicial, STS núm. 1148/2004, de 2 de diciembre (RJ 2004/7908): aplicación del art. 9.8 CC a la sucesión y de los arts. 9.2 y 9.3 CC al régimen económico matrimonial.

lo mismo»<sup>13</sup>. Hoy en día lo que significa «matrimonio» y, consiguientemente, cónyuge puede ser muy distinto en los diversos ordenamientos jurídicos. Ambos aspectos, el sí y el qué, suelen ir del brazo, pero aquí me limitaré exclusivamente a desgranar las posibles respuestas a la Pregunta núm. 13 y los problemas que (todas) ellas plantean.

## 2. LA CUESTIÓN PREVIA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### 2.1. Una aproximación clásica y formal

#### 2.1.1. *El problema de la pregunta*

9. Sin pretensión ni posibilidad de exhaustividad creo necesario decir por qué he considerado la pregunta deficientemente formulada y para ello es preciso señalar (o aventurar) qué tenía en mente la Comisión al plantearla.

10. Como en el anterior epígrafe adelanté, la Comisión pregunta por una «norma de conflicto». Qué norma de conflicto hay que adoptar... Presupone que saber quién es el hijo, el viudo, el conviviente del causante, lo decide una determinada ley y que esa ley se identifica a través de una norma de conflicto. Está, de esta forma, asumiendo una visión en cierto modo clásica —y en todo caso reconocible— del llamado problema de la «cuestión previa». Determinada la ley aplicable a la *cuestión principal*, en el caso que nos ocupa y por simplificar, la ley sucesoria, de la forma que fuere (hoy a través de los arts. 21 y ss. del Reglamento), sería preciso resolver una *cuestión previa* que, *a priori*, podría recibir respuestas diferentes (porque si no fuese así no habría problema).

11. No obstante, incluso dentro de estos parámetros clásicos, debe acordarse que no existe ni siquiera un acuerdo sobre la fisonomía de la «cuestión previa»; sobre qué entender por «cuestión previa». La misma terminología se utiliza para hacer referencia a cuestiones distintas que aparecen incluso en momentos distintos en el proceso de identificación de la ley aplicable. Para muestra, varios ejemplos ilustrativos sacados de la doctrina española: mientras que algunos vinculan el problema al *supuesto de hecho* de la norma de conflicto<sup>14</sup>, otros lo vinculan a su *consecuencia jurídica*<sup>15</sup>. Nada de extraño en una construcción esencialmente doctrinal, en la que las posturas son múltiples y variadas<sup>16</sup>, donde incluso se ha hablado de «cuestión previa» en

<sup>13</sup> RAAPE, L., «Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé», *Recueil des cours*, t. 50 (1934-IV), pp. 399-544, esp. p. 511.

<sup>14</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016, p. 312.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 9.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016, pp. 159-160.

<sup>16</sup> PECOURT GARCÍA, E., «Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Español y Americano*, 1966, pp. 11-60, esp. pp. 16 y 22 y ss., entre otras. Imprescindible.

relación con la interpretación y aplicación de las normas de nacionalidad del foro<sup>17</sup>. La doctrina alemana es más pulcra y en las dos posturas extraídas de la española diferenciaría una *Erstfrage* de una *Vorfrage*<sup>18</sup>, y después de marcar la diferencia, no es descartable que nos ofreciese la misma propuesta para solucionar ambas<sup>19</sup>. También se han distinguido dentro de las categorías en las que nos movemos la *Teilfrage*, la *Nachfrage* o la *Nebenfrage*, como figuras vinculadas entre sí y con la cuestión previa<sup>20</sup>. No resultan relevantes para nuestra Pregunta núm. 13, por lo que evitamos entrar en la discusión tanto sobre su existencia individualizada, cuanto sobre su recíproca delimitación<sup>21</sup>, pero sí es conveniente que nos quedemos con esta complejidad aparejada a la noción, al concepto. Y puestos a diferenciar, hay quien se libera del estricto marco de la ley aplicable y la norma de conflicto y habla también, asumiendo una cierta heterodoxia, de cuestiones previas en materia de competencia judicial internacional y de reconocimiento de decisiones<sup>22</sup>.

12. A mi juicio, la Pregunta núm. 13 del Libro Verde se refería a lo que podría considerarse como «cuestión previa» en sentido estricto o en el más clásico sentido. Un problema que aparece en la fase de aplicación de la ley sustantiva rectora de la cuestión principal y que es susceptible de recibir una respuesta desvinculada de la que recibe la cuestión principal. Tras la delimitación de sus perfiles por G. Melchior y W. Wengler (aunque el problema ya se había descrito antes)<sup>23</sup>, la cuestión previa toma una cierta carta de naturaleza a partir de la que se construyen todas sus variantes. Además, situados en el marco de la pregunta del Libro Verde, dicha respuesta desvinculada y potencialmente autónoma vendrá dada por una *norma de conflicto*. Será una respuesta sobre la «ley aplicable» a la cuestión previa<sup>24</sup>.

### 2.1.2. *El problema de las soluciones*

13. Reducida la categoría en los términos expuestos, lo primero que hay que señalar es que las potenciales respuestas, siempre en un plano teórico,

<sup>17</sup> SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «La cuestión previa en el Derecho español de la nacionalidad», *ADC*, 1977, pp. 763-807, esp. pp. 763-775, en lo que aquí nos interesa.

<sup>18</sup> BERNITT, C. Ch., *Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010, pp. 12 y ss. Eso sí, sin identificar la *Erstfrage* con la *Hauptfrage* (cuestión principal), como hacen CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 16.ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 481, quizá fruto de un mero *lapsus linguae*.

<sup>19</sup> GÖSSL, S. L., «Die Vorfrage im Internationalen Privatrecht der EU», *ZfRV*, 2011-2, pp. 65-72, esp. p. 71, de forma plenamente consciente (p. 67).

<sup>20</sup> Ya MELCHIOR, G., *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlín y Leipzig, W. de Gruyter, 1932, pp. 258-263.

<sup>21</sup> BERNITT, C. Ch., *op. cit.*, pp. 9-22.

<sup>22</sup> CORNELOUP, S., *op. cit.*, *passim*.

<sup>23</sup> MELCHIOR, G., *op. cit.*, pp. 245-265, con referencias a autores anteriores (KAHN, RAAPE, ANZILOTTI) a los que, sin embargo, no reconoce un tratamiento global del problema (pp. 248-249); WENGLER, W., «Die Vorfrage im Kollisionsrecht», *RabelsZ*, 1934, pp. 148-251.

<sup>24</sup> Así lo asume también para el Reglamento, BONOMI, A., «Art. 1», en BONOMI, A. y WAUTELET, P., *Derecho europeo de sucesiones*, Cizur Menor, Civitas, 2015, núms. 15-19.



son múltiples y muy heterogéneas. La historia doctrinal en torno a la cuestión previa solo es uniforme en un aspecto: la inexistencia de uniformidad. O, dicho de otro modo, la existencia de propuestas aparentemente firmes pero surtidas de tantas excepciones, matizaciones y flexibilizaciones que apenas cabe una sistematización fiel<sup>25</sup>.

14. No obstante, en este panorama es preciso reconocer que la gran opción que aparece en todas las aproximaciones doctrinales de forma recurrente es la preferencia por aplicar a la cuestión previa bien la norma de conflicto del foro (*lex formalis fori*, o solución independiente), bien la norma de conflicto de la *lex causae* rectora de la cuestión principal (*lex formalis causae* o solución dependiente). Y creo que debe también resaltarse que la segunda aparece como una excepción a la primera, y no al revés. Dicho con otras palabras, que existe una especie de originaria legitimación de la solución independiente que conduce a quienes defienden la contraria a soportar un mayor peso en la argumentación<sup>26</sup>.

15. En todo caso, lo cierto es que incluso en aquellas propuestas que huyen de dogmatismos y abogan por soluciones *ad hoc* para diferentes grupos de casos, la presencia de esta dualidad, al menos en el ámbito sucesorio en el que nos movemos, es tremendamente significativa de la fuerza tópica de esta gran opción<sup>27</sup>. Obviamente, esto pasa porque la cuestión principal se rija por una ley extranjera, aspecto estructural para algunos y no relevante para otros<sup>28</sup>; en caso contrario, es decir, estando regida la cuestión principal por la ley del foro, no habría alternativa real entre estas dos posturas. También hay que señalar desde ya que esta dualidad firme se ha visto aliñada a lo largo del tiempo por otras posibilidades: la más recurrente es el sometimiento de la cuestión previa a la ley sustantiva rectora de la principal<sup>29</sup>, pero también se ha barajado la ley material del foro<sup>30</sup>, la ley más estrechamente vinculada<sup>31</sup> (propuesta en la que me parece ver una cierta *desespecialización* o *desidentificación* del problema, que el autor no percibe), o soluciones funcionales dependiendo de la materia<sup>32</sup>.

<sup>25</sup> Paradigmático, por pionero, MELCHIOR, G., decidido defensor de la solución dependiente «salvo que concurren especiales razones en contrario» (p. 249).

<sup>26</sup> SCHURIG, K., «Die Struktur des Kollisionsrechtlichen Vorfragenproblems», *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75 Geburtstag*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1987, pp. 549-598.

<sup>27</sup> HENRICH, D., «Vorfragen im Familien-und Erbrecht: eine unendliche Geschichte», *Liber Amicorum Klaus Schurig*, Múnich, Sellier, 2012, pp. 63-72, esp. pp. 63-64.

<sup>28</sup> PECOURT GARCÍA, E., *op. cit.*, pp. 24-28, con referencias.

<sup>29</sup> El llamado «método de la absorción»: SCHMIDT, T. S., «The Incidental Question in Private International Law», *Recueil des Cours*, t. 233, 1992-II, pp. 303-415, esp. pp. 387-388.

<sup>30</sup> PECOURT GARCÍA, E., *op. cit.*, p. 16, en un plano hipotético que termina rechazando. NEHNE, T., *Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, pp. 203-204, contempla las cuatro vías señaladas para rechazar las dos últimas por ser incompatibles con la idea misma de cuestión previa.

<sup>31</sup> PECOURT GARCÍA, E., *op. cit.*, pp. 39 y ss., como propuesta firme de solución.

<sup>32</sup> Originalmente el método de la absorción vinculado a la ley aplicable a los alimentos es materialmente funcional y quizá, por ello, poco «exportable»: SOLOMON, D., «Die Anknüpfung von Vorfragen im Europäischen Internationalen Privatrecht», *Festschrift für Ulrich Spellenberg...*, *op. cit.*, pp. 355-370, esp. p. 362.

16. En este momento me limitaré a describir las dos opciones clásicas más la que ha adquirido una cierta consolidación (aplicación de la ley sustantiva rectora de la cuestión principal). Un ejemplo gráfico ayudará a simplificar los posteriores desarrollos: siendo aplicable por un juez español la ley francesa a una determinada sucesión, y surgiendo la duda sobre una filiación controvertida respecto del causante (alguien reclama ser su hijo), la decisión sobre la concurrencia o no de este vínculo de filiación podría resolverse: *a)* de conformidad con la ley a la que remite el art. 9.4 CC<sup>33</sup> como si se hubiese planteado ante el juez español a título principal (solución independiente o autónoma); *b)* de conformidad con la ley a la que remiten los arts. 311.14 y ss. del CC francés<sup>34</sup> (solución dependiente: recordemos, la ley sucesoria es la francesa), y *c)* de acuerdo con la ley sustantiva francesa sobre filiación<sup>35</sup>.

17. Estas alternativas se mueven dentro de una lógica en cierta manera formal. Cada una de ellas trata de privilegiar un determinado tipo de coherencia o armonía. La solución *independiente* se orienta a tutelar la armonía interna. La filiación de un francés o de un residente en Francia o de cualquier persona, sea cual sea su nacionalidad y su residencia habitual, será tratada por un juez español siempre de la misma manera, surja a título principal, surja en relación con su calidad de presunto heredero, surja como acreedor de una indemnización por daño moral por la muerte accidental del padre, surja en el curso de una reclamación alimenticia [...] en otras palabras, siempre será hijo (o no lo será) con independencia de las distintas leyes que rijan en cada caso la cuestión principal (ley sucesoria, ley rectora de la responsabilidad no contractual, ley rectora de la obligación alimenticia...). Para el ordenamiento español tal sujeto nunca sería hijo y no hijo al mismo tiempo.

18. La solución *dependiente*, sin embargo, se orientaría a la tutela de la coherencia en la ley rectora de la cuestión principal (en el ejemplo, la ley francesa) y como consecuencia de ello a la consecución de una cierta «armonía internacional» o coherencia internacional de soluciones<sup>36</sup>. Ambas caras de la misma moneda son muy discutibles o, por ser más concreto, aleatorias.

19. Limitándonos a la coherencia dentro de la ley rectora de la cuestión principal, podemos presumir en nuestro ejemplo que aplicar las normas de conflicto francesas sobre determinación de la filiación arrojará una respuesta coherente con la aplicación de sus normas sustantivas sobre derechos sucesorios de los hijos: es lo que *presuntamente* haría una autoridad francesa llamada a resolver dicha cuestión. Pero ello no es más que una petición de

---

<sup>33</sup> «La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación». Siguen soluciones subsidiarias que no nos interesan a efectos ejemplificativos.

<sup>34</sup> «La *filiation* est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant». Le siguen otras especiales sobre posesión de estado o reconocimiento voluntario de la filiación, que no nos interesan a efectos ejemplificativos.

<sup>35</sup> Arts. 310 y ss. del CC francés, para la filiación natural, y 343 y ss. para la adoptiva.

<sup>36</sup> BERNITT, C. Ch., *op. cit.*, pp. 36 y ss.

principio<sup>37</sup>. Por ejemplo, podría aplicar, sin más, su propio Derecho sustantivo; y aun aplicando sus normas de conflicto sobre filiación, podría descartar una ley extranjera por contrariar su orden público, cuando esa misma ley hipotéticamente no se opondría al orden público español estando en conocimiento la autoridad española<sup>38</sup>. En definitiva, la aplicación de las normas de conflicto de la ley rectora de la cuestión principal no garantiza nada.

20. Incluso superados estos obstáculos, podría concederse que la generalización de la solución dependiente, es decir, que fuese asumida por todos o la mayoría de los sistemas, fortalecería una armonía internacional de soluciones, más allá de la armonía de dos (*lex fori* —ley rectora de la cuestión principal—) sobre la que pivota la opción o solución dependiente: al menos allí donde fuese aplicable la ley francesa a la cuestión principal, la solución sobre la filiación de quien pretende ser hijo del causante sería la misma. En todo caso, el objetivo tópico de la armonía internacional que parece justificar esta solución estaría demasiado supeditado a factores ajenos al control de la *lex fori*. En nuestro ejemplo, la pretendida armonía no solo depende de que nuestra concepción sobre la cuestión previa fuese generalmente aceptada, sino de otro factor de más entidad: que la ley aplicable a la cuestión principal también fuese la misma (y generalizada). En fin, vicisitudes estas y otras que convierten en pura teoría de azar la idea de que la solución dependiente consagra la armonía internacional de soluciones.

21. La tercera vía (en el ejemplo, aplicar las normas sustantivas francesas sobre filiación previamente a sus normas sobre sucesiones) también *tiende a* favorecer una coherencia interna de la ley rectora de la cuestión principal<sup>39</sup>. Es, podríamos decir, una variante de la solución dependiente, desde el punto de vista de los objetivos en torno a la armonía internacional. Es verdad que se trata de una coherencia forzada, puesto que esta solución implica una especie de «nacionalización» de la situación, algo que por hipótesis (estamos ante una situación privada internacional, ante una sucesión internacional) no existe: en el ejemplo, sería tratar la sucesión como si se tratase de una sucesión interna francesa, y no lo es. Pero se trata de una solución que tiene la ventaja de evitar *a priori* problemas de inadaptación o desajuste a los que potencialmente conducen tanto la solución independiente como la dependiente: cualquiera de estas dos puede determinar la aplicación de dos leyes sustantivas distintas, una a la cuestión principal (sucesión) y otra a la cuestión previa (filiación). Y, por seguir con el ejemplo, no es inverosímil que el concepto de hijo que maneja la ley sucesoria no coincida con el de hijo que resulta de la ley aplicable a la cuestión previa<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> VAN HOOGSTRATEN, M. H., «Le droit international privé néerlandais et la question préalable», *De conflictu legum / Essays Presented to R.D. Kollwijn and J. Offerhaus*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1962, pp. 209-225, esp. p. 215.

<sup>38</sup> Posibilidad relevante que ya contemplaba MELCHIOR, G., *op. cit.*, pp. 263-264.

<sup>39</sup> LAGARDE, P., «La règle de conflict applicable aus questions préalables», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1960, pp. 459-482, esp. pp. 470-473.

<sup>40</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Filiación hispano-suiza. Sistemas de Derecho internacional privado y relaciones concernientes a la emigración española*, León, Secretariado de Publicaciones, 1989, pp. 261-263, en torno al concepto de filiación alimenticia.

22. Digamos, por resumir, que la solución *independiente* por sí misma tiende a alcanzar y *efectivamente alcanza la coherencia interna*, puesto que el punto de origen y de destino es el mismo: el ordenamiento del foro. Sin embargo, la consecución o la búsqueda de la coherencia de la ley extranjera rectora de la cuestión principal o la armonía internacional a través de la solución dependiente plantea diversas incógnitas: en cuanto a la coherencia dentro de la ley sucesoria, podemos presumirla con las cautelas señaladas; si hablamos de coherencia o armonía internacional en un sentido más amplio, tan solo se aproximaría al objetivo que se le supone cuando concurren dos factores: el primero es que fuese asumida por la ley rectora de la cuestión principal (armonía de dos) y por el mayor número de sistemas posible; el segundo, y fundamental, que la ley rectora de la cuestión principal (y en su caso el resto de sistemas) tuviera las mismas soluciones que el foro en cuanto a *la ley aplicable* a la cuestión principal<sup>41</sup>. De nuevo un ejemplo ayudará a entender esta idea: aunque en España y en Francia se optase por la solución dependiente (algo que en realidad no ocurre, pues en ambos países es la contraria la preponderante), la armonía internacional en el tratamiento de una sucesión en cuyo seno surge una cuestión previa de filiación pasaría porque ambos sistemas condujesen a la misma ley sucesoria (algo que tampoco ocurría con anterioridad al Reglamento). En caso contrario, la armonía de marras quedaría descartada cualquiera que fuese la solución para la cuestión previa. Este dato —la uniformidad en cuanto a la ley aplicable a la cuestión principal—, como veremos, puede no ser baladí en el ámbito europeo.

## 2.2. Una aproximación funcional sustantiva

23. Una de las características de las soluciones anteriores es lo que se ha calificado como excesivo rigor lógico-formal, lo que ha motivado, entre otras consecuencias, que las excepciones a las propuestas se erijan en alternativas tan intensas como la propia solución<sup>42</sup>. Junto a este modo ortodoxo de enfocar las soluciones a la «cuestión previa», hay otra forma que tiene más en consideración aspectos valorativos o ponderación de intereses directamente vinculados al caso concreto. No se trataría tanto de optar en virtud de preferir la coherencia interna del foro o una coherencia internacional más o menos amplia, sino de valorar los intereses en juego y optar por una solución concreta —y abierta— a la cuestión previa en función de cuál sea la opción que en mayor medida tutela los intereses que se consideran preponderantes. De este modo, la solución a la cuestión previa podría venir dada, alternativamente, por cualquiera de las tres opciones que más atrás he descrito (o por cualquier otra), lo que supone, *de facto*, un tratamiento formalmente independiente de la cuestión previa respecto de la cuestión principal, pero sustancialmente condicionado por los intereses y valores que presiden la cuestión

<sup>41</sup> Ya VAN HOOGRATEN, M. H., *op. cit.*, p. 217.

<sup>42</sup> Ya PECOURT GARCÍA, E., *op. cit.*, 32-33. Y la situación no ha cambiado.

principal. Para entender esta aproximación funcional me permitiré traer a colación el supuesto típico a partir del que se ha construido: el de la obligación alimenticia.

24. En efecto, esta forma de abordar el problema tiene un origen histórico plenamente identificable: la polémica surgida en relación a la cuestión previa de estado civil (de filiación, en concreto) en las reclamaciones de alimentos a mediados del siglo pasado, en el marco de la aplicación del Convenio de La Haya de 1956<sup>43</sup>. Planteadas las normas de conflicto sobre obligaciones alimenticias (cuestión principal) como normas tendentes a la identificación de una ley favorable a la atribución de alimentos al acreedor, se defendió que la cuestión previa de filiación debía ser resuelta en el mismo sentido en aplicación de la ley (sustantiva) rectora de la cuestión alimenticia: el «favor» previsto para los alimentos podría extenderse también para la filiación, haciendo abstracción, en cierto modo, de las soluciones, dependiente o independiente, que he descrito con anterioridad<sup>44</sup>.

25. La misma idea podría extenderse a la cuestión previa matrimonial en relación con la cuestión principal de filiación, para concluir la necesidad de sustituir las soluciones apriorísticas por soluciones funcionales, dependientes de los intereses y valores presentes en el caso concreto<sup>45</sup>.

26. Digamos, no obstante, que en materia de sucesiones esta aproximación funcional sustantiva no resulta tan evidente. La razón no es otra que la ausencia nítida de una orientación material en las normas de conflicto identificativas de la ley sucesoria. Aun a riesgo de simplificar el discurso, puede afirmarse que ni la norma que remite a la ley de la última residencia habitual del causante ni, en su caso, a la ley del Estado con el que el causante mantuviese un vínculo manifiestamente más estrecho (art. 21 del Reglamento) se orientan específicamente hacia un determinado tipo de delación de la herencia. Y otro tanto podemos decir de la que sí incorpora un elemento sustantivo, la que consagra la *professio iuris* (art. 22 del Reglamento), pero que lo abandona a la voluntad del disponente. En otras palabras, el Reglamento no plantea de forma apriorística la búsqueda de leyes sucesorias con un sesgo u otro<sup>46</sup>. En este contexto, esta aproximación funcional y abierta, aunque siempre posible<sup>47</sup>, estaría llamada a tener menos operatividad.

<sup>43</sup> Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores.

<sup>44</sup> LAGARDE, P., «Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé», *Conflits et harmonisation. Kollision und Vereinheitlichung. Conflicts and Harmonization, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, Editions Universitaires Fribourg Suisse, pp. 511-528, esp. pp. 521-523, con más doctrina y práctica judicial comparada.

<sup>45</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Filiación hispano suiza...*, op. cit., pp. 238-247, con cita de L. Raape, J. Foyer e, incluso, volviendo sobre sus postulados, W. Wengler.

<sup>46</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», *AEDI-Pr*, t. XI, 2011, pp. 369-406, esp. pp. 338 y ss., donde aparecen matizaciones.

<sup>47</sup> HENRICH, D., op. cit., pp. 64-65, con dos ejemplos muy ilustrativos en materia de derechos sucesorios en parejas registradas.

### 2.3. Una aproximación funcional de proximidad

27. Otra quiebra a las soluciones conceptuales viene dada por el abandono de posturas apriorísticas en beneficio de un método casuístico basado en la idea de proximidad. Suele ser en este sentido recurrente la cita de la propuesta del Prof. Kurt Siehr que, sin abandonar, como tantos otros, la dualidad solución dependiente-solución independiente, optaba por un criterio flexible:

*«A preliminary question must be answered either directly by the conflicts rules of the forum State or indirectly under the conflicts rules of the jurisdiction which governs the main question. The choice of method depends on the close connection of the preliminary question with the law governing the answer. The closer the connection of the preliminary question with the forum State or with the foreign country, the more likely it is that the law of the closest connection must give the answer to the preliminary question»<sup>48</sup>.*

28. Es esta una idea plenamente desarrollada en el magnífico trabajo del Prof. Enrique Pecourt, algunos años antes: en 1966. A partir de una selección de grupos de casos sus propuestas caen bajo la cobertura del que denomina «principio del mayor grado de vinculación»<sup>49</sup>. Su análisis no se articula en términos dogmáticos. El principio de mayor grado de vinculación ratificaría también las soluciones que se basan en la «armonía *material* de decisiones» o solución independiente<sup>50</sup>. En definitiva, «la imposibilidad de establecer *a priori* categorías cerradas de prever todo tipo de cuestión preliminar» obligaría a desistir de cualquier intento de clasificación definitiva y a valorar el principio del mayor grado de vinculación como criterio de solución<sup>51</sup>.

29. Me tomaré la libertad de afirmar lo realmente interesante que resulta leer estas reflexiones con perspectiva histórica y valorarlas con idéntica perspectiva.

### 2.4. Tratado de indecisión

30. Aun siendo somero, el análisis efectuado pone de manifiesto la absoluta heterogeneidad de soluciones que desde un punto de vista teórico o doctrinal se han barajado para dar una respuesta al problema de la cuestión previa.

31. Incluso superando o dejando al margen la indefinición sobre los perfiles propios de la cuestión<sup>52</sup> y centrándonos en la que podríamos llamar

<sup>48</sup> SIEHR, K., «General Problems of Private International Law in Modern Codifications. De Lege Lata and De Lege Europea Ferenda», *YPIL*, VII, 2005, pp. 17-61, esp. p. 52.

<sup>49</sup> PECOURT GARCÍA, E., *op. cit.*, pp. 41 y ss.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 42-43.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>52</sup> *Supra* núms. 9-12.

cuestión previa en sentido estricto, e incluso situándonos en las dos propuestas de solución más acreditadas, la solución dependiente o *ex lege formalis causae* (de la cuestión principal) o independiente o *ex lege formalis fori*, las excepciones devoran a la regla. Resulta muy gráfica y probablemente certera la afirmación de que «realmente no existe [el] problema de la cuestión previa, sino tantos problemas como supuestos en los que puedan surgir cuestiones previas»<sup>53</sup>. A pesar de ello, como veremos más adelante, tanto los resultados del Estudio realizado para la Comisión por el *Deutsches Notarinstitut* y los Profs. H. Dörner y P. Lagarde<sup>54</sup> como las respuestas directas al Libro Verde que someramente analizaré denotan una cierta asunción de las grandes opciones (solución independiente *versus* solución dependiente), con el consiguiente desprecio de los matices.

32. En cualquier caso, antes de entrar en ellas considero necesario aclarar el porqué de calificar la Pregunta núm. 13 del Libro Verde como un cierto anacronismo; aclarar por qué la pregunta puede haberse formulado obviando una evolución en la que la visión estrictamente conflictual («qué norma de conflicto hay que adoptar») parece dejar paso a otras vías para solucionar el mismo problema.

### 3. LA ARTICULACIÓN DE UNA RESPUESTA EN TÉRMINOS DE LEY APLICABLE

#### 3.1. Los déficits de la pregunta: el progresivo desplazamiento de las cuestiones de ley aplicable por el «método» del reconocimiento

33. Uno de los inconvenientes de la pregunta del Libro Verde vinculada al problema de la cuestión previa en su comprensión clásica es que hace abstracción de que tal problema parece haber perdido la importancia que otrora tenía, al menos en los estrictos términos conflictuales planteados. Por utilizar los ejemplos de la Comisión, el matrimonio (la cualidad de cónyuge del causante), la existencia de una unión de hecho o una unión registrada (la cualidad de conviviente del causante) o la filiación (la calidad de hijo o de padre o madre del causante), son cuestiones que es posible que no dependan de ninguna «norma de conflicto», al menos en aquellos casos en los que se trate de realidades que tienen algún tipo de consolidación o cristalización en un Estado distinto de aquel en el que la cuestión se suscita<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> La cita la tomo de DICEY, MORRIS y COLLINS, *The Conflict of Laws*, vol. 1, 15.ª ed, Croydon, 2012, p. 56, 2-051, nota 95, donde se atribuye a GOTLIEB, A. E., «The Incidental Question in Anglo-American Conflict of Laws», *Canadian Bar Review*, 1955, núm. 33, pp. 523 y ss., esp. p. 555.

<sup>54</sup> *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne. Étude pour la Commission des Communautés Européennes Direction générale Justice et Affaires intérieures* (2002).

<sup>55</sup> Una visión general la proporciona la obra de P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, París, Pedone, 2013.

34. La relativa modernidad de esta aproximación ya encontraba su germen en alguna de las propuestas de E. Pecourt: para los casos en los que la situación jurídica controvertida se hubiese originado de acuerdo con un solo Derecho interno, el juez no habría de aplicar norma de conflicto alguna, sino verificar la verdad de la situación jurídica planteada<sup>56</sup>. Mientras que el profesor español se limitaba a uno de sus grupos de casos, en la actualidad el reconocimiento se plantea abiertamente como una alternativa general a la tradicional comprensión de la cuestión previa<sup>57</sup> y más allá de la cuestión previa, al menos, de forma decidida en el ámbito de la UE.

35. En aquellos casos en los que, a los efectos que ahora nos interesan, nos encontramos ante la valoración de un estatus válidamente adquirido en el extranjero, la pregunta por la *ley aplicable* a ese estatus tiende a desaparecer en beneficio de la pregunta por las condiciones de *reconocimiento* de ese estatus. Esta idea, como se ve, desplaza la Pregunta núm. 13 del Libro Verde. Y lo hace además como una impugnación general, como una cuestión de cambio metodológico que puede considerarse como el hit de los últimos años<sup>58</sup>, con obvias manifestaciones en los temas que ahora tratamos que no han estado ausentes en la doctrina española: el matrimonio<sup>59</sup>, las uniones registradas o no<sup>60</sup>, la filiación<sup>61</sup>.

36. Frente a una idea clásica del reconocimiento limitado a decisiones judiciales o no, o actos jurídicos con algún tipo de manifestación formal, documental o registral externa, esta nueva visión ha ampliado el objeto del reconocimiento describiéndolo como «una relación jurídica de Derecho privado, *concreta y existente, efectiva* en el sentido de que ha sido “objetivada” en un ordenamiento jurídico dado, sea por la intervención de una autoridad pública, que ha hecho su existencia tangible, sea por la eficacia fundada en una *apariencia objetiva* (creada por el despliegue de efectos durante un tiempo en el seno de un solo ordenamiento jurídico) de un estado o de una relación oponible a terceros»<sup>62</sup>.

37. En este contexto, también hay que adelantar que ese desplazamiento, de existir y de ser absoluto<sup>63</sup>, lo único que hace es cambiar la herramienta para

<sup>56</sup> PECOURT GARCÍA, E., *op. cit.*, p. 39.

<sup>57</sup> CORNELOUP, S., *op. cit.*, pp. 209 y ss.

<sup>58</sup> La doctrina es inabarcable. Además de la ya citada, véase recientemente la recogida por LEHMANN, M., «Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?», *General Principles of European Private International Law*, *op. cit.*, pp. 11-43, nota 1.

<sup>59</sup> OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

<sup>60</sup> QUINONES ESCÁMEZ, A., «Propositions pour la formation, la reconnaissance et d'efficacité internationale des unions conjugales ou couple», *Rev.crit.dr.int.pr.*, vol. 96, 2007, núm. 2, pp. 357-382, esp. pp. 377-378 y 381, desde la perspectiva del «conflicto de autoridades».

<sup>61</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», *Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90, esp. pp. 82-83, con matizaciones.

<sup>62</sup> PAMBOUKIS, Ch., «La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2008, pp. 513-560, esp. p. 540, la primera cursiva es original, la segunda añadida. LEHMANN, M., *op. cit.*, p. 14, también parte de esta descripción negativa.

<sup>63</sup> Me convence más el «no» de los argumentos de BUCHER, A., «La dimension sociale du droit international privé (Cours général)», *Recueil des Cours*, t. 341, 2009 (2010), pp. 332 y ss., al menos en este momento.



resolver el problema, no resolverlo en sí mismo. Es cierto que la idea misma de «reconocimiento» tiende a ser más favorable a la admisión de la existencia y efectos de realidades jurídicas, pero partiendo de que seguirá siendo necesario determinar la existencia del estado de cónyuge, o de viudo, o de hijo, o de conviviente, etc., la clave se desplaza hacia las *condiciones de reconocimiento* a las que la Pregunta 13 del Libro Verde no se refiere, pero que pueden determinar los mismos «conflictos de estatus» que las soluciones a las cuestiones previas en términos de ley aplicable<sup>64</sup>. De nuevo un ejemplo: aun admitiendo que la filiación derivada de gestación por sustitución dentro de una sucesión haya de abordarse en términos de reconocimiento y no de ley aplicable, la enorme heterogeneidad que existe entre los distintos sistemas en torno a concepciones básicas (de derechos y valores superiores involucrados) hará que no sea inverosímil, incluso sin salirnos de la UE<sup>65</sup>, el rechazo al reconocimiento de dicha filiación con base en razones de contrariedad con el orden público, al menos en algunos EM; a pesar de la progresiva comunitarización de esta noción<sup>66</sup>, de los llamamientos a enfatizar su efecto atenuado como corolario lógico del método del reconocimiento<sup>67</sup>, y de la más general impronta de los derechos humanos<sup>68</sup>, el orden público sigue siendo un obstáculo evidente<sup>69</sup>.

38. También es preciso puntualizar que este debilitamiento del método conflictual en beneficio del método del reconocimiento tiene un caldo de cultivo especialmente favorable en la UE donde el andamiaje jurídico básico o constitucional lo favorece de forma singular. Los ejemplos a los que alude la Pregunta 13 probablemente no puedan abordarse de igual forma en función de que se vinculen o no a la ciudadanía europea y la libre circulación de personas, por ejemplo. Dentro de Europa la impugnación es mucho más fuerte y más efectiva<sup>70</sup>, aunque también se pretende extender la idea sobre otras bases (principalmente derechos humanos) a situaciones provenientes de terceros Estados<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> Véase la muy interesante e ilustrativa nota de ROMANO, G. P., «Conflicts and Coordination of Family Statuses: Towards their Recognition within the EU?», *Adoption: Cross-border legal issues*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs Petitions, Workshop, 1 de diciembre de 2015, pp. 17-43.

<sup>65</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento de la filiación...», *op. cit.*, pp. 87-88. También, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, 2013.

<sup>66</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?», en BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRÍGUEZ, A. J. (dirs.), *La gobernanza del interés público global*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 146-181.

<sup>67</sup> BOLLÉE, S., *La reconnaissance des situations...*, *op. cit.*, pp. 114-115.

<sup>68</sup> Por ejemplo, SSTEDH de 26 de junio de 2014, asuntos 65192/11, *Mennesson c. Francia*, y 65941/11, *Labasse c. Francia*.

<sup>69</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento de la filiación...», *op. cit.*, pp. 83-86.

<sup>70</sup> Por todos, con abundante documentación, GRÜNBERGER, M., «Alles obsolet? -Anerkennungsprinzip vs. Klassisches IPR», en *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, *op. cit.*, pp. 81-160. Autor que, no obstante, no responde a la pregunta que él mismo se plantea de forma totalmente positiva (pp. 157 y ss.).

<sup>71</sup> PANET, A., «La reconnaissance des situations de statut personnel constituées au sein des états tiers», en BERGÉ, J. S., FRANO, S. y GARDEÑES SANTIAGO, M. (eds.), *Boundaries of European Private International Law*, Bruselas, Bruylant, 2015, pp. 679-700.

39. En este sentido, deben tenerse en cuenta dos factores, en cierta medida contrapuestos, y centrados ya en especial sobre el tema de la sucesión *mortis causa*. El primero es que el sistema del Reglamento tiende a una cierta correlación entre *forum e ius* y su razón de ser originaria es abordar los problemas planteados por las sucesiones internacionales en la UE<sup>72</sup>. Ello se traduce en dos reglas generales que conducen, la primera, a la competencia de las autoridades de la última residencia habitual del causante y, la segunda, a la aplicación de esa misma ley de su última residencia habitual. Se está pensando en una sucesión internacional *intra comunitaria*, que podrá estar presidida y tutelada por ese andamiaje del que hablaba en el párrafo anterior. El segundo factor tiene, a su vez, dos dimensiones: por un lado, ese supuesto tipo o general está plagado de excepciones, incluso sin salirnos del marco europeo y del propio Reglamento<sup>73</sup>; por otro, aunque el Reglamento se aplica en Europa, tiene un alcance universal o *erga omnes* en el tema de la ley aplicable, que es donde incardinamos el problema de la cuestión previa. La ley sucesoria puede ser la de un Estado miembro o la de cualquier tercer Estado de la comunidad internacional. Y las cuestiones previas que potencialmente se susciten pueden afectar a situaciones vinculadas a la UE: matrimonio celebrado en un Estado miembro, pareja registrada en un Estado miembro, filiación derivada de una técnica de reproducción humana llevada a cabo en un Estado miembro..., amparadas o no por las libertades; y también a situaciones no vinculadas o no vinculadas con la misma intensidad: matrimonio consensual de Iowa (Estados Unidos de Norteamérica), filiación derivada de maternidad subrogada llevada a cabo en Estados Unidos o Ucrania, o la consideración de una unión de hecho entre menores de edad consolidada en la República Popular China y su eventual validación retrospectiva como matrimonio.

40. Sea como fuere y teniendo en muy en cuenta los elementos que he reflejado bajo este epígrafe, la propia formulación de la idea de reconocimiento del estatus relativiza pero no elimina radicalmente la pregunta por la ley aplicable a la cuestión previa. En primer lugar, porque incluso situados en el paradigma del reconocimiento, la unanimidad sobre su funcionalidad omnicompreensiva está lejos de alcanzarse, especialmente en lo que atañe a las «situaciones legales» no documentadas o inscritas en un registro público<sup>74</sup>. La misma heterogeneidad que veíamos en torno a la delimitación de la cuestión previa y de sus soluciones se aprecia respecto de la capacidad del «método del reconocimiento» para descartar a la ley aplicable. No siempre cabe obviar la pregunta por la ley aplicable<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> La «razón» económica es absolutamente recurrente desde los primeros momentos y se vincula a sucesiones intracomunitarias. En el Libro Verde (2005) se aludía a 50.000 sucesiones intracomunitarias; la Propuesta ya se veía acompañada de un impacto sobre 450.000 por un valor de 123.000 millones de euros.

<sup>73</sup> Por ceñirme a la ley sucesoria, la de la residencia habitual cede ante la más estrechamente vinculada, y ambas ante la ley nacional elegida por el causante (arts. 21 y 22), aunque también existen mecanismos que tratan de restablecer la correlación (arts. 5 y ss.).

<sup>74</sup> LEHMANN, M., *op. cit.*, pp. 28 y ss.

<sup>75</sup> BUCHER, A., *op. cit.*, pp. 330-334.

41. Además, siempre es posible que la cuestión previa surja por primera vez en el momento y ante la autoridad que conoce de la sucesión. Conocemos en un plano meramente interno las disputas que una vez abierta aquella surgen, por ejemplo, sobre la existencia o no de una «separación de hecho», situación que puede ser relevante a efectos de consideración del cónyuge como beneficiario en la herencia o no (arts. 834 o 945 CC, por ejemplo), y que a pesar de lo que pudiera derivar de la semántica (separación *de hecho*) tiene un componente jurídico en cuanto a su propia existencia que puede variar de un ordenamiento a otro. O podemos pensar directamente en la reclamación de quien nunca ha ostentado estatus de hijo del causante y lo reclama por vez primera en relación con su participación en la herencia, basándose en una presunción de paternidad del causante (marido de la madre, o conviviente, durante algún tiempo...) de la que puede resultar o no un título de legitimación de la filiación en función de que se aplique la ley alegada u otra.

42. Por último, no hay que olvidar que hay cuestiones previas que nada tienen que ver con el modelo del reconocimiento: saber si una donación efectuada en vida por el causante es válida o no, determinar cuál era el régimen económico matrimonial, establecer la existencia de un crédito de la masa hereditaria... serán asuntos típicamente sujetos (en su caso) al escrutinio de la ley aplicable; la que sea.

### 3.2. Las respuestas dadas a la Pregunta núm. 13 del Libro Verde

43. Llegados a este punto, cumple reconocer que el panorama descrito no es excesivamente propicio para dar una respuesta más o menos manejable a la pregunta que nos hacemos. No por haber advertido de ello en la introducción resulta menos inquietante saber que la misma pregunta, no ya sus respuestas, resulta indefinida cuando no impugnada en su propia esencia. Esta impugnación e indefinición condicionó las respuestas de Estados y demás participantes en el proceso de consulta abierto con el Libro Verde. Al igual que las españolas, fueron heterogéneas y a veces indescifrables.

44. En las de los Estados o alguno de sus poderes (normalmente el gobierno, a veces también alguna cámara parlamentaria, ministerio de justicia de Estado federado o parlamento regional) se aprecian distintos intereses, que en ocasiones parecen confundirse. En primer lugar, existe una mayoritaria tendencia a optar por la vía o solución *independiente*. De manera aislada se admiten excepciones, sin concretar claramente (República Checa, Estonia) y, en ocasiones, esta opción por la solución independiente se ve como un corolario de la idea de que es una cuestión que no debe tratarse por el (entonces planeado) Reglamento: entiendo que subyace no una solución sino una evicción del problema amparada en una perspectiva de «ámbitos de aplicación»: si el matrimonio no es objeto del Reglamento, nada hay que decir al respecto. Mientras que en algún caso, la opción por no regular el problema es nítida (Finlandia) en otros la misma opción se acompaña de la propuesta

de una solución independiente (Suecia, probablemente también Reino Unido o Países Bajos).

45. A pesar de una cierta confusión sobre el dato, debe desde ya afirmarse que no hay una correlación necesaria entre abogar por la solución independiente y por la ausencia de regulación en el «futuro» instrumento... no es lo mismo. Esta segunda postura, no decir nada al respecto, no conduce directamente a la solución independiente, sino que significaría que cada EM decidiría sobre su posición respecto de la cuestión previa: si aplica sus propias normas de conflicto (solución independiente) o si las de la *lex causae* (solución dependiente) o cualquier otra solución que pase o no por aplicar una ley.

46. El resto de las contribuciones o respuestas al Libro Verde atestiguan, por un lado, que la comprensión de la pregunta no fue cabal en todos los casos y, por otro, que o bien no se percibió como un tema demasiado importante o bien que, incluso cuando sí se consideró relevante, se optó por afirmaciones más o menos prefabricadas o rutinarias. Resumiendo, puede decirse que aquellas respuestas que se pronuncian con conocimiento de causa de lo que se les pregunta son mayoritariamente partidarias de un tratamiento independiente de la cuestión previa; algunas abogan por que no exista ningún tipo de regulación al respecto; dos optan por que sea la misma ley sucesoria la rectora de tales aspectos<sup>76</sup>, y tres —quizá cuatro— por una solución dependiente<sup>77</sup>.

47. En general, la mayoría que se adhiere a la solución independiente o autónoma se corresponde con los resultados del más atrás citado estudio previo realizado para la Comisión por el *Deutsches Notarinstitut* y los Profs. H. Dörner y P. Lagarde. El anexo dedicado a las cuestiones previas sobre un total de 15 Estados miembros arrojaba ya en 2002 un balance esclarecedor: en ninguno de ellos prevalecía la solución dependiente, mientras que en todos (salvo Irlanda, carente de resultados) la solución independiente era o bien la regla positiva, o la dominante o al menos la más clara aun siendo controvertida. En todo caso, el estudio concluía que la escasez de decisiones sobre el tema y la división doctrinal sugerían no abordarlo en un futuro Reglamento<sup>78</sup>.

48. Precisamente por estas razones (poca claridad en la práctica, incompreensión, desinterés o formalismo en las respuestas) la posición del *Consiglio Nazionale del Notariato* exige un lugar singular en este discurso.

<sup>76</sup> Lutz Milzer (Notario, Notariat I Mosbach) y el Prof. Rodríguez Benot, por la Universidad Pablo de Olavide.

<sup>77</sup> *Bundesnotarkammer* (BnotK, Alemania), *Consiglio Nazionale del Notariato* (Italia) y *Shearman and Sterling* (sociedad de abogados); quizá también sea esta la propuesta de la *Österreichische Notariatskammer*, que plantea una distinción entre los supuestos en los que la norma de conflicto está contenida en tratados internacionales y en el resto (aunque el texto francés no termina de ser concluyente). En todo caso, aboga por la solución independiente para las cuestiones previas que se refieran a Derechos reales.

<sup>78</sup> *Étude...*, *op. cit.*, p. 75. La indefinición del Informe en este punto es utilizada con sarcasmo por MÄSCH, G., *op. cit.*, p. 203.

Primero, porque, como dije es una de las pocas que aboga por una solución dependiente; y, segundo, y más importante, porque lo hace de forma reflexiva y razonada.

49. En primer lugar, denuncia correctamente que un panorama que admita concepciones distintas en los diferentes EM sobre la solución a la cuestión previa puede incentivar el *forum shopping*. Siempre que quepa la posibilidad de que las autoridades de dos EM distintos puedan tener competencia sobre la misma sucesión, el interesado puede optar en función de cuál de ellas sea más favorable a sus intereses. Las soluciones del Reglamento sí posibilitan la competencia de las autoridades de más de un EM<sup>79</sup>.

50. En segundo término, plantea también la compleja situación en la que incluso al margen de una real controversia entre los beneficiarios de la herencia estos deciden acudir a las autoridades de EM distintos para proceder a la división de la herencia respecto de los bienes que se encuentran en cada uno de los Estados: si en estos dos o más EM se tiene una concepción distinta de la solución a la cuestión previa (o, añadido yo, si en ambos se opta por la solución independiente) la aparente falta de controversia no va a evitar un tratamiento disímil de la sucesión.

51. En último lugar, se proyecta esta misma situación conflictiva —señala el *Consiglio Nazionale del Notariato*— cuando autoridades judiciales y autoridades competentes para expedir el Certificado Sucesorio Europeo (CSE) pertenecen a dos EM distintos.

52. Obviamente, estas situaciones conflictivas valoradas en los términos del *Consiglio Nazionale del Notariato* no solo precisarían una respuesta singular por parte del Reglamento (o de otra norma europea con igual ámbito), sino que, en el actual momento de desarrollo del Derecho de la UE, conducen casi de forma indefectible a que esta respuesta sea la de la solución *dependiente*: aplicación de las normas de conflicto competentes de la *lex successio-nis*. Volveré sobre las ideas que están detrás de esta propuesta<sup>80</sup>.

### 3.3. Los precedentes en el Derecho de la UE

53. En la normativa positiva de la UE encontramos señales de que la opción por una solución independiente a la cuestión previa es la prevalente. Ello se percibe, por ejemplo en el cdo. 21 del Reglamento 4/2009 sobre alimentos:

«Conviene precisar, en el marco del presente Reglamento, que dichas normas de conflicto de leyes [las del Protocolo de La Haya de 2007] solo determinan la

<sup>79</sup> Arts. 4 y ss., que establecen diversas posibilidades condicionadas entre los tribunales de la última residencia habitual, nacionalidad, lugar de situación de los «bienes de la herencia» o un *forum necessitatis* (sobre este sistema, ÁLVAREZ TORNÉ, M., *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2013).

<sup>80</sup> *Infra* núms. 75 y ss.

ley aplicable a las obligaciones de alimentos, y no la ley aplicable al establecimiento de las relaciones familiares en las que se basan las obligaciones de alimentos. El establecimiento de relaciones familiares sigue estando regulado por el Derecho nacional de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado».

El matiz en este caso vendría dado por el Informe Explicativo del Protocolo, que se muestra más ambiguo, planteando abiertamente la posibilidad de continuar con la mayoritaria interpretación de los convenios de 1956 y 1973 (aplicación de la misma ley rectora de la obligación alimenticia)<sup>81</sup>. Curiosamente, además de las impugnaciones generales a esta posibilidad<sup>82</sup>, otras vienen por considerar que con ello se estaría superando el ámbito de aplicación del Reglamento<sup>83</sup>.

54. El Reglamento Roma III también parece abogar por la solución independiente. La exclusión de su ámbito de aplicación de «la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio» [art. 1.2.b)], se acompaña de la siguiente explicación

«Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate»<sup>84</sup>.

55. Fuera también del ámbito sucesorio, un último ejemplo puede añadir datos a la pregunta que nos hacemos. Reproduciendo sustancialmente la regla del Reglamento Roma III, 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, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales<sup>85</sup>, excluye del ámbito de aplicación material del Reglamento «la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio» [art. 1.2.b)]. Exclusión a la que se une una explicación que opta claramente por una solución autónoma o independiente de la cuestión previa:

«El presente Reglamento no debe aplicarse a otras cuestiones preliminares, tales como la existencia, la validez o el reconocimiento del matrimonio, que siguen estando reguladas por el Derecho nacional de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado»<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> BONOMI, A., *Informe explicativo al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*, núm. 24, en [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>82</sup> *Supra* núm. 15, nota 32 y núm. 26.

<sup>83</sup> HEINZE, Ch., «Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts», *Die richtige Ordnung, Festschrift J. Kropholler*, Hamburgo, Mohr Siebeck, 2008, pp. 105-127, esp. p. 115.

<sup>84</sup> Cdo. 10, KRAMER, X. *et al.*, *A European Framework for private international law: current gaps and future perspectives*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, 2012, p. 33; CORNELOUP, S., *op. cit.*, p. 197.

<sup>85</sup> DO L 183, de 8 de julio de 2016.

<sup>86</sup> Cdo. 21.

56. Obviamente, debo matizar que en ninguno de los dos últimos ejemplos hablamos en puridad de una «cuestión previa» en sentido estricto, tal cual la que aquí abordamos. En lo que atañe a la validez o el reconocimiento del matrimonio, estaríamos más bien ante una *Erstfrage*, cuyo tratamiento natural es el proporcionado por la *lex fori*<sup>87</sup> (aunque me cuesta creer que tal distinción haya estado en la mente del legislador europeo). Por otro lado, también hay que establecer el matiz de que es este un supuesto en el que el método del reconocimiento es especialmente idóneo para sustituir a las cuestiones de ley aplicable y que cuando el matrimonio se haya celebrado en el foro tampoco se plantean dudas. Por lo que se refiere a los efectos del divorcio o la separación nos encontraríamos ante una *Nachfrage*, que tampoco plantea las dudas que nos ocupan<sup>88</sup>.

### 3.4. Las señales contrapuestas procedentes de la Comisión y del Parlamento en materia sucesoria

57. En la Propuesta de Reglamento, la Comisión, quizá no de forma totalmente consciente, señalaba que:

«La validez y los efectos de las liberalidades son regulados por el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Por consiguiente, esos aspectos deben quedar fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento, al igual que ocurre con otros derechos y bienes creados o transmitidos por otros medios distintos de la sucesión. Con todo, es la ley sucesoria, determinada en virtud del presente Reglamento, la que ha de precisar si una liberalidad o cualquier otro acto *inter vivos* que tenga por efecto la adquisición inmediata de un derecho real debe estar sujeta a una obligación de imputación, reducción o toma en consideración en el cálculo de las partes de la herencia según la ley sucesoria»<sup>89</sup>.

58. A su vez, en el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión que acompañó a la Propuesta de Reglamento se lee:

«*Subject to the case law of the European Court of Human Rights, the determination of who is a "child" of the deceased (e. g. whether a child born out of wedlock is a "child" of the deceased parent or whether the child of a same-sex couple is the child of both parents) would therefore still be governed by the national conflict of law rules on family law of the jurisdiction seized*»<sup>90</sup>.

59. Si aplicamos sin más la plantilla de las posibles soluciones a la cuestión previa, nos encontramos aquí ante una proposición de solución independiente, en el primer caso en favor de una normativa ya unificada (Reglamento Roma I); en el segundo, en favor una no unificada.

<sup>87</sup> BERNITT, C. Ch., *op. cit.*, pp. 12-17.

<sup>88</sup> *Ibid.*, pp. 20-21.

<sup>89</sup> Bruselas, 14 de octubre de 2009, COM(2009) 154 final 2009/0157 (COD), cdo. 9.

<sup>90</sup> Bruselas, 14 de octubre de 2009, SEC(2009) 410 final (el documento completo solo en inglés).

60. Es verdad que a primera vista el cdo. 9 de la Propuesta no parece estar destinado a dar una respuesta a la Pregunta núm. 13, sino más bien a delimitar el «ámbito de aplicación material» del entonces futuro Reglamento. Y probablemente así fuese. No obstante, ya vimos que la idea de tratar el tema que nos ocupa como una cuestión de ámbito de aplicación estaba presente en las respuestas al Libro Verde<sup>91</sup>, amén de ser absolutamente ortodoxa: una de las formas teóricas de abordar *el problema* de la cuestión previa es describirlo como una cuestión de «delimitación»<sup>92</sup> (el problema se reduciría a elegir entre dos normas de conflicto cuyos supuestos de hecho incluirían potencialmente la situación cuestionada), o de «calificación» más o menos amplia<sup>93</sup>. Volveré sobre esta dimensión más adelante<sup>94</sup>.

61. Dicho esto, y volviendo de nuevo a la comprensión más aparente de la Propuesta de la Comisión, es decir, pensar que está respondiendo a la cuestión previa de validez de una donación respecto de una sucesión, sus consecuencias serían las mismas que con carácter general hemos visto más atrás<sup>95</sup>: la consagración de una *coherencia interna*, pero esta vez no en un nivel estatal, sino europeo: *aplicación de la norma de conflicto de la lex fori europea*.

62. Junto a esta propuesta que, vuelvo a repetir, no creo que fuese totalmente consciente de estar dando una respuesta global al problema de la cuestión previa, el Parlamento, este sí de forma directa, aunque quizá tampoco suficientemente consciente de los efectos, se manifestó en sentido contrario. La Resolución del Parlamento Europeo que contiene recomendaciones a la Comisión sobre sucesiones y testamentos señalaba:

«que el acto legislativo que se adopte deberá someter la reglamentación de la cuestión preliminar a la ley designada por las normas de conflicto competentes de la ley aplicable a la sucesión, precisando que la solución solo será válida respecto al procedimiento en el cual se ha planteado la cuestión preliminar»<sup>96</sup>.

63. Si la llevamos al ejemplo del cdo. 9 de la Propuesta de Reglamento, esto vendría a significar:

«que el acto legislativo que se adopte deberá someter la reglamentación de la cuestión preliminar [validez de una donación a los efectos de su eventual cómputo, imputación, reducción o colación] a la ley designada por las normas de conflicto competentes de la ley aplicable a la sucesión [la que sea: última residencia habitual del causante, más estrechamente vinculada o la elegida, pero NO al Reglamento Roma I], precisando que la solución solo será válida respecto al procedimiento en el cual se ha planteado la cuestión preliminar».

<sup>91</sup> *Supra* núms. 44 y 45.

<sup>92</sup> Sobre el concepto ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Comentario al art. 12.1 del Código civil», en ALBALA-DEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995, pp. 842-880, esp. pp. 853-855.

<sup>93</sup> SOLOMON, D., *op. cit.*, p. 361. GÖSSL, S. L., «Preliminary Questions in EU Private International Law», *Journal of Private International Law*, 2012, núm. 8, pp. 63-76, esp. pp. 66-67, habla de «amplia calificación» para rechazarla en el ámbito europeo por problemas de competencia legislativa.

<sup>94</sup> *Infra* núms. 69 y ss.

<sup>95</sup> *Supra* núms. 17 y ss.

<sup>96</sup> 2005/2148(INI): DO C 314 E/344, de 21 de diciembre de 2006.



Posición dependiente o *ex lege causae* que pretendía ser de alcance limitado (al procedimiento concreto) y que no llegó a plasmarse en regla.

### 3.5. Las señales contrapuestas procedentes de la doctrina

64. Lo sorprendente sería lo contrario. Sumando opciones a las ya descritas respuestas al Libro Verde, lo primero que hay que indicar es que aquella heterogeneidad se ve también reflejada en las opiniones doctrinales que se han manifestado sobre el tema. Se trata de una heterogeneidad que en parte ya he ido adelantando implícitamente y que tiene reflejo en dos incógnitas básicas: en primer lugar, la conveniencia o inconveniencia de que exista una solución expresa a la pregunta considerada; en segundo término, en su caso, el sesgo de la solución a la cuestión previa.

65. Sobre la primera, hay quienes han reclamado una respuesta concreta en un nivel europeo y quienes la consideran inoportuna o innecesaria. Entre los primeros podemos también diferenciar los que abordan el tema en términos generales, sin atender específicamente al tema sucesorio, por más que sea en este ámbito en el que parece que confluyen los problemas más recurrentes, de quienes la reclaman, precisamente para o bien al hilo de las sucesiones internacionales<sup>97</sup>.

66. Plantearse una regulación específica de la cuestión previa en el ámbito europeo comienza a vincularse a una idea global de codificación o de reestructuración del ya relativamente amplio número de instrumentos sobre conflictos de leyes<sup>98</sup>. La *Agenda de Justicia de la UE para el año 2020 - Reforzar la confianza, movilidad y crecimiento dentro de la Unión*<sup>99</sup> invita a una eventual «codificación» de dichos instrumentos, que se considera especialmente útil en este ámbito. La conveniencia de un Reglamento Roma-0 en el que la cuestión previa encontraría una solución general es hoy en día un tópico de actualidad<sup>100</sup> que, no obstante, sigue siendo muy discutida: junto a quienes se oponen radicalmente a su regulación por considerarla un «tóxico» en la Europa de los 27 (hoy, por el momento, 28)<sup>101</sup>, están quienes igualmente ven

<sup>97</sup> LEIN, E., «The Commission Proposal for a Regulation on Succession», *YPIL*, 2009, núm. 11, pp. 107-141, esp. pp. 138-140 (interpreto que implícitamente); implícitamente también DÖRNER, H., «Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum internationalen Erb —und Erbverfahrensrecht— Überblick und ausgewählte Probleme», *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 5/2010, pp. 221-228, esp. p. 223

<sup>98</sup> LEIBLE, S. y MÜLLER, M., «A General Part for European Private International Law? The Idea of a “Rome 0 Regulation”», *YPIL*, 14 (2012/2013), pp. 137-152, esp. pp. 144 y ss., 152; WELLER, M., «Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law», *Journal of Private International Law*, 2015 (1), pp. 64-102, esp. p. 80.

<sup>99</sup> Strasbourg, 11 de marzo de 2014, COM(2014) 144 final.

<sup>100</sup> VON HEIN, J. y RÜHL, G., «Towards a European Code on Private International Law?», *Cross-border activities in the EU Making life easier for citizens*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2015, pp. 8-53, y la doctrina allí citada. Recientemente, *General Principles of European Private International Law*, op. cit., *passim*.

<sup>101</sup> MASCH, G., op. cit., pp. 218-219.

graves dificultades para una hallar una solución general (y eficaz), más allá de las soluciones particulares que puedan encontrarse en cada reglamento<sup>102</sup>, quienes, favorables a una codificación de una parte general del DIPr europeo, simplemente, obvian la cuestión previa<sup>103</sup>, o quienes consideran que se trata, por el contrario, de una cuestión que debe ser tenida en cuenta en una posible parte general del DIP europeo<sup>104</sup>.

67. Sobre la segunda, la que daría cumplida respuesta a la Pregunta núm. 13, las posiciones son igualmente dispares, si bien no suelen apartarse de la dualidad básica más reconocible: solución independiente<sup>105</sup> o solución dependiente<sup>106</sup>, incluso para relativizar la opción<sup>107</sup>, para optar por una u otra, según los casos<sup>108</sup>, o para optar y matizar una y otra vez. No me resisto a poner de manifiesto lo llamativo que resulta en este trasiego de opiniones el descuido que en ocasiones reina a la hora de «clasificar» a cada autor como defensor de una solución u otra. En la mayoría de los casos las posturas son más plurales que lo que las citas cruzadas de los diversos autores indican.

68. En todas estas tomas de posición, y en las que hemos ido viendo a lo largo del trabajo, hay algunos tópicos que se repiten de forma recurrente como catalizadores de las respuestas a la pregunta que nos hacemos y que, para ir recapitulando, merecen análisis: uno de los más visibles es el que pivota en torno al «ámbito de aplicación» del Reglamento (o de los reglamentos); otro la traducción al espacio europeo de la dialéctica «armonía interna-armonía internacional». Dentro de este segundo, abordaré el argumento que vincula la cuestión previa al reenvío desde su denominador común, armonía internacional, y otro de los parámetros potencialmente definidores de la res-

<sup>102</sup> VON HEIN, J. y RÜHL, G., *op. cit.*, p. 37.

<sup>103</sup> BARIATTI, S. y PATAUT, E., «Codification et théorie générale du droit international privé», en FALLON, M., LAGARDE, P. y POILLOT-PERUZZETTO, S. (dirs.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, Peter Lang, 2011, pp. 337-361. En esta misma obra, la propuesta de LAGARDE, P. (pp. 365-376) tampoco la contempla.

<sup>104</sup> LECHNER, K., «EU Regulation 650/2012 on successions and on the creation of a European Certificate of Succession», *Cross-border activities...*, *op. cit.*, pp. 113-149, esp. p. 123.

<sup>105</sup> Max Planck Comments, núm. 8 (con matices); BERNITT, C. Ch., *op. cit.*, p. 234; LOOSCHELDERS, D., «Die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts im Rahmen der Europäischen Erbrechtsverordnung», *Zwischenbilanz. Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Gieseking, Bielefeld, 2015, pp. 531-542.

<sup>106</sup> Con carácter general para la cuestión previa en sentido estricto, KREUZER, K. F., *op. cit.*, p. 56. DÖRNER, H., *op. cit.*, p. 224 (al menos para el CSE); HENRICH, D., *op. cit.*, pp. 64-65 (para CSE); DUTTA, A., «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union- Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *FamR*, 2013, pp. 4-15, esp. pp. 13 y 15 (para la cuestión de régimen económico y CSE); *id.*, «Gemeinsame oder getrennte Kodifikation von IPR und IZVR auf europäischer Ebene», en VON HEIN, J. y RÜHL, G. (eds.), *Kohärenz in Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 27-43, esp. p. 42 (para el CSE, de forma implícita o hipotética); KLEINSCHMIDT, J., *op. cit.*, p. 766, también para el CSE, sin prejuzgar la solución para el resto de supuestos; LECHNER, K., *op. cit.*, p. 123, con carácter general. En igual sentido, la primera comisión del Deutscher Rat, en sesión de 11 y 12 de octubre de 2010 (dato que extraigo de MARTINY, D., «Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften», *IPRax*, 2011, pp. 437-458, esp. p. 442, nota 86).

<sup>107</sup> CORNELOUP, S., *op. cit.*, 215.

<sup>108</sup> HENRICH, D., *op. cit.*; HEINZE, Ch., *op. cit.*, pp. 113-114.

puesta a la cuestión previa en la UE, que distingue entre materia unificada vs. materia no unificada (en relación al objeto propio de la cuestión previa).

## 4. RECAPITULACIÓN

### 4.1. La delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento como factor de solución implícita

69. Una de las razones frecuentemente esgrimidas a favor de la solución independiente es que las cuestiones previas que nos ocupan están fuera del ámbito de aplicación del Reglamento. El aludido cdo. 9 de la Propuesta de Reglamento iba en esa dirección. Parte de la doctrina también incide en ella, considerando que admitir la solución dependiente sería reintroducir esas materias excluidas por la puerta de atrás de una presunta remisión integral a la ley reclamada<sup>109</sup>. Como vimos, dicha idea también está presente en las respuestas al Libro Verde<sup>110</sup>.

70. A mi juicio hay dos formas, empero, de ver esta aproximación a la cuestión previa basada en la dualidad *materia incluida-materia excluida*. La primera significaría que eludir directamente el problema (eventualmente conflictual) de la cuestión previa y/o tratarlo como una cuestión de ámbito de aplicación del Reglamento (o de cualquier otro reglamento) supone considerar que con las exclusiones (por ejemplo, las citadas de su art. 1) se estaría, al menos implícitamente, dando respuesta a la pregunta que nos formulamos: solución autónoma o independiente con consiguiente aplicación de la norma de conflicto del foro, sea esta de origen autónomo (por ejemplo, estado civil, hasta la fecha) o no (por ejemplo, validez de una donación).

71. Pero moviéndonos en un nivel de razonamiento general tal consecuencia no es la única posible. La segunda forma de ver el argumento nos diría que la exclusión de una materia del ámbito de aplicación del Reglamento tiene *prima facie* como efecto que las reglas del Reglamento no se aplican a los temas excluidos cuando se plantean como cuestión principal. Si no se regula una materia, corresponde su regulación a otro instrumento o a la ley del foro, *pero incluyendo también la visión de este foro sobre la resolución a las «cuestiones previas»*. Ciertamente, el foro puede ser el de cada EM... o un *foro europeo*. En el primer caso, decide la visión eventualmente diversa de cada EM. En el segundo, hablamos de una única «solución europea», que es precisamente lo que nos estamos cuestionando<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> LOOSCHELDERS, D., *op. cit.*, p. 538.

<sup>110</sup> *Supra* núms. 44 y 45.

<sup>111</sup> CORNELOUP, S., *op. cit.*, p. 208, haciendo hipótesis de la cuestión, como con posterioridad le recuerda LAGARDE, P. (p. 223); también hace esa derivación FULCHIRON, H., «La reconnaissance au service de la libre circulation de personnes et de leur statut familial dans l'espace européen», *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, París, LGDJ, 2014, pp. 359-381, esp. p. 369, aunque, a mi juicio, a pesar de hablar de una cuestión previa, se está refiriendo más bien a una *Erstfrage*.

72. *Mutatis mutandi* aceptar que la solución a la cuestión previa se liquida en términos de ámbito de aplicación de la norma es como decir que dado que el art. 9.8 CC no regula el matrimonio o la filiación (algo obvio) ello supone una toma de partido por una solución independiente a la cuestión previa. Y no es necesariamente así: precisamente la cuestión previa es conflictiva porque hay más de una norma conflictiva que entra en juego (aceptando como hipótesis que tanto la solución independiente como la dependiente son posibles). Por otro lado, este razonamiento formal *solo* excluiría directamente la aplicación a la cuestión previa del Derecho material de la ley rectora de la cuestión principal, pero no, por ejemplo, sus normas de conflicto (solución dependiente). La consecuencia en términos de delimitación del ámbito de aplicación de la norma sería más parecida a esta: el art. 9.8 CC (en su caso, Reglamento) no regula la filiación [...], por lo que la ley sustantiva a la que remite solo se aplica a los aspectos sucesorios cubiertos por su supuesto de hecho; la ley aplicable a la filiación habrá de regularse potencialmente por otra ley: cómo se identifica esa ley es algo que no deriva directamente de lo que sí regula el art. 9.8 CC (en su caso, Reglamento). Volviendo al Reglamento (y vale para cualquier otro), lo único que cabría señalar es que, sencillamente, no dice nada sobre la cuestión previa<sup>112</sup>.

73. Resultaría, por otro lado, un tanto contradictorio señalar, como generalmente se hace, que el Reglamento no posee una solución a la cuestión previa, y al mismo tiempo ofrecerla a través de la delimitación de su ámbito de aplicación. Sin embargo, hay que reconocer que esta crítica que realizo, y que considero válida en términos intraordinamentales, tiene un recorrido distinto en el Derecho de la UE, del que también se han hecho eco algunos autores: el de la *legitimidad* de la propia UE para toma postura sobre temas ajenos a su competencia. La idea es que el legislador europeo no tendría competencia para regular la filiación de una persona, o el matrimonio, por ejemplo. Existiría así una diferencia importante: el tratamiento de la cuestión previa dentro de un mismo sistema —como regla y dejando ahora de lado la asunción de algunas de esas competencias por la UE— presume que el legislador estatal tendría competencia para determinar la ley aplicable tanto a la cuestión principal (por ejemplo, sucesiones) cuanto a la cuestión previa (por ejemplo, filiación); sin embargo, el legislador de la UE puede no tener, o no haberla asumido, o ser discutible que tenga dicha plenitud de competencia legislativa<sup>113</sup>. Mas, señalada la especialidad, la consecuencia sería la misma: no la asunción de una solución independiente a la cuestión previa, sino la constatación de una «no solución».

74. Quede constancia, en todo caso, de que el argumento no vale cuando la UE sí tiene competencia para regular tanto la materia objeto de la cuestión principal, cuanto la materia objeto de la cuestión previa. En estos casos, del reproducido cdo. 9 de la Propuesta, se podría extraer la regla según la cual la

<sup>112</sup> SOLOMON, D., *op. cit.*, p. 370, aunque el razonamiento contrario también es posible (pp. 369-370); DUTTA, A., «Das neue internationale Erbrecht...», *op. cit.*, p. 13.

<sup>113</sup> GÖSSL, S. L., «Preliminary Questions...», *op. cit.*, p. 67.

cuestión previa en los supuestos en que esté regulada por una norma europea se resuelve de manera independiente.

#### 4.2. Armonía interna *versus* armonía internacional en la UE

75. Otra de las líneas de discusión habitual en la búsqueda de una solución «europea» a la cuestión previa es la de proyectar los clásicos tópicos de armonía internacional *versus* armonía interna a la realidad del Derecho europeo. ¿La peculiaridad de la UE condiciona o determina la respuesta a la cuestión previa en términos de armonía interna o internacional?

76. La respuesta a esta pregunta debe partir de dos premisas. La primera es el valor mismo de la idea de armonía, sobre todo, la de armonía internacional de la que se nutre la solución dependiente. En este sentido, nos encontramos con dos realidades en cierto modo contrapuestas. Por un lado, el hecho de que el núcleo duro del DIPr de la UE rechace de forma generalizada la toma en consideración de normas de conflicto de la *lex causae*<sup>114</sup> es utilizado por quienes combaten la idea de la solución dependiente<sup>115</sup>. La armonía internacional no es tan relevante, sería la premisa y la conclusión. Por otro lado, tenemos la realidad del Reglamento de sucesiones, que rompiendo esa dirección concede un cierto espacio al reenvío (art. 34), justificado, precisamente, en aras a la armonía internacional de soluciones<sup>116</sup> o la «coherencia internacional» en los términos del propio Reglamento<sup>117</sup>. ¿Que deriva de ambas realidades? A mi juicio, ninguna de las dos es decisiva. La exclusión del reenvío o su admisión ni determina ni condiciona en nada una concreta solución a la cuestión previa. Digamos, a mayor abundamiento, que la armonía internacional no es más que un factor (ni siquiera necesariamente presente) en el mecanismo del reenvío, más complejo y más nutrido de otros muchos<sup>118</sup>. Y desde la perspectiva de su capacidad para determinar una solución concreta a la cuestión previa, la armonía (la que sea) debe ceder a favor de la preponderancia de intereses privados, de los participantes y la concreta situación<sup>119</sup>.

77. La segunda premisa es la refutación de principio más atrás presentada en torno a la idea de armonía internacional<sup>120</sup>. Planteada una cuestión previa de filiación, el hecho de que la ley aplicable a la sucesión derive del art. 9.8

<sup>114</sup> Arts. 20 del Reglamento Roma II, 24 del Reglamento Roma II, y 11 del Reglamento Roma III. A los que podemos añadir el art. 12 del Protocolo de alimentos de La Haya, el art. 32 del Reglamento de regímenes económicos matrimoniales (*supra* nota 85) o el art. 32 del Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DO L 183, de 8 de julio de 2016).

<sup>115</sup> GÖSSL, S. L., «Die Vorfrage...», *op. cit.*, p. 71; MÄSCH, G., *op. cit.*, p. 207.

<sup>116</sup> BONOMI, A., en BONOMI, A. y WAUTELET, P., *op. cit.*, pp. 436 y ss.

<sup>117</sup> Cdo. 57.

<sup>118</sup> ROMANO, G. P., *Le dilemme du renvoi en droit international privé. La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Ginebra-Zurich-Basilea, Schulthess, 2014, *passim*.

<sup>119</sup> MÄSCH, G., *op. cit.*, p. 211.

<sup>120</sup> *Supra* núms. 18 a 20.

CC (causante con última nacionalidad peruana) o del art. 21 del reglamento (causante con última residencia habitual peruana) no cambia nada lo dicho: la armonía internacional es absolutamente aleatoria, optemos por una solución dependiente o independiente. No puede ser parámetro de decisión alguno. En nuestro caso (Reglamento de sucesiones) no es la armonía internacional lo que está en juego sino *la armonía o coherencia respecto del resto de los EM*. Y esta podría considerarse como una especie de armonía o coherencia interna (de una *lex fori europea*) que, recordemos, sí tiene consistencia *per se*<sup>121</sup>, y cuya consecución exige distinguir, al menos, dos situaciones, según la ley aplicable a la cuestión previa esté también unificada o, por el contrario, no lo esté.

78. En el primer caso, da igual qué solución se siga para la cuestión previa, a pesar de una cierta opinión en considerar que en estos casos la solución independiente sería la obligada<sup>122</sup>. Si se opta por la independiente, en todos los EM se aplicaría la misma solución por mor de la unificación: sería el caso de la cuestión previa de validez de una donación a efectos de la sucesión (todos los EM aplican Roma I). Si se opta por la dependiente, todos aplicarían también la misma solución, esta vez derivada de la norma de conflicto de la ley rectora de la cuestión principal (que es la misma para todos), aunque, en este caso, con más elementos de aleatoriedad: la aplicación de una norma de conflicto unificada, potencialmente interpretada de forma uniforme por el TJUE, conocida y familiar a todos los EM, no es lo mismo que la aplicación de la norma de conflicto de un tercer Estado.

79. Si, por el contrario, solo está unificada la ley aplicable a la cuestión principal y no la aplicable a la cuestión previa (por ejemplo, sucesión y filiación natural), la armonía o coherencia entre los EM precisaría de una solución dependiente (*ex lege causae*). Ciertamente, se trataría, en este caso, de una armonía o coherencia respecto de los EM *parcial*: solo limitada a la cuestión principal sucesoria, pero no a la cuestión previa, en nuestro ejemplo de filiación, que seguiría al albur de cada solución estatal de presentarse como cuestión principal<sup>123</sup>. Se trata de una solución esta que incluso plantea reservas a quienes la proponen; reservas derivadas de la afectación de la coherencia interna en cada EM o del omnipresente límite derivado del ámbito de aplicación de cada instrumento<sup>124</sup>. Más aún, la misma cuestión previa de filiación podría tener una solución «europea» distinta en función del instrumento europeo aplicable y, consiguientemente, de la ley aplicable a la cuestión principal: piénsese, por ejemplo, para la misma filiación, en que la solución dependiente sería diversa ante la aplicación de la ley nacional como ley sucesoria y ante la de la residencia habitual como ley rectora de los alimentos<sup>125</sup>. Y todo ello, sujeto incluso a las vicisitudes que puede aparejar el

<sup>121</sup> *Supra* núm. 22.

<sup>122</sup> BERNITT, C. Ch., *op. cit.*, pp. 135-136, más en términos de «legitimidad» que de «armonía»; GÖSSL, S. L., «Preliminary Questions...», *op. cit.*, pp. 67-68; HEINZE, Ch., *op. cit.*, p. 113.

<sup>123</sup> SOLOMON, D., *op. cit.*, pp. 367-368.

<sup>124</sup> HEINZE, Ch., *op. cit.*, p. 114.

<sup>125</sup> Max Planck Comments, núm. 7.

proceso de identificación y aplicación de la ley aplicable a la cuestión previa, en caso de estar esta gobernada por un Derecho extranjero: diferentes concepciones en cada EM sobre su aplicación, diferentes concepciones en cada EM en cuanto a la vulneración de su orden público<sup>126</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

80. Advertí en la introducción de que la obtención de certezas o de una respuesta segura a la Pregunta núm. 13 del Libro Verde no iba a ser posible. Creo que los desarrollos que nos han llevado hasta aquí lo atestiguan. El primer acercamiento a la propia realidad, plural, muy plural, que históricamente se ha tratado de comprimir bajo el concepto de «cuestión previa» no era un buen augurio. Si algo ha quedado claro, al menos para mí, es que cualquiera que hubiese sido la respuesta en términos positivos se habría hecho acreedora de las críticas que, según las distintas posturas referenciadas, se hacen a la solución independiente, a la dependiente, a cualquier otra o a todas ellas.

81. En algún momento me referí a la opinión de los Profs. H. Dörner y P. Lagarde, según la cual la regulación de la cuestión previa no resultaba muy conveniente a la luz de la escasa práctica comparada y de las grandes discrepancias doctrinales que la envolvían. Creo que tenían razón. Lo cual no deja de ser frustrante. No por no poder demostrar lo contrario, ni por no ser previsible que, al menos, a partir de ahora se diga que «Dörner, Lagarde y Álvarez opinan que...», sino porque, como dije al principio, el hecho de no encontrar una solución satisfactoria a la cuestión previa no significa que los variados problemas que sintetizamos bajo su figura dejen de existir.

82. Y tampoco puede resultar consuelo coincidir con que cuanto mayor sea la aproximación y permeabilidad en Derecho comparado, cuanto más unificación conflictual, cuanto más avance la idea del reconocimiento alimentada por reglas, por el TJUE o por los derechos humanos interpretados por el TEDH, menos «cuestión previa» habrá<sup>127</sup>. De momento las hay y no parece previsible que desaparezcan.

83. Ante este panorama, creo que lo más sensato es cambiar el concepto. Cambiar la forma de ver los problemas, eliminando el corsé de la teoría de la «cuestión previa». Eliminarla sin más y con ella sus propuestas de solución. Reducirla, por ejemplo, a una cuestión de interpretación de la ley (de la *lex materialis causae*) sin ataduras ni compromisos conflictuales. El método del reconocimiento, con sus carencias, se orienta en esa dirección. También en un plano doctrinal, muchas de las excepciones que unos y otros plantean a sus propias propuestas principales indican el camino del *tratamiento singular*, de la solución *ad hoc*, con o sin la intermediación necesaria de una «norma de conflicto».

<sup>126</sup> *Supra* núm. 19.

<sup>127</sup> HENRICH, D., *op. cit.*, p. 72.

## RESUMEN

### ¿QUÉ NORMA DE CONFLICTO DE LEYES HAY QUE ADOPTAR PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE A LAS CUESTIONES PREVIAS A EFECTOS DE LA SUCESIÓN?

En este trabajo se aborda el tema clásico de la «cuestión previa» en DIPr. El punto de partida es la Pregunta núm. 13 del Libro Verde Sucesiones y testamentos.

Falta acuerdo en torno a la *respuesta* a la cuestión previa. Esta es la justificación de cualquier problema teórico. Sin embargo, tampoco hay consenso en torno al *concepto* de la cuestión previa. Y esto es algo que dificulta cualquier discusión rigurosa.

En este escenario, se propone rechazar la teoría (*rectius*, teorías) de la cuestión previa y adoptar un enfoque casuístico. Este enfoque *ad hoc* se fundamentaría, entre otras razones, en las múltiples reglas y excepciones (muchas de ellas muy razonables) propuestas por los autores, en especial la doctrina alemana.

En algunos casos el «reconocimiento» (y no la ley aplicable) puede ser el enfoque más adecuado; en otros, cualquiera de las propuestas clásicas [...] proporcionará la mejor respuesta, dependiendo de las circunstancias y del interés preponderante en el supuesto; también es posible evitar el problema a través de una «calificación» funcional de la situación.

La debilidad de esta propuesta, la falta de seguridad jurídica, es manejable y, en cualquier caso, la propuesta no es más débil que el escenario actual sumamente heterogéneo.

**Palabras clave:** sucesiones, Derecho internacional privado, cuestión previa, UE.

## ABSTRACT

### WHAT CONFLICT RULE SHOULD BE ADOPTED TO DETERMINE THE LAW APPLICABLE TO PRELIMINARY QUESTIONS ON WHICH THE SUCCESSION MAY DEPEND?

This paper deals with the classic topic of «incidental or preliminary question» in the conflicts of laws. The start point is the question n° 13 of the Green Paper Succession and wills.

There is no consensus on the *answer* to the incidental question. Understandable, as this is indeed the begin of every theoretical problem. However, there is no consensus either regarding the *concept* of incidental question. And this is something that precludes any proper discussion.

As a result, the author proposes to reject the theory (*rectius*: the theories) of the preliminary question and to adopt a case by case approach. This *ad hoc* approach is based, among other reasons, upon the multiple rules and exceptions (many of them very reasonable) proposed by authors, especially in German doctrine.

In some cases «recognition» (and not conflicts of laws) can be the most appropriate approach; in others any of the classic proposals [...] will provide with the better answer, depending on the circumstances and the most preponderant interest involved; it is also possible to avoid the problem through a proper «characterization» of the situation.

The main weakness of this proposal, that is, the requirements of legal certainty, is a fully manageable one, and in any case it is a proposal not weaker than the current heterogeneous scenario.

**Keywords:** successions, conflict of laws, incidental question, EU.



## EL LEGISLADOR EUROPEO Y EL DIPR DE SOCIEDADES EN LA UE \*

Rafael ARENAS GARCÍA

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. DERECHO ORIGINARIO Y DIPR DE SOCIEDADES.—2.1. Condicionamientos sustanciales.—2.2. Condicionamientos conflictuales.—3. LA AC-TUACIÓN DEL LEGISLADOR EUROPEO.—3.1. Regulación existente.—3.2. Algunas pro-puestas.—4. CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. No resulta posible entender actualmente el DIPr de sociedades en los Estados miembros de la UE sin considerar la forma en que en él inciden las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento de personas jurídicas prevista en el TFUE<sup>1</sup>. Las decisiones dictadas por el Tribunal de Luxemburgo desde la Sentencia *Centros* de 9 de marzo de 1999<sup>2</sup> han ido definiendo en qué forma esta libertad limita las opciones regulatorias de la actividad interna-cional de las sociedades de las que disponen los legisladores internos, limita-ciones que en algunos casos pueden implicar la imposición de determinadas soluciones, habiéndose convertido, por tanto, el tribunal europeo en un auténtico legislador que con sus pronunciamientos configura el equivalente a un sis-tema europeo de DIPr de sociedades que desplaza las soluciones nacionales<sup>3</sup>.

---

\* Este trabajo se encuadra en el Proyecto «Desarrollo del derecho de sociedades en la UE: libertad de establecimiento, fiscalidad e interacción con los ordenamientos nacionales», Ministerio de Ciencia e Innovación, referencia DER-2013-46535-P bajo la codirección de los Drs. Carlos Górriz López y Rafael Arenas García. Rafael Arenas es Catedrático de Derecho internacional privado en la Universitat Autó-noma de Barcelona. [rafael.arenas@uab.es](mailto:rafael.arenas@uab.es).

<sup>1</sup> Art. 54.1 TFUE: «Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo a las personas físicas nacionales de los Estados miembros».

<sup>2</sup> STJ de 9 de marzo de 1999, *Centros Ltd. y Erlwevs-og Selskabsstyrelsen*, asunto C-212/97, EU:C:1999:126.

<sup>3</sup> Para un análisis de conjunto de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la materia me remito a ARENAS GARCÍA, R., «Sombras y luces en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en materia de Derecho internacional privado de sociedades», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G.

La situación anterior plantea algunos problemas, señaladamente la falta de seguridad jurídica a la que se enfrentan los operadores jurídicos, quienes no pueden conocer *a priori* cuál será el régimen de las operaciones que emprendan pues la regulación nacional susceptible de aplicación podrá ser matizada como consecuencia de la proyección sobre el caso de la libertad de establecimiento prevista en el Derecho de la UE. A esto, además, se une la incerteza en la determinación del Derecho aplicable a los problemas societarios internacionales.

2. La situación que se acaba de describir explica que se haya planteado en alguna ocasión la necesidad de que el legislador europeo aborde la regulación del DIPr de sociedades. La introducción en el Derecho derivado de normas de conflicto de leyes en materia de DIPr de sociedades podría favorecer la seguridad jurídica<sup>4</sup> y servir también para encontrar soluciones adecuadas a la cada vez más intensa actividad internacional de las sociedades. No parece, sin embargo, que de momento la UE vaya a abordar esta cuestión. En el Plan de Acción de la Comisión presentado el 12 de diciembre de 2012 no se incluye la regulación del Derecho aplicable a las sociedades<sup>5</sup>.

En este trabajo abordaremos la necesidad y posibilidades de esta actuación legislativa de la UE. Tras un breve examen del estado actual de la materia, incidiendo especialmente en la forma en que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha configurado el embrión de un sistema implícito de DIPr de sociedades en Europa, entraremos en las materias que deberían ser reguladas (tomando en cuenta para ello los problemas que han sido tratados hasta ahora por los tribunales) y en qué casos debería recurrirse a la técnica conflictual para dicha regulación. Nos ocuparemos aquí solamente de la regulación de las formas societarias nacionales; porque respecto a los diferentes tipos societarios europeos<sup>6</sup> las dificultades que aquí abordaremos se plantean de una

---

(eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhígues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 739-759; *id.*, «*Lex societatis* y derecho de establecimiento», en ARENAS GARCÍA, R., GÓRRIZ LÓPEZ, C. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 127-169.

<sup>4</sup> Véase SONNENBERGER, H. J., «État de droit, construction européenne et droit des sociétés», *Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 102, 2013, núm. 1, pp. 101-112, esp. p. 112. Véase la propuesta de regulación presentada por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (Milán, 16-18 de septiembre de 2016), <http://www.gedip-egpil.eu/documents/Milan%202016/GEDIPs%20Proposal%20on%20Companies.pdf>, consultado el 28 de octubre de 2016.

<sup>5</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1453891145338&uri=CELEX:52012DC0740>, consultado el 28 de octubre de 2016. Véase BENEDETTELLI, M. V., «Five Lay Commandments for the EU Private International Law of Companies», *Yearbook of Private International Law*, vol. XVII, 2015/2016, pp. 209-251, esp. pp. 212-213.

<sup>6</sup> La Sociedad Anónima Europea (SE), regulada por el Reglamento (CE) núm. 2157/2001, del Consejo, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), DO L núm. 294, de 10 de noviembre de 2001; y por la Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (*ibid.*). Junto a esta la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), regida por el Reglamento (CEE) núm. 2137/85, del Consejo, de 25 de julio, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE), DO L núm. 199, de 31 de julio de 1985. También la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) regida por el Reglamento (CE) núm. 1435/2003, del Consejo, de

forma diferente. En primer lugar, en relación a estas formas societarias no se dan problemas de reconocimiento, ya que al tratarse de personas jurídicas no sometidas a un Derecho nacional han de ser consideradas como propias desde la perspectiva de todos los Estados miembros de la UE. En segundo término, en relación a las formas societarias europeas no se plantea propiamente un problema de conflicto de leyes, sino de determinación de las fuentes de regulación, entre las que se incluye, por remisión de la normativa europea, el Derecho de origen interno del Estado miembro en el que se fija el domicilio de la persona jurídica<sup>7</sup>. En tercer lugar, porque algunas de las cuestiones que no se encuentran previstas respecto a las sociedades constituidas de acuerdo con lo establecido en el Derecho de origen interno de los Estados miembros de la UE, sí que se encuentran reguladas específicamente en los instrumentos que se ocupan de las formas societarias europeas<sup>8</sup>.

3. Es evidente que hasta ahora las instituciones europeas han mostrado una cierta desconfianza, ya no solamente hacia la norma de conflicto como instrumento adecuado para la regulación societaria, sino incluso hacia el Derecho derivado, sea cual sea la forma que adopte, en materia societaria. Solamente así se explica, por ejemplo, que en un tema tan relevante como es la transferencia internacional del domicilio social aún no hayan concluido los trabajos de elaboración de una Directiva que facilitaría una operación que no es posible impedir, tal como ha establecido el Tribunal de Luxemburgo<sup>9</sup>. No existen razones objetivas para tal desconfianza, pues las normas de conflicto son un buen instrumento para conseguir la seguridad jurídica en un espacio legal complejo como es la UE. En muchos casos será más realista una aproximación a la articulación de los diferentes Derechos europeos mediante técnicas conflictuales que mediante la unificación del Derecho material<sup>10</sup>.

En los siguientes epígrafes intentaremos mostrar de qué forma podrían articularse el Derecho material y el conflictual para dotar de consistencia el

---

22 de julio, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), DO L núm. 207, de 18 de agosto de 2003, y por la Directiva 2003/72/CE, del Consejo, de 22 de julio (*ibid.*).

<sup>7</sup> Véanse el art. 9.1.c) del Reglamento de la SE y el art. 8.1.c) del Reglamento de la Sociedad Cooperativa Europea.

<sup>8</sup> Señaladamente, la transferencia internacional del domicilio social, véase *infra* epígrafe 3.1, apartado 17.

<sup>9</sup> Véase LEIBLE, S., «El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento», en ARENAS GARCÍA, R., GÓRRIZ LÓPEZ, C. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coords.), *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 103-128, esp. pp. 114-120, sobre la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo relevante para la transferencia internacional del domicilio social, y pp. 123-124, sobre la necesidad de una Directiva en la materia.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, el fracaso del intento de elaboración de una regulación material común para el contrato de compraventa [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM(2011) 635 final, de 11 de octubre de 2011, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF>, consultada el 28 de octubre de 2016], definitivamente abandonada el 16 de diciembre de 2014, tal como resulta de lo previsto en el Anexo II al Programa de trabajo de la Comisión para el 2015 [COM(2014) 910 final, [http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp\\_2015\\_withdrawals\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_en.pdf), consultado el 28 de octubre de 2016], véase FONTANELLAS MORELL, J. M., «La normativa común de compraventa europea ¿punto final o punto y seguido?», *AEDI-Pr*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 447-487, esp. p. 448.

sistema de DIPr de sociedades que ha comenzado a configurar la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, ofreciendo además la necesaria seguridad jurídica a los operadores económicos.

## 2. DERECHO ORIGINARIO Y DIPR DE SOCIEDADES

### 2.1. Condicionamientos sustanciales

4. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha venido detallando desde el año 1999 en qué forma la libertad de establecimiento condiciona el DIPr de sociedades de los Estados miembros. A través de decisiones que han abordado diferentes aspectos de la actividad internacional de las sociedades han ido fijando ciertas limitaciones imperativas al Derecho interno de los Estados miembros. En principio tales limitaciones deberían reducirse a establecer el límite de la actuación posible del legislador estatal; es decir, qué soluciones serían incompatibles con la libertad de establecimiento, pero sin llegar a imponer concretas regulaciones que se convirtieran en normas que desplazaran a las estatales. Ahora bien, en la práctica algunos de los condicionamientos establecidos por el Tribunal de Luxemburgo tienen tal grado de concreción que realmente podrían ser entendidos como auténticas normas, incluso con cierto grado de detalle, lo que influirá, como veremos, también en el margen del que disponga el legislador europeo en caso de que se decidiera a abordar la regulación del DIPr. Lo que seguirá no pretende ser un comentario de las decisiones existentes<sup>11</sup>, sino la presentación a través de ellas de las exigencias para el DIPr de sociedades que ha identificado el Tribunal de Luxemburgo y a las que debería responder la actuación del legislador europeo.

En este epígrafe trataremos de cómo la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo afecta a la regulación sustancial de la actividad internacional de las sociedades y en el siguiente examinaremos la incidencia que tiene en la regulación conflictual. Ciertamente las relaciones entre ambas dimensiones son estrechas, pero creemos que es posible establecer esta diferenciación que resulta necesaria para poder considerar el margen que tiene en cada uno de estos ámbitos el Derecho derivado.

5. La primera exigencia que recoge la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en relación a la proyección de la libertad de establecimiento sobre el régimen de la actividad internacional de las sociedades es la de la necesidad de inscribir en el registro competente de cada Estado las sucursales en

---

<sup>11</sup> Por lo demás, ya sobradamente realizado, pues los comentarios dedicados a las diferentes decisiones dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en materia de Derecho internacional privado de sociedades son inabarcables. Baste comprobar, por ejemplo, el resumen de la doctrina en torno a la Sentencia *Centros* que se recoge en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La Sentencia *Centros* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios», *REEI*, 2000, núm. 1. En la nota 3 de dicho trabajo se citan 21 comentarios, solamente a la Sentencia *Centros* (y se trata de un trabajo del año 2000, el siguiente al de la publicación de la sentencia!).

dicho Estado de las sociedades constituidas en otro Estado miembro de la UE. Así se estableció en la primera decisión de la nueva jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en DIPr de sociedades, la Sentencia *Centros* de 9 de marzo de 1999<sup>12</sup>. Esta obligación de inscripción, sin embargo, no es incompatible con la adopción de medidas tendentes a evitar que la libertad de establecimiento sea utilizada de forma fraudulenta<sup>13</sup>; aunque en la práctica la posibilidad de adoptar tales medidas será reducida, puesto que se hará necesario justificarlas a partir de un fin de interés general, mostrar que son adecuadas y proporcionadas para conseguir el fin pretendido y que no existen medidas alternativas que consigan la protección del interés al que responden las medidas sin limitar la libertad de establecimiento en menor medida que las adoptadas<sup>14</sup>.

La obligación de inscripción presupone en buena lógica la de reconocer la personalidad jurídica de la sociedad; pero no fue hasta la Sentencia *Überseering*, de 5 de noviembre de 2002<sup>15</sup> cuando se hizo explícita esta obligación de reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades constituidas de acuerdo con lo previsto en el Derecho de un Estado miembro de la UE.

6. El Tribunal de Luxemburgo también dictaminó que las sociedades constituidas en un Estado miembro podían establecerse en otro Estado miembro sin que resultara admisible exigírseles requisitos específicos en cuanto al capital social y responsabilidad de los administradores más allá de los que había tenido que cumplir en el Estado de constitución de la sociedad<sup>16</sup>. Esta exigencia aparenta tener una dimensión conflictual, ya que parece imponer la aplicación de la ley del Estado de constitución en lo que se refiere al régimen del capital social y de la responsabilidad de los administradores sociales; pero podría contemplarse también desde una perspectiva sustantiva, especialmente en lo que se refiere a la responsabilidad de los administradores, siempre que interpretáramos la decisión no en el sentido de imponer forzosamente la aplicación a la responsabilidad de los administradores la regulación del Estado de origen de la sociedad, sino en el de que tal responsabilidad no puede ser agra-

<sup>12</sup> STJ de 9 de marzo de 1999, *Centros Ltd y Erhvens-og Selskabsstyrelsen*, asunto C-212/97 (cit. nota 2). En su parte dispositiva establece que los preceptos relevantes del Derecho originario (en el momento en el que se dictó la sentencia los arts. 52 y 58 del Tratado CE, equivalentes actualmente a los arts. 49 y 54 del TFUE) «se oponen a que un Estado miembro deniegue la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro».

<sup>13</sup> En la misma Sentencia de 9 de marzo de 1999 se indica en su parte dispositiva que: «No obstante, esta interpretación no excluye que las autoridades del Estado miembro afectado puedan adoptar cualquier medida apropiada para prevenir o sancionar fraudes, ya sea en relación a la propia sociedad [...] ya sea con respecto a los socios con relación a los cuales se haya demostrado que en realidad lo que pretenden, mediante la constitución de una sociedad, es eludir sus obligaciones para con los acreedores privados o públicos establecidos en el territorio del Estado miembro afectado».

<sup>14</sup> Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 30 de septiembre de 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam y Inspire Art Ltd.*, asunto C-167/01, EU:C:2003:512, apartados 131 a 142 de la sentencia.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 5 de noviembre de 2002, *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, asunto C-208/00, EU:C:2002:632.

<sup>16</sup> Véase la parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art* (cit. *supra* nota 14).

vada por normativas específicas del Estado donde la sociedad se encuentra establecida. De esta forma no sería imposible, por ejemplo, que se aplicaran a los administradores medidas menos restrictivas en cuanto a su responsabilidad que las fijadas por el Derecho del Estado de origen de la sociedad.

Esta idea, la de la posibilidad de atenuar las reglas de responsabilidad en beneficio de las sociedades que se encuentran domiciliadas en otro Estado miembro, está presente en la Sentencia de 20 de junio de 2013, *Impacto Azul*<sup>17</sup>, donde se mantuvo que no era contrario a la libertad de establecimiento limitar la responsabilidad de las sociedades matrices frente a los acreedores de las filiales cuando tales matrices tuvieran su domicilio social en otro Estado miembro. En este caso no se trataba de determinar qué Derecho debía regir esta responsabilidad de las matrices —se asumía que debía ser el Derecho portugués— sino la posibilidad de que tal Derecho estableciera diferencias entre los supuestos en los que la matriz tuviera su sede en Portugal o en otro Estado miembro de la UE. La respuesta del Tribunal de Luxemburgo es la de que en tanto en cuanto se trate de un trato que beneficie a las sociedades matrices extranjeras frente a las nacionales no hay nada en la regulación europea de la libertad de establecimiento que impida dicha aplicación más beneficiosa<sup>18</sup>.

Podría discutirse la corrección de la decisión, tanto en lo que se refiere a su entendimiento del Derecho portugués<sup>19</sup> como por la valoración que hace de la forma en que afecta a la libertad de establecimiento de las sociedades la limitación de responsabilidad a favor de las matrices que tienen su sede en un Estado miembro de la UE diferente de Portugal<sup>20</sup>; pero aquí nos interesa

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 9.ª) de 20 de junio de 2013, *Impacto Azul Lda. y BPSA 9 —Promoção e Desenvolvimento de Investimentos Imobiliários, S. A., Bouygues Imobiliária— SGPS, Lda, Bouygues Immobilier, S. A., Aniceto Fernando Viegas, Óscar Cabanez Rodríguez*, asunto C-186/12, EU:C:2013:412: «El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye de la aplicación del principio de responsabilidad solidaria de las sociedades matrices frente a los acreedores de sus filiales a las sociedades matrices que tengan su domicilio social en el territorio de otro Estado miembro».

<sup>18</sup> Se consagra, por tanto, la posibilidad de una discriminación interna en este ámbito, véanse SCHMIDT, J., «Die EuGH-Entscheidung *Impacto Azul* - Der Impakt der Niederlassungsfreiheit auf das nationale Konzernrecht», *GPR*, 2014, núm. 1, pp. 40-42, esp. pp. 40-41; TEICHMANN, Ch., «Konzernrecht und Niederlassungsfreiheit. Zugleich Rezension der Entscheidung EuGH, Rs. 186/12 (*Impacto Azul*)», *ZGR*, 2014, núm. 1, pp. 45-75, esp. p. 49, y referencias contenidas en nota 15.

<sup>19</sup> Véase DIAS R., «Responsabilidad de la matriz por deudas de la filial y Derecho de la UE», en *Àrea de Dret Internacional Privat*, blog del Área de Derecho Internacional Privado de la UAB, <http://blogs.uab.cat/adipr/2013/07/24/responsabilidad-de-la-matriz-por-deudas-de-la-filial-y-derecho-de-la-ue/>, consultado el 28 de octubre de 2016.

<sup>20</sup> Podría sostenerse que esta limitación de responsabilidad desincentiva la contratación con las filiales en Portugal de sociedades con sede en otros Estados miembros de la UE al no gozar los acreedores de dichas filiales de las ventajas que supone la responsabilidad de la matriz por las deudas de las filiales; aunque, tal como se establece en la propia Sentencia (apdo. 37) esta responsabilidad puede establecerse por vía contractual (véase SCHMIDT, J., *op. cit.*, nota 18, p. 41). Ahora bien, esta posibilidad no supondría la aplicación completa del régimen de grupos, que prevé no solamente desventajas para la sociedad matriz (la responsabilidad por las deudas de la filial) sino también ventajas, como puede ser la posibilidad de recibir transferencias desde la sociedad dominada. Véanse sobre esta perspectiva, TEICHMANN, Ch., *op. cit.*, nota 18, pp. 68-69; CONAC, P.-H., «Droit européen des sociétés. Une législation

detenernos en la interpretación que hace el tribunal de la relación entre el Derecho material de sociedades, en este caso en relación a la responsabilidad de las matrices por las deudas de sus filiales, y el derecho a la libertad de establecimiento previsto en el Derecho originario de la UE. De la sentencia se deriva de manera directa que es compatible con dicha libertad minorar la responsabilidad de las matrices con sede en otro Estado miembro respecto a la de las matrices que han sido constituidas en el Estado en el que se plantea la determinación de la responsabilidad. De manera indirecta se desprende que sería contrario a dicha libertad de establecimiento agravar la responsabilidad de las matrices extranjeras frente a las nacionales; siempre, por supuesto, que estas extranjeras sean sociedades constituidas en un Estado miembro<sup>21</sup>.

7. De la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo también se desprende que cada Estado miembro ha de permitir que las sociedades constituidas de acuerdo con su Derecho se transformen en sociedades regidas por el Derecho de otro Estado miembro. Inicialmente esta manifestación del derecho a la libertad de establecimiento fue afirmada como *obiter dicta* en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 16 de diciembre de 2008 (*Cartesio*)<sup>22</sup> y confirmada en la Sentencia *VALE*, de 12 de julio de 2012<sup>23</sup> donde, además, se añadió que el Estado de destino de la sociedad emigrada no podía excluir a las sociedades extranjeras que deseaban transformarse en sociedades nacionales de las previsiones establecidas para la transformación de sociedades nacionales y, en concreto, no podían limitar la posibilidad de que la sociedad extranjera fuera considerada predecesora legal de la sociedad transformada. Además deberían tenerse en cuenta los documentos procedentes de las autoridades del Estado de origen de la sociedad<sup>24</sup>.

Resulta curioso o, al menos, destacable, que mientras el Tribunal de Luxemburgo prevé que han de establecerse mecanismos que permitan la transformación de una sociedad regida por el Derecho de un Estado miembro de la UE en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro, se mantenga que sea compatible con la libertad de establecimiento que regula el Derecho europeo la imposibilidad de que una sociedad fije su domicilio social en un Estado miembro diferente del de su constitución<sup>25</sup>.

---

d'un État membre sur les groupes qui discrimine les sociétés nationales n'est pas contraire à la liberté d'établissement», *Revue des sociétés*, 2014, núm. 3, pp. 179-185, esp. p. 184.

<sup>21</sup> Las sociedades constituidas en Estados terceros en ningún caso se benefician de la libertad de establecimiento, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1.<sup>a</sup>) de 11 de septiembre de 2014, *Kronos International Inc. y Finanzamt Leverkusen*, asunto C-47/12, EU:C:2014:2200.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, *CARTESIO Oktató es Szolgáltató bt*, asunto C-210/06, EU:C:2008:723.

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.<sup>a</sup>) de 12 de julio de 2012, *VALE ÉpítésiKft*, asunto C-378/10, EU:C:2012:440. Véase el análisis de esta sentencia de GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «El cambio de la *lex societatis*: una forma especial de transformación societaria. Comentario a la sentencia del TJUE (as. *Vale ÉpítésiKft*)», *La Ley*, 2012, núm. 7992, de 28 de diciembre de 2012 (también publicado en *Deloitte*, enero de 2013, [http://www.ciss.es/publico/deloitte/2013\\_71\\_A\\_039.pdf](http://www.ciss.es/publico/deloitte/2013_71_A_039.pdf), consultado el 28 de octubre de 2016, pp. 39-46).

<sup>24</sup> Véase la parte dispositiva de la sentencia.

<sup>25</sup> Véase la parte dispositiva de la Sentencia *Cartesio* ya mencionada (*supra* nota 22).

8. Más allá del Derecho privado, también se ha planteado la forma en que la libertad de establecimiento afecta a la capacidad impositiva de los Estados miembros de la UE. En la Sentencia *National Grid*, de 29 de noviembre de 2011<sup>26</sup> el Tribunal indicó que no era compatible con la libertad de establecimiento un régimen impositivo que supusiera una limitación inadecuada a la movilidad societaria. Esto se traducía en la necesidad de adecuar el régimen de los impuestos de salida (el impuesto de sociedades que había de satisfacerse en el caso de transferencia internacional del domicilio social sobre las plusvalías latentes de la sociedad) a las exigencias europeas<sup>27</sup>. Esta sentencia precedió a varias en relación a los impuestos de salida que obligaron a modificar la normativa de varios países europeos en la materia<sup>28</sup>.

9. Así pues, de acuerdo con la jurisprudencia hasta ahora dictada por el Tribunal de Luxemburgo resulta que la libertad de establecimiento reconocida por el Derecho europeo originario obliga a reconocer la personalidad jurídica de todas las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho de otros Estados miembros, a facilitar la inscripción de sus sucursales allí donde se hayan instalado y a no establecer normas más rigurosas que las del Estado de origen en cuanto a responsabilidad de la sociedad o de sus administradores. Además ha de permitirse la transformación de las sociedades nacionales en sociedades regidas por el Derecho de otro Estado miembro. También han de evitarse las medidas tributarias que dificulten la transferencia internacional del domicilio social, estando tan solo permitidas aquellas que sean necesarias para la consecución de un fin de interés general, sean adecuadas para dicho fin, no discriminatorias, proporcionales y, además, imprescindibles por no existir medidas alternativas que consigan proteger de igual manera el fin de interés general con una lesión menor de la libertad de establecimiento.

Es claro que el catálogo anterior no agota las consecuencias de la proyección sobre el Derecho de sociedades de las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento. El Tribunal de Luxemburgo tan solo se ha pronunciado sobre aquellas cuestiones que han resultado litigiosas en la práctica; pero sin que se descarte que existan otras manifestaciones de la incidencia de la libertad de establecimiento en el Derecho societario. De hecho, y tomando en cuenta la jurisprudencia existente hasta el momento, podemos afirmar que todos los Estados están obligados, por una parte, a reconocer la personalidad jurídica de las sociedades constituidas en otros Estados miembros, a admitir la presencia en su territorio de establecimientos de dichas sociedades y a no

<sup>26</sup> STJ (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus BV e Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, asunto C-371/10, EU:C:2011:785.

<sup>27</sup> Me remito a ARENAS GARCÍA, R., «Transferencia intraeuropea de la sede de dirección de la empresa: Derecho privado, fiscalidad y libertad de establecimiento [Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, asunto C-371/10, *National Grid Indus BV e Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*]», *Diario La Ley*, 30 de abril de 2012, núm. 7848, pp. 1-7.

<sup>28</sup> Véase ZHANG, H., «La compatibilidad de los impuestos de salida y la libertad de establecimiento desde la perspectiva española», en ARENAS GARCÍA, R., GÓRRIZ LÓPEZ, C. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coords.), *op. cit.*, nota 3, pp. 191-208.



aplicarles ninguna medida que suponga una carga para la sociedad superior a la que se derivaría de la aplicación del Derecho del Estado de constitución de la sociedad<sup>29</sup>. De la aplicación de dicho Derecho en materia de DIPr de sociedades nos ocuparemos en el siguiente epígrafe, pero aquí es necesario destacar que este Derecho del Estado de constitución constituye un límite que el Derecho del Estado del establecimiento no puede traspasar salvo en el caso de que exista un fin de interés general que haya de ser alcanzado y no exista alternativa para ello que no sea la imposición de una medida que suponga algún tipo de gravamen sobre la sociedad.

La segunda consecuencia de dicha proyección de la libertad de establecimiento sobre el Derecho societario es la necesidad de que los Estados europeos permitan que las sociedades constituidas de acuerdo con su propio Derecho se transformen en sociedades regidas por el Derecho de otros Estados miembros. Además, no pueden limitar la movilidad de las sociedades mediante medidas impositivas que desincentiven el traslado de la sede de una sociedad europea de un Estado miembro de la UE a otro Estado miembro. A salvo de que dicha medida pueda justificarse de acuerdo con lo indicado en los párrafos anteriores.

## 2.2. Condicionamientos conflictuales

10. La incidencia de la libertad de establecimiento sobre la regulación de la actividad internacional de las sociedades no se limita a las consideraciones sustanciales que hemos examinado someramente en el epígrafe anterior, sino que se extiende también a ciertos condicionamientos conflictuales, tal como veremos a continuación. Antes de entrar en ello, sin embargo, conviene aclarar que aquí no consideraremos como un condicionamiento conflictual la obligación de reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las sociedades constituidas según lo previsto en el Derecho de un Estado miembro de la UE, con independencia de que en dicho Estado se ubique (o no) la sede real de la sociedad.

---

<sup>29</sup> No se descarta que en el futuro puedan plantearse ante el Tribunal de Luxemburgo nuevos supuestos de limitación de la libertad de establecimiento que deberían ser contrastados con las exigencias de dicha libertad. Así, por ejemplo, en Alemania se ha denegado la inscripción de una sucursal de una sociedad inglesa por constar como directivo de la sociedad una persona que había sido descalificada como directivo en Alemania y que, presumiblemente, habría pretendido eludir la prohibición de ejercer como tal mediante la constitución de una sociedad inglesa (véase Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 7 de mayo de 2007, II ZB 7/06, <http://lexetius.com/2007,1419>, consultada el 28 de octubre de 2016. Véase RINGE, W.-G., «Corporate Mobility in the European Union -a Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking and regulatory competition», *ECFR*, vol. 10, 2013, núm. 2, pp. 230-267, esp. p. 259, nota 104). El Tribunal alemán entendió que esta limitación no suponía una vulneración de la libertad de establecimiento; pero no es posible saber lo que interpretaría el Tribunal de Luxemburgo en caso de tener que conocer de un supuesto como este. Sobre la forma en que las exigencias de la libertad de establecimiento limita los Derechos de los Estados miembros véase GRUNDMANN, S., *European Company Law. Organization, Finance and Capital Markets*, 2.ª ed., Cambridge-Amberes-Portland, Intersentia, 2012, pp. 138-139.

Es cierto que según ciertas concepciones del DIPr de sociedades la regulación del reconocimiento de sociedades extranjeras es inescindible de la determinación de la ley rectora de la sociedad (*lex societatis*)<sup>30</sup>; pero esta aproximación debería ser matizada ya que no existe problema en reconocer la personalidad jurídica de una sociedad y, asumiendo dicho reconocimiento, aplicar a determinadas cuestiones de su estatuto un Derecho diferente al de constitución<sup>31</sup>. Es por eso por lo que hemos considerado la obligación de reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las sociedades constituidas en los Estados miembros de la UE como una consecuencia sustancial de la libertad de establecimiento, y no conflictual.

11. Más allá de esta obligación de reconocimiento existen algunos condicionamientos estrictamente conflictuales que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. En concreto, se ha planteado la necesidad de considerar el Derecho del Estado de constitución de la sociedad en lo que se refiere a la regulación de la capacidad de la sociedad y la responsabilidad de los administradores sociales.

La primera proyección clara de la libertad de establecimiento sobre la regulación conflictual de las sociedades fue explicitada en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el caso *Überseering*, del año 2002<sup>32</sup>. En ella se estableció que la capacidad de una sociedad constituida en un Estado miembro debía regirse en otros Estados miembros por el Derecho del Estado de constitución de la sociedad. Se apartó así la Sentencia de las Conclusiones del Abogado General que, con mejor criterio, defendían que no existiera pronunciamiento del tribunal sobre el Derecho rector de la capacidad de la sociedad por considerar que se trataba de una cuestión de mera legalidad interna que no estaba afectada por la libertad de establecimiento<sup>33</sup>. Ahora bien, más allá de la crítica que pueda realizarse a la sentencia, lo cierto es que el principio quedó establecido y, además, fue también reiterado casi inmediatamente en la Sentencia *Inspire Art* del año 2003<sup>34</sup>.

12. De acuerdo, por tanto, con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es necesario aplicar el Derecho del Estado de constitución de la sociedad en lo que se refiere a la regulación de la capacidad de la sociedad y ese Derecho ha de ser al menos tenido en cuenta en la determinación del régimen de la responsabilidad de los administradores. No es claro que tal Derecho haya de ser necesariamente aplicado, pudiendo, quizás ser desplazado por otro cuando esto no implique colocar a los administradores de la sociedad en una situación peor que la que resulta del Derecho del Estado de constitu-

---

<sup>30</sup> Véase CALVO CARAVACA, A.-L., «Artículo 9, apartado 11», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Madrid, EDESA, t. I, vol. II (2.ª ed.), 1995, pp. 479-525, esp. p. 513.

<sup>31</sup> Véase GRUNDMANN, S., *op. cit.*, nota 29, p. 128 y referencias allí contenidas.

<sup>32</sup> Véase *supra* nota 15.

<sup>33</sup> Véase ARENAS GARCÍA, R., «Sombras y luces...», *op. cit.*, nota 3, pp. 749-750.

<sup>34</sup> Véase *supra* nota 14.

ción<sup>35</sup>. Tal como se ha adelantado, la jurisprudencia sentada en la Sentencia *Impacto Azul* apoyaría esta posibilidad.

De acuerdo con lo anterior, por tanto, resultaría que el Derecho originario de la UE en materia de libertad de establecimiento haría necesario considerar el Derecho del Estado de constitución de la sociedad en diversas circunstancias y con distinto grado de intensidad. Mientras en lo que se refiere a la capacidad de la sociedad la aplicación de dicho Derecho de constitución sería imperativa en otros supuestos tan solo sería necesaria la toma en consideración del mismo. Así sucedería en el caso de la responsabilidad de los administradores sociales y también, como veremos inmediatamente, en los casos de transformación de una sociedad regida por el Derecho de un Estado miembro en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro.

13. Tal como se había adelantado, el Tribunal de Luxemburgo indicó mediante un *obiter dicta* en la Sentencia *Cartesio*<sup>36</sup> que no resultaría compatible con el Derecho de la UE la legislación de un Estado miembro que no permitiera la transformación de una sociedad regida por el Derecho de dicho Estado en una sociedad sometida al Derecho de Estado miembro; ahora bien, añadía que tal obligación de facilitación existiría si el Derecho al que pretendía someterse la sociedad permitía tal transformación<sup>37</sup>. Esta llamada al Derecho del Estado al que desea trasladarse la sociedad es coherente con el principio según el cual ha de considerarse el Derecho del Estado de constitución de la sociedad, ya que en el supuesto del transformación de la sociedad en una regida por el Derecho de otro Estado, el Derecho de este último país asume el papel de Estado de constitución en lo que se refiere a la nueva forma adoptada por la sociedad.

Ciertamente, el Derecho del Estado de constitución —tanto el Estado de constitución originaria de la sociedad como aquel al que pretenda trasladarse la misma— no dispone de carta blanca según el Derecho de la UE en cuanto a la regulación societaria. Así, en el apartado anterior hemos visto cómo tal Derecho ha de facilitar en determinados supuestos la inmigración societaria<sup>38</sup> y no puede regular la fiscalidad de las operaciones societarias de manera tal que injustificadamente limita o desincentive la movilidad societaria<sup>39</sup>. Además, y tal como se acaba de recordar, tampoco puede impedir la transformación de las sociedades regidas por su Derecho en sociedades regidas por el Derecho de otro Estado miembro. De esta forma, se relacionan tanto las exigencias conflictuales como las materiales. Mientras las materiales implican un determinado contenido sustancial en la regulación del Derecho de los Estados, las conflictuales se concretan en la necesaria consideración del Derecho del Estado rector de la sociedad, entendido este como el de la cons-

<sup>35</sup> Véase ARENAS GARCÍA, R., «*Lex societatis* y derecho de establecimiento», *op. cit.*, nota 3, pp. 152-154.

<sup>36</sup> Véase *supra* nota 22.

<sup>37</sup> Véanse apartados 111-113 de la Sentencia *Cartesio*.

<sup>38</sup> Véase *supra* párr. 7.

<sup>39</sup> Sentencia *National Grid*, véase *supra* nota 26.

titución de la sociedad o el del nuevo Derecho al que se somete esta en los casos de transformación societaria. Ahora bien, esta consideración no implica necesariamente aplicación de tal Derecho.

14. La justificación de esta toma en consideración del Derecho según el cual se ha constituido la sociedad o del Derecho que la regirá tras su transformación en un tipo societario propio de un Estado miembro de la UE diferente del Estado de constitución no está seguramente suficientemente explicitada y justificada en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Por una parte, podría no resultar del todo claro que del Derecho originario en materia de libertad de establecimiento se derive el derecho a la transformación societaria<sup>40</sup>. Por otra parte, hubiera sido posible sostener que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades constituidas según lo previsto en el Derecho de un Estado miembro no exigía necesariamente la aplicación de dicho Derecho para la regulación de tal capacidad<sup>41</sup>. Finalmente, en lo que se refiere a la responsabilidad de los administradores sociales, existen razones que justificarían la consideración no del Derecho del Estado de constitución de la sociedad, sino del país en el que el administrador desarrolla su actividad.

Ahora bien, pese a lo anterior, no se trata aquí tanto de criticar la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la materia como de constatar que, efectivamente, existe un cierto condicionamiento de las soluciones conflictuales en materia de DIPr de sociedades como consecuencia de la proyección de las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento sobre la actividad internacional de las sociedades. Este condicionamiento, que va siendo desvelado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE a raíz de los diferentes casos que le son presentados, no se encuentra recogido en ninguna norma que de forma explícita y completa determine el régimen conflictual de las sociedades en la UE. Esta indeterminación, unida a la que también afecta a la regulación material de la actividad internacional de las sociedades, justificaría probablemente una actuación del legislador europeo, lo que no ha sido abordado más que parcialmente y tan solo en lo que se refiere a la regulación

---

<sup>40</sup> La mayoría de los autores, sin embargo, defienden que del derecho a la libertad de establecimiento se deriva la posibilidad de transformación societaria. Véase, por ejemplo, en España, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, nota 23, pp. 44-45, entre otros comentaristas de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. La base que en ocasiones se utiliza para llegar a esta conclusión es la consideración de que, al igual que previamente en la Sentencia *SEVIC* [STJ (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, EU:C:2005:762], el Tribunal se limita a establecer que no puede excluirse a las sociedades extranjeras de las transformaciones de sociedades regidas por el propio Derecho (en la Sentencia *SEVIC* se aplicó este mismo principio en relación a las fusiones de sociedades). Podría plantearse, sin embargo, que no hay posible equivalencia entre los supuestos internos de transformación societaria y los internacionales. La conversión de una sociedad regida por un Derecho en otra regida por un Derecho diferente es radicalmente distinta de cualquier otra transformación societaria que no implica el cambio de ley rectora de la sociedad. De ahí que la equivalencia pretendida pudiera ser cuestionable. Para una referencia a la doctrina crítica con este planteamiento véase GRUNDMANN, S., *op. cit.*, nota 29, p. 617, nota 130.

<sup>41</sup> Véanse las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el caso *Überseering*, presentadas el 4 de diciembre de 2001, esp. apartados 63 a 69.

sustancial. En el siguiente epígrafe consideraremos la tarea que hasta ahora ha realizado el legislador europeo y aventuraremos en qué forma podría avanzarse en esa regulación de la actividad internacional de las sociedades en Europa.

### 3. LA ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR EUROPEO

#### 3.1. Regulación existente

15. Tal como se ha adelantado, la actividad internacional de las sociedades en Europa se encuentra solo parcialmente regulada por el Derecho derivado europeo. Diversas directivas han abordado algunas de los aspectos de esta materia, pero han dejado algunas cuestiones completamente huérfanas de normativa; así, la transferencia internacional de la sede social. Esta regulación, además, ha optado por una aproximación material, de tal forma que prácticamente no existen normas que aborden, ni siquiera tangencialmente las cuestiones conflictuales. No hay, por tanto, Derecho derivado que resuelva las incógnitas que, como hemos visto, aún deja abiertas la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la materia.

16. De los diferentes supuestos de actividad internacional de las sociedades, el que tiene una regulación más detallada es la fusión internacional de sociedades. La Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas trata esta cuestión con detalle<sup>42</sup>. Junto a la Undécima Directiva sobre publicidad de sucursales<sup>43</sup> son las únicas normas de Derecho derivado que se ocupan de manera directa de la regulación de la actividad internacional de las sociedades dentro del Mercado Europeo. Más allá de los límites del Derecho privado, sin embargo, hemos de considerar también la Directiva 2011/96/UE sobre régimen fiscal común para matrices y filiales de Estados miembros diferentes<sup>44</sup>. Una regulación en su conjunto insuficiente para la problemática que resulta de una actividad extraterritorial de las sociedades extraordinariamente intensa, sobre todo a partir de los primeros años del siglo XXI.

De lo limitado de este Derecho derivado da cuenta el que una operación tan trascendente como es la transferencia internacional del domicilio social no haya dado lugar a ninguna norma, habiéndose paralizado hace tiempo los

---

<sup>42</sup> Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, *DO L* núm. 310, de 25 de noviembre de 2005. Este detalle no ha impedido, sin embargo, que algunas cuestiones relativas a las fusiones transfronterizas hayan resultado problemáticas; véase, por ejemplo, la STJ (Sala 3.<sup>a</sup>) de 7 de abril de 2016, asunto C-483/14, *KA Finanz AB y Sparkassen Versicherung AB Vienna Insurance Group*, EU:C:2016:205.

<sup>43</sup> Undécima Directiva 89/666/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado, *DO L* núm. 395, de 30 de diciembre de 1989.

<sup>44</sup> Directiva 2011/96/UE, del Consejo, de 30 de noviembre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, *DO L* núm. 345, de 29 de diciembre de 2011.

trabajos relativos a una Decimocuarta Directiva sobre el traslado internacional del domicilio social<sup>45</sup> y también que no exista ninguna regulación de las cuestiones conflictuales vinculadas a las operaciones societarias internacionales, a salvo de las remisiones que se hacen a la legislación interna de los Estados miembros en el marco de la regulación sustancial de las operaciones de fusión transfronteriza o de la publicidad de las sucursales<sup>46</sup>.

17. Existen varios motivos que explican esta ausencia de regulación. Algunos son específicos para algunos instrumentos concretos (por ejemplo, la Decimocuarta Directiva en materia de transferencia internacional del domicilio social), pero otros tienen carácter general. Entre ellos uno ha de ser especialmente considerado. Es el relativo a la relación existente entre las formas societarias nacionales y europeas.

Como es sabido, junto a las formas societarias reguladas por el Derecho de origen interno de los Estados miembros existen formas societarias europeas<sup>47</sup>. Estas formas societarias fueron creadas, precisamente, para facilitar las operaciones societarias internacionales (fusión de sociedades regidas por Derechos diferentes, transferencia internacional del domicilio social, establecimiento de sociedades en Estados diferentes del de constitución). La dicción de los considerandos del Reglamento sobre la SE es clara al respecto<sup>48</sup>. Se trataba de ofrecer un instrumento a los operadores jurídicos o económicos que facilitara las operaciones de reestructuración internacional de las sociedades y, en general, su actividad extraterritorial para superar las dificultades derivadas de la utilización de las formas nacionales.

<sup>45</sup> Véanse LEIBLE, S., *op. cit.*, nota 9, pp. 123-124; KIENINGER, E.-M., «Verwaltungssitzverlegung», en LEIBLE, S. y REICHERT, J. (eds.), *Internationales Gesellschaftsrecht. Grenzüberschreitende Umwandlungen*, vol. 6 de *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Múnich, C. H. Beck, 2013, pp. 1159-1178, esp. p. 1176; HANSEN, J. L., «The Vale Decision and the Courts' Case La won the Nationality of Companies», *ECFR*, vol. 10, 2013, núm. 1, pp. 1-17, esp. pp. 15-16; HÜBNER, L., «Der grenzüberschreitende Formwechsel nach Vale - zur Satzungssitzverlegung von Luxemburg nach Deutschland», *IPRax*, 2015, núm. 2, pp. 134-139, esp. p. 139.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, el art. 3.1 de la Directiva sobre fusiones transfronterizas se remite a la regulación del Estado de las sociedades que participan en la fusión para la concreción de las operaciones cubiertas (art. 3.1) o para la determinación de las sociedades que pueden participar en la operación (art. 4.1). En la Undécima Directiva, sobre publicidad de sucursales, se establece, por ejemplo, que la publicidad de la sucursal deberá realizarse según lo previsto en el Estado en que radique la sucursal (art. 1.1). El art. 3 de la misma Directiva (entre otros) también incluye remisiones a lo previsto en el Derecho de origen interno de los Estados miembros; en este caso al del Estado miembro al que está sometida la sociedad.

<sup>47</sup> Véase *supra* nota 6.

<sup>48</sup> Cdo. 3, por ejemplo: «La realización de operaciones de reestructuración y de cooperación en las que intervienen empresas de distintos Estados miembros tropieza con dificultades de orden jurídico, fiscal y psicológico. Las medidas de aproximación del Derecho de sociedades de los Estados miembros, canalizadas a través de Directivas basadas en el artículo 44 del Tratado, pueden solucionar algunas de esas dificultades. Sin embargo, dichas medidas no dispensan a las empresas sometidas a ordenamientos jurídicos diferentes de la obligación de escoger una forma de sociedad regulada por un ordenamiento jurídico nacional determinado». Y continúa en el 6: «Resulta esencial establecer, tanto como sea posible, una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad. A tal fin, es conveniente prever la constitución, junto a las sociedades de Derecho nacional, de sociedades cuya formación y funcionamiento estén regulados por un Reglamento de Derecho comunitario, directamente aplicable en todos los Estados miembros».

18. Lo cierto, sin embargo, es que las dificultades que pretendían resolver las formas societarias europeas desaparecieron en gran medida gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo iniciada con la Sentencia *Centros* y a la que nos hemos referido de forma sumaria en el epígrafe 2 de este trabajo. Esta jurisprudencia aparece justamente en el momento en el que concluyen los trabajos relativos a la SE y que se habían desarrollado en un momento en el que, efectivamente, eran grandes las limitaciones para la eficacia de las formas societarias nacionales como instrumentos de reestructuración empresarial internacional. La falta de obligado reconocimiento en un Estado miembro de las formas societarias creadas en otro Estado miembro implicaba una dificultad enorme que no podría, seguramente, ser salvada mediante la actuación del legislador europeo. Es por esto que dicho legislador había optado por enfocar este problema de reestructuración societaria internacional a través de otro mecanismo, las formas societarias europeas.

Sin embargo, justamente en el momento en el que aparecen estas formas societarias europeas, las dificultades que planteaba la utilización de las formas societarias nacionales desaparece o al menos disminuyen como consecuencia de la obligación de que en todos los Estados miembros se reconozca la personalidad jurídica de las sociedades constituidas según lo establecido en el Derecho de otros Estados miembros. A partir de ese momento se abre una cierta competencia entre las formas societarias europeas y las formas societarias nacionales como vehículos apropiados para articular la actividad internacional de las sociedades dentro del Mercado Europeo. En esta competencia no caben excesivas dudas de que el triunfo ha sido, de momento, para las formas societarias nacionales, de tal forma que se ha incrementado tanto la constitución de sociedades en un Estado miembro para operar en otros Estados miembros a través de sucursales como las fusiones internacionales de sociedades regidas por diferentes Derechos<sup>49</sup>.

En este contexto, sin embargo, la ausencia de una regulación europea de la transferencia internacional del domicilio social supone una dificultad de consideración para este tipo de operaciones. Pese a que, como hemos visto, el Tribunal de Luxemburgo ha establecido la falta de compatibilidad con el principio de libertad de establecimiento la prohibición de que las sociedades propias se transformen en sociedades regidas por el Derecho de otro Estado

---

<sup>49</sup> Sobre el incremento de la constitución de sociedades en el Reino Unido con el fin de operar en una pluralidad de Estados europeos, véase GELTER, M., «Centros, the Freedom of Establishment for Companies, and the Court's Accidental Vision for Corporate Law», *European Corporate Governance Institute*, Law Working Paper, núm. 287/2015, <http://ssrn.com/abstract=2564765>, consultado el 28 de octubre de 2016, p. 22. En general, sobre la forma en que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de libertad de establecimiento de sociedades ha influido en la práctica y en la legislación de los Estados miembros véase RINGE, W.-G., *op. cit.*, nota 29, *passim*. En este estudio, sin embargo, ya se advierte que tras el inicial aumento de la utilización de formas societarias inglesas para operar en el conjunto de Europa había comenzado a disminuir el recurso a las sociedades británicas, incluso antes de que los legisladores de otros países europeos hubiesen comenzado a modificar sus Derechos internos a fin de evitar que sus operadores económicos recurrieran a formas societarias extranjeras (véase p. 257).

miembro, la ausencia de una regulación precisa de la forma en que ha de realizarse esa transformación limita la eficacia del principio establecido por el Tribunal de Luxemburgo.

19. Así pues, la regulación que actualmente contiene el Derecho derivado en materia de actividad internacional de las sociedades nacionales dentro de la UE se limita a la publicidad de las sucursales en un Estado miembro de sociedades regidas por el Derecho de otro Estado miembro y la fusión de sociedades regidas por Derechos de diferentes Estados europeos. Ni la determinación del Derecho rector de la sociedad (la *lex societatis*) ni la concreción de su contenido ni, finalmente, el régimen de la transferencia internacional de la sede social —tanto para aquellos casos en los que la transferencia implica cambio de la ley rectora de la sociedad como aquellos otros en los que el traslado del domicilio no altera el Derecho al que se encuentra sometida la sociedad— ha sido objeto de atención por parte del legislador europeo.

En el siguiente epígrafe se realizarán algunas propuestas de regulación de la actividad internacional de las sociedades. Tal como intentaremos mostrar se trata de normativas que facilitarían esta actividad internacional, en algún caso las modificaciones estructurales que podrían convenir a las sociedades europeas y que, sobre todo paliarían la inseguridad jurídica que ahora se vive como consecuencia de una situación en la que la auténtica regulación es la que resulta de la articulación de una serie de decisiones que, resolviendo sobre casos concretos, es imposible que se configuren como un sistema completo de DIPr de sociedades en Europa.

### 3.2. Algunas propuestas

20. De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta ahora resulta conveniente una regulación europea de ciertas cuestiones vinculadas a la actividad internacional de las sociedades en aquellos casos en los que dicha actividad resulta relevante para la libertad de establecimiento en la UE. A continuación se presentarán algunas propuestas normativas que podrían facilitar esa actividad societaria internacional.

En estas propuestas se intentará diferenciar entre lo que resulta obligado por las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento y aquellas cuestiones en las que el legislador dispondría de varias posibilidades de regulación. Este acercamiento aleja lo que aquí se plantea de otros trabajos en los que esta distinción no ha sido considerada como un eje esencial; así, por ejemplo, en la propuesta que realiza el GEDIP, tal como tendremos ocasión de concretar en los siguientes apartados.

21. Según lo que se ha visto hasta ahora, el Tribunal de Luxemburgo ha concluido que, al menos en algunos casos, la libertad de establecimiento que regula el Derecho de la UE exige que determinadas cuestiones societarias



sean regidas por el Derecho del Estado de constitución de la sociedad<sup>50</sup>. A partir de aquí, la formulación de una norma que prevea que el Derecho rector de la sociedad, su *lex societatis* es la del Estado en el que la sociedad se ha constituido daría cumplimiento a lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y mejoraría la seguridad jurídica dentro de la UE<sup>51</sup>.

Esta norma, sin embargo, aún debería abordar algunas cuestiones que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo no ha resuelto, además de articularse son las soluciones que pueden darse a los supuestos en los que no opera la libertad de establecimiento regulada por el Derecho europeo<sup>52</sup>.

En lo que se refiere a los supuestos no afectados por la libertad de establecimiento, resultaría que una actuación de la UE no podría basarse en la competencia europea en materia societaria, limitada precisamente a los supuestos sobre los que se proyecta la libertad de establecimiento; esto es, aquellos en los que la sociedad está regida por el Derecho de un Estado miembro de la UE<sup>53</sup>. Ahora bien, aun así la competencia reguladora podría resultar de la que se le atribuye a la UE para hacer compatibles la regulación en materia de conflictos de leyes<sup>54</sup>.

Tal como se ha indicado, el Derecho rector de la sociedad, según la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, es el del Estado de constitución de la sociedad, entendido como aquel Derecho según el cual la sociedad ha sido creada. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que en aquellos casos en los que se haya producido la transferencia de sede social con cambio de la *lex*

<sup>50</sup> *Vid. supra* párr. 11.

<sup>51</sup> Sobre la conveniencia de esta regulación para mejorar la seguridad jurídica véase BORG-BARTHET, J., *The Governing Law of Companies in EU Law*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, p. 149 y referencias en nota 27.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, en aquellos casos en los que la sociedad de que se trate se encuentra sometida al Derecho de un Estado tercero, véase la STJUE (Sala 1.ª) de 11 de septiembre de 2014, asunto C-47/12, *Kronos International Inc. y Finanzamt Leverkusen* (cit. *supra* nota 21).

<sup>53</sup> Art. 50.1 TFUE. Obviamente, lo dicho respecto a las sociedades constituidas según el Derecho de un Estado miembro de la UE ha de extenderse también a las sociedades que han sido creadas de acuerdo con lo previsto en el Derecho de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Véase el art. 34.1 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, DO L núm. 1, de 3 de enero de 1994.

<sup>54</sup> La propuesta del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado ya citada (*supra* nota 4) se extiende también a sociedades constituidas fuera de la UE (véase art. 2 de la Propuesta). Excluida para estas sociedades la base jurídica que resulta del art. 50.1 TFUE, la actuación de la UE deberá descansar en lo previsto en el art. 81.2.c) TFUE («la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción»), desvinculando la regulación de la garantía del derecho a la libertad de establecimiento (véase sobre el debate entre la base jurídica societaria y conflictual, con anterioridad al TFUE, ZIMMER, D., «Sitzungsbericht vom 23./24. Januar 2004», en SONNENBERGER, H. J. (ed.), *Vorschläge un Berichte zur Reform des europäischen un deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, pp. 201-215, p. 202). Esta base jurídica podría permitir una regulación conflictual del Derecho internacional privado de sociedades que se extendiera a sociedades constituidas en terceros países; pero no sería suficiente para una regulación material, necesaria, por ejemplo, para la transferencia internacional de la sede social. Más allá del problema de la base jurídica, el hecho de ofrecer el mismo tratamiento a las sociedades constituidas en Estados miembros de la UE y en Estados terceros también puede plantear algunos problemas valorativos, véase SONNENBERGER, H. J. y BAUER, F. (eds.), «Proposal of the *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht* for European and national legislation in the field of international company law», en SONNENBERGER, H. J. (ed.), *op. cit.*, pp. 65-122, esp. pp. 78-79.

*societatis* ya no será el Derecho de acuerdo con el cual la sociedad se haya constituido el rector de la misma. En estos supuestos tal Derecho será el del Estado al que se haya trasladado la sociedad. Esta circunstancia tendrá que ser tenida en cuenta en la formulación de la norma de conflicto en materia societaria.

22. La determinación de cuál sea la *lex societatis* en el ámbito europeo de integración no es, sin embargo, más que el primer paso en la regulación conflictual de las sociedades que operan en la UE. Esta determinación es una mera formalidad sin la concreción de las materias que serán regidas por la *lex societatis*. Partiendo de la asunción de que todas las cuestiones relativas a la vida interna de la sociedad han de regirse por la *lex societatis*, la concreción de esta es un paso determinante en la configuración de su régimen jurídico; pero actualmente, y más en el ámbito europeo, no hemos de dar por descontada esa asunción, siendo posible que aspectos diversos de la vida social se rijan por Derechos también diferentes. Es por eso por lo que una regulación europea debería especificar las cuestiones que regiría esta *lex societatis*.

En primer lugar, resultará obligado que la constitución misma de la sociedad se rija por el Derecho del Estado de constitución. Esta tautología no es tal si consideramos que la teoría de la sede había mantenido que el Derecho que debería regir la creación de la sociedad debería ser el del Estado en el que se ubicaba la sede real de la sociedad, incluso aunque no fuera este el Estado de constitución, lo que conducía a la denegación del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad<sup>55</sup>. Dado que la libertad de establecimiento exige el reconocimiento de las sociedades constituidas de acuerdo con lo previsto en el Derecho de los Estados miembros de la UE, no es posible más que optar por que la *lex societatis* sea la del Estado de constitución y rija, entre otras cuestiones, la forma en que es creada la sociedad.

Aparte de la creación de la sociedad y, por tanto, también en buena lógica la validez y nulidad de la misma, la capacidad de la sociedad también debería regirse por la ley del Estado de constitución de la misma<sup>56</sup>; así como su disolución<sup>57</sup>. Esta es una consecuencia, como hemos visto, de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Podría discutirse hasta dónde llega la exigencia de consideración del Derecho del Estado de constitución de la sociedad en relación a la capacidad de la misma, ya que, por ejemplo, podría entenderse que no vulnera las exigencias de la libertad de establecimiento que la determinación de las personas con capacidad para vincular a la sociedad pueda realizarse según lo previsto en el Derecho donde actúa la sociedad o que la concreción de los casos en los que la sociedad queda vinculada por la actua-

---

<sup>55</sup> Véase ARENAS GARCÍA, R., «La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales», en *Derecho de los Negocios*, año 7, 1996, núms. 70-71, pp. 11-26, esp. p. 12 y nota 22.

<sup>56</sup> Con los matices que han de hacerse para el caso en el que se haya producido la transferencia del domicilio social, tal como se ha indicado.

<sup>57</sup> No debería quedar necesariamente incluido en el régimen de la disolución de la sociedad la cuestión de «sociedad residual», problema que ya ha planteado en Alemania, véase KLÖHN, L., «Das Gesellschaftsstatut der Restgesellschaft», *IPRax*, 2015, núm. 5, pp. 412-417.

ción de sus representantes se haga según un Derecho diferente al del Estado de constitución<sup>58</sup>. Precisamente para cubrir estos supuestos en los que puede resultar dudoso el alcance de la libertad de establecimiento sobre la regulación conflictual podría ser de utilidad una actuación del legislador europeo que estableciera normas claras sobre estos puntos. Una opción posible en estos supuestos sería remitir estas cuestiones también al Derecho del Estado de constitución<sup>59</sup>. De optar por esta solución la norma de conflicto resultante podría tener este tenor:

«Artículo I.a): Las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho de un Estado miembro se regirán por el Derecho de dicho Estado en lo que se refiere al régimen de creación, así como la validez, nulidad y disolución de la misma. También se regirá por este Derecho la capacidad de la sociedad, incluyendo la representación orgánica de la sociedad y los supuestos en los que la sociedad quedará vinculada por la actuación de sus representantes legales».

23. El régimen de la responsabilidad de los administradores debería ser también objeto de atención por parte del legislador europeo; teniendo en cuenta que ahora mismo algunos supuestos de responsabilidad ya están regulados en el Derecho derivado. En concreto, aquellos que se enmarcan en un procedimiento de insolvencia, resultando entonces aplicable el Reglamento 1346/2000<sup>60</sup>. Fuera de los casos de insolvencia, sin embargo, no existe actualmente regulación conflictual en relación a este tema en el Derecho derivado, pues las cuestiones relativas a responsabilidad de los administradores se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de los Reglamentos Roma I<sup>61</sup> y Roma II<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Véase ARENAS GARCÍA, R., «*Lex societatis* y derecho... », *op. cit.*, nota 3, p. 161.

<sup>59</sup> La propuesta del GEDIP (*supra* nota 4) incluye una regla sobre la excepción del interés nacional (art. 6) que permitiría la entrada del Derecho del lugar de celebración del contrato. Es cierto que, probablemente, esta limitación en la aplicación del Derecho del Estado de constitución en materia de capacidad no es incompatible con la libertad de establecimiento, tal como acabamos de ver (véase *supra* nota anterior); pero la remisión al Derecho del Estado de constitución evitaría las dudas sobre la compatibilidad con el Derecho originario que pudieran derivarse de la consideración de un Derecho diferente. Hemos de tener en cuenta que pese a que es difícil la declaración de que una norma de Derecho secundario es contraria al Derecho europeo originario (véase TEICHMANN, Ch., «Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit», *ZGR*, 2011, pp. 639-689, esp. p. 657; lo cierto es que el legislador europeo está vinculado por las exigencias derivadas de las libertades fundamentales (*ibid.*, pp. 655-658), aunque probablemente el margen de actuación de este legislador europeo es mayor que el de los legisladores nacionales (*ibid.*, p. 658; ARENAS GARCÍA, R., «*Lex societatis* y derecho...», *op. cit.*, p. 160). Por otra parte, la introducción de una norma en materia de la excepción del interés nacional en relación a la capacidad de las sociedades es probablemente menos necesaria que respecto a las personas físicas (téngase en cuenta que en el Reglamento Roma I se ha optado conscientemente por limitar esta excepción a las personas físicas), en especial si existe una regulación europea sobre la materia.

<sup>60</sup> Reglamento (CE) núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (*DO L* núm. 160, de 30 de junio de 2000), sustituido a partir del 26 de junio de 2017 por el Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, *DO L* núm. 141, de 5 de junio de 2015.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> 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.

La ausencia de regulación actual —excepto en los casos de responsabilidad vinculada a casos de insolvencia empresarial— debería ser suplida por una actuación del legislador europeo que tuviera en cuenta los condicionantes derivados del Derecho originario. Como hemos visto, el Tribunal de Luxemburgo ha mostrado que el régimen de responsabilidad de los administradores no es indiferente a las exigencias de la libertad de establecimiento; aunque sin llegar al punto de exigir que indefectiblemente esta responsabilidad haya de regirse por el Derecho del Estado de constitución, tal como hemos examinado en el epígrafe 2 de este trabajo. La necesaria toma en consideración de dicho Derecho abre suficientes interrogantes como para aconsejar la actuación del legislador europeo. Una actuación que permitiría ofrecer un régimen común al tratamiento conflictual de esta responsabilidad que aportaría uniformidad y seguridad jurídica.

La opción que mejor respondería a estas exigencias (las derivadas de la libertad de establecimiento y la seguridad jurídica) a la vez que proporcionaría una mayor simplicidad sería aquella que remitiera la regulación de la responsabilidad de los administradores al Derecho del Estado de constitución de la sociedad. De esta forma, se daría pleno cumplimiento a las exigencias derivadas del Derecho originario europeo y, a la vez, se ofrecería una solución única que responde a una conexión estrecha entre el Derecho designado y la materia de la que se ocupa, pues no cabe duda de que la ley del Estado de constitución de la sociedad presenta un vínculo más que suficiente para regir la responsabilidad de los administradores sociales. Ahora bien, esta remisión al Derecho del Estado de constitución aún tiene que ser objeto de dos matices.

24. En primer lugar, sería necesario diferenciar entre la responsabilidad del administrador de carácter societario, la de naturaleza extracontractual<sup>63</sup> y, en segundo término, considerar las especificidades de la responsabilidad en supuestos de insolvencia. En lo que se refiere a esta última cuestión, debe respetarse el ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000, tal como ya se ha adelantado, lo que implicará que en aquellos casos en los que la responsabilidad del administrador esté conectada con un procedimiento de insolvencia será el Reglamento de Insolvencia el que deberá aplicarse. De esta forma, debería trasladarse a la determinación del Derecho aplicable los criterios de diferenciación entre el Reglamento 1346/2000 y el Reglamento Bruselas I que

---

<sup>63</sup> Véanse ARENAS GARCÍA, R., «La responsabilidad de los administradores sociales desde la perspectiva del Derecho internacional privado», en ARENAS GARCÍA, R., GÓRRIZ LÓPEZ, C. y MIQUEL GARCÍA, J. (coords.), *La internacionalización del Derecho de sociedades*, op. cit., nota 9, pp. 157-200, esp. pp. 189-190; id., «Suing directors in International litigation», en GRUNDMANN, S. et al. (dirs.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010. Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, t. I, 2010, pp. 321-335, esp. pp. 322-325; ZHANG, H., *Directors' Liability from the Perspective of Private International Law*, tesis, UAB, 2014, pp. 9-58. Esta distinción ha sido considerada por el GEDIP en su tratamiento de la responsabilidad de los administradores en el marco de una normativa sobre Derecho internacional privado de sociedades, véase el informe sobre las sesiones de trabajo del grupo en su reunión de Luxemburgo del año 2015 (<http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-25.htm>, consultado el 24 de noviembre de 2016).

ha ido manteniendo la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo<sup>64</sup>. Se trata de evitar solapamientos entre instrumentos de tal forma que en aquellos casos que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento de insolvencia no tendrían aplicación otros; siendo deseable que no se produjeran tampoco lagunas de regulación<sup>65</sup>. De esta forma, la regulación que se hiciera de la responsabilidad de los administradores debería excluir aquellos supuestos que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de insolvencia.

Resulta más problemática la diferenciación entre los aspectos societarios y meramente extracontractuales en la responsabilidad de los administradores<sup>66</sup>. En ocasiones no resultará sencillo separar ambas dimensiones y, probablemente, sería oportuna una interpretación amplia de la remisión a la *lex societatis* en materia de responsabilidad de los administradores que cubriera no solamente la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones que se derivarían de las obligaciones societarias de los administradores, sino también la determinación de los casos en los que el administrador responderá personalmente de las obligaciones societarias<sup>67</sup>. Cuestión distinta es la responsabilidad directa del administrador por sus actuaciones. En caso

<sup>64</sup> Véanse ARENAS GARCÍA, R., «La responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, nota 63, p. 169; *id.*, «Suing directors...», *op. cit.*, nota 63, pp. 331-334; ZHANG, H., *op. cit.*, nota 63, pp. 131-152.

<sup>65</sup> Actualmente esta idea se encuentra plasmada en el cdo. 7 del Reglamento 2015/848: «La quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos, así como las acciones relacionadas con esos procedimientos, están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo. Dichos procedimientos deben quedar sujetos al presente Reglamento. En la mayor medida posible, la interpretación del presente Reglamento debe evitar resquicios normativos entre ambos instrumentos. Sin embargo, el mero hecho de que un procedimiento nacional no figure en la lista del anexo A del presente Reglamento no ha de significar que esté sujeto al Reglamento (UE) núm. 1215/2012».

<sup>66</sup> En la propuesta del GEDIP se opta por remitir la solución de los problemas que de aquí se derivan a un considerando del instrumento que hipotéticamente incorporaría la regulación que se ofrece. Véanse nota 1 y 2 de la propuesta del GEDIP, véase *supra* nota 4. A la vez se excluye del ámbito de aplicación del instrumento propuesto la responsabilidad de los administradores frente a terceros [art. 1.2.a) de la Propuesta]. Se trata de una solución discutible, porque dejaría fuera de la regulación una cuestión que sí ha sido ya considerada por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo: la responsabilidad de los administradores sociales frente a terceros por incumplimiento de las obligaciones de publicidad de la sociedad (Sentencia *Inspire Art*, véase *supra* apdo. 6). En este caso se propone, por parte del GEDIP, la aplicación del Reglamento Roma II; pero esto obligaría a una modificación del ámbito de aplicación de este instrumento (véase *infra* nota siguiente). Para una propuesta que remite a la *lex societatis* la responsabilidad de los administradores tanto frente a la sociedad y socios como frente a terceros (siempre que deba ser calificada como societaria), véase SONNENBERGER, H. J., *op. cit.*, nota 54, p. 100.

<sup>67</sup> Una cuestión que, por ejemplo, se encuentra expresamente excluida del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II, véase el art. 1.2.d) del Reglamento, que excluye del ámbito de aplicación del Reglamento «las obligaciones extracontractuales que se deriven del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, de la responsabilidad personal de los socios y de los administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídica y de la responsabilidad personal de los auditores frente a una sociedad o sus socios en el control legal de los documentos contables». Esta exclusión impide que sean los Reglamentos Roma II, si se trata de responsabilidad extracontractual, o Roma I, para los supuestos de responsabilidad contractual, los que determinen la responsabilidad personal del administrador por las obligaciones de la sociedad.

de que de estas pueda derivarse una responsabilidad para este de carácter extracontractual debería ser aplicable la norma de conflicto en materia extracontractual, que sería la que determinaría tal responsabilidad.

Teniendo lo anterior en cuenta resultaría que la norma de conflicto que podría formularse en materia de responsabilidad de los administradores podría ser la siguiente:

«Artículo II: La responsabilidad de los administradores sociales en su calidad de tales, tanto frente a la sociedad y los socios como frente a los terceros, incluyendo también la determinación de los casos en los que los administradores deberán responder de las deudas sociales por su condición de administradores vendrá determinada por la ley del Estado de constitución de la sociedad.

En los casos en los que la responsabilidad de los administradores traiga su causa de una situación de insolvencia regida por el Reglamento 1346/2000 será aplicable dicho Reglamento para la determinación del régimen de la responsabilidad del administrador».

25. Tal como hemos visto, el Derecho europeo originario exige que los Estados miembros permitan la conversión de las sociedades regidas por su Derecho en sociedades sometidas al Derecho de otro Estado miembro, siempre que el ordenamiento del Estado de destino permita tal transformación<sup>68</sup>. Aquí no podemos abordar cuál podría ser el régimen de dicho traslado, que exigiría la coordinación entre los Derechos de los Estados de origen y de destino de la sociedad, así como los respectivos registros de sociedades, en línea con los mecanismos que ya existen en relación al traslado de domicilio de una SE<sup>69</sup>; pero sí que es preciso considerar en qué forma afectará ese cambio de domicilio a la determinación de la *lex societatis*.

Lo lógico es que en los supuestos de traslado de sede con cambio de la ley rectora de la sociedad la nueva ley opere a partir del cambio pasando a desempeñar el papel que tenía la ley del Estado de constitución de la sociedad. Esta es una aclaración que debería introducirse en la regulación conflictual societaria. El precepto resultante podría ser del siguiente tenor:

«Artículo III: En los supuestos de cambio de domicilio social que supongan la transformación de la sociedad en una forma prevista en el Derecho del Estado al que se traslada el domicilio, y con independencia de las reglas relativas a la operación de traslado, el Derecho del Estado de constitución dejará de regir a la sociedad a partir del momento en el que el traslado sea efectivo. A partir de ese momento será el Derecho del Estado del nuevo domicilio de la sociedad quien rija la capacidad de la sociedad y la responsabilidad de los administradores sociales».

<sup>68</sup> Sentencias *Cartesio* y *VALE* ya examinadas (*supra* párr. 13). Tal como se vio en su momento, el Derecho del Estado de destino de la sociedad no tiene una facultad libérrima para regular la inmigración de sociedades.

<sup>69</sup> Véase el art. 8 del Reglamento de la SE (véase *supra* nota 6). Véase, sobre el procedimiento desde la perspectiva del Derecho internacional privado español, PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, esp. pp. 141-196.

26. La introducción de las normas que han sido propuestas en los párrafos anteriores permitiría dotar de seguridad jurídica al tráfico intracomunitario, evitando las dudas que ahora se derivan de la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y la articulación de esta con los Derechos de origen interno de los Estados miembros. Aquí se han considerado tan solo aquellas cuestiones que hasta ahora han sido objeto de atención por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, pero en caso de que el legislador europeo optara por abordar el tratamiento del DIPr de sociedades en el ámbito intraeuropeo podría extenderse la aplicación de la ley del Estado de constitución de la sociedad también al régimen interno de esta, con lo que no se haría más que dotar de carta de naturaleza a la práctica existente, que en buena medida se da por supuesta incluso en la regulación derivada europea relativa al régimen interno de las sociedades<sup>70</sup>, pese a que ninguna norma ni de Derecho originario ni derivado recoge esa regla. La introducción de una normativa europea en materia de DIPr de sociedades sería la ocasión para explicitar este principio, lo que implicaría que el art. I que se proponía un poco más arriba debería incluir entre las cuestiones regidas por el Derecho del Estado de constitución de la sociedad todas las cuestiones relativas al funcionamiento interno de la sociedad.

«Artículo I.b): Las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho de un Estado miembro se regirán por el Derecho de dicho Estado en lo que se refiere al régimen de creación, así como la validez, nulidad y disolución de la misma. También se regirá por este Derecho la capacidad de la sociedad, incluyendo la representación orgánica de la sociedad y los supuestos en los que la sociedad quedará vinculada por la actuación de sus representantes legales. Este mismo Derecho regirá el funcionamiento interno de la sociedad».

---

<sup>70</sup> Los distintos instrumentos existentes asumen que es el Derecho del Estado de acuerdo con el cual se ha creado la sociedad el que rige el funcionamiento de esta. Véase, por ejemplo, el art. 1 de la Directiva 2013/34/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2004/46/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (DO L núm. 182, de 29 de junio de 2013). En este art. 1 se indica que las medidas prescritas por la Directiva se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las formas de sociedades que figuran en el Anexo I de la Directiva. A su vez, en dicho Anexo I se indica país por país que formas societarias son estas (en el caso de España, por ejemplo, se trata de la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones y la sociedad de responsabilidad limitada). Para que las prescripciones de la Directiva tengan pleno sentido hemos de asumir que a las sociedades españolas (por ejemplo) designadas en el Anexo I de la Directiva se les aplicarán las normas españolas que transponen la Directiva. Eso será así evidentemente en los supuestos puramente internos; pero parece razonable extender esta solución a los supuestos que presentan conexiones con más de un ordenamiento. Cualquier otra interpretación resultaría, al menos, alambicada. En esta misma línea interpretativa parece descansar la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo cuando mantiene, por ejemplo, que resulta legítimo que los fundadores de una sociedad constituyan una sociedad en el Estado cuyas normas de Derecho de sociedades prefieran (así, por ejemplo, en la Sentencia *Centros* ya mencionada, véase *supra* nota 2, apdo. 27 de la sentencia). Merece, sin embargo, un tratamiento específico la Directiva sobre OPAS (Directiva 2004/25/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, relativa a las ofertas públicas de adquisición, DO L núm. 142, de 30 de abril de 2004) ya que en esta la falta de concreción del Estado miembro competente plantea la duda de si tal competencia ha de atribuirse al Estado de constitución de la sociedad o al de mercado en el que cotiza, véase BENEDETTELLI, M. V., *op. cit.*, nota 5, pp. 229-230.

27. De acuerdo con lo anterior, por tanto, bastarían unos pocos preceptos para ofrecer un régimen del DIPr de sociedades en la UE que permitiera traducir en Derecho positivo la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre la proyección de las exigencias de la libertad de establecimiento sobre la regulación de la actividad internacional de las sociedades, a la vez que facilitaría un régimen conflictual único para todos los Estados europeos. Dada la importancia que tienen en la actualidad las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho de origen interno de los Estados miembros para el ejercicio de la libertad de establecimiento dentro de la UE una regulación como la propuesta supondría una facilitación significativa de la libre circulación de personas jurídicas en Europa.

Sería deseable que se superaran las reticencias que el legislador europeo ha mostrado hasta ahora y que finalmente se avanzara hacia la formulación de estas normas europeas en materia de DIPr societario.

#### **4. CONCLUSIÓN**

28. El régimen de la actividad internacional de las sociedades en la UE está condicionado por las exigencias de la libertad de establecimiento. Estas exigencias, que han tenido reflejo en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo no han sido trasladadas a normas de Derecho derivado. La reticencia del legislador europeo en abordar estas cuestiones es clara, pero no se encuentra justificada. En las circunstancias actuales favorecería la seguridad jurídica y la integración económica la existencia de algunas reglas claras sobre DIPr de sociedades en Europa.

La promulgación de una serie de reglas que formalizaran el principio de acuerdo al cual las sociedades constituidas según el Derecho de un Estado miembro han de regirse por el Derecho de dicho Estado, al menos en lo que se refiere a las cuestiones de capacidad y de responsabilidad de los administradores, sería aconsejable. Sería recomendable una regulación más amplia que previera que las sociedades beneficiarias de la libertad de establecimiento deberían regirse por el Derecho del Estado de constitución excepto en los casos en los que se hubiera producido la transferencia del domicilio social a otro Estado miembro y la transformación de la sociedad en una regida por el Derecho de dicho Estado. Esta regulación debería completarse precisamente con la específica para las operaciones de transferencia internacional de la sede social.

#### **RESUMEN**

##### **EL LEGISLADOR EUROPEO Y EL DIPR DE SOCIEDADES EN LA UE**

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha mostrado que la libertad de establecimiento que recoge el Derecho de la UE condiciona no solamente el Derecho sustancial de sociedades de los Estados miembros, sino también las reglas sobre conflicto de leyes en materia societaria.



Ante la inexistencia de normas de Derecho derivado en materia de determinación del Derecho aplicable a las sociedades en la UE y con el fin de mejorar la seguridad jurídica sería conveniente que el legislador europeo elaborase normas que regulasen la determinación de la *lex societatis* de las sociedades constituidas en Estados miembros de la UE, la concreción de las materias que regularía esta *lex societatis* y el cambio de *lex societatis* como consecuencia de la transferencia del domicilio social. Entre las materias reguladas debería incluirse necesariamente la capacidad de la sociedad y la responsabilidad de los administradores sociales, delimitando en este punto el alcance de la regulación específicamente societaria y de la relativa a procedimientos de insolvencia.

**Palabras clave:** Derecho de sociedades, UE, libertad de establecimiento, capacidad de las personas jurídicas, responsabilidad de los administradores sociales, transferencia internacional del domicilio social.

### ABSTRACT

#### THE EUROPEAN LEGISLATOR AND THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF COMPANIES IN THE EU

Luxemburg Court's case law has shown that the freedom of establishment granted by the EU law affects not only the substantive company law of the Member States, but also the conflict of laws rules in matters relating to companies.

In the absence of secondary legislation relating to the law governing companies in the EU, and in order to improve legal certainty it would be desirable that the European legislator draw up rules aimed to determine which will be the *lex societatis* governing companies incorporated in EU countries. This regulation should also concretize the matters ruled by this *lex societatis* and the change of the *lex societatis* as a result of the transfer of the registered office of the company. Among the subjects covered by this regulation it should necessarily be included the company's legal capacity and the directors' liability. It would be also necessary to delimitate the scope of the specific corporate regulation and that relating with insolvency proceedings.

**Keywords:** company law, European Union, freedom of establishment, capacity of legal persons, directors' liability, cross-border transfer of companies.



## COMPETENCIA Y DERECHO APLICABLE EN EL REGLAMENTO GENERAL SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA\*

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO

**SUMARIO:** 1. PANORAMA DE LA NUEVA NORMATIVA.—2. ÁMBITO TERRITORIAL Y DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO.—2.1. Función de las normas sobre el ámbito territorial.—2.2. Evolución de los criterios de aplicación.—2.3. Establecimiento del responsable o encargado del tratamiento.—2.4. Responsables o encargados no establecidos en la Unión.—3. DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES DE CONTROL.—3.1. Tratamientos transfronterizos.—3.2. El modelo de ventanilla única y sus límites.—3.3. Reclamaciones ante las autoridades de control y tutela jurisdiccional.—4. TUTELA JUDICIAL CIVIL CONTRA UN RESPONSABLE O ENCARGADO.—4.1. Acciones civiles.—4.2. Regla especial de competencia: alcance.—4.3. Fuero del establecimiento.—4.4. Residencia habitual del interesado.—4.5. Interacción con las reglas de competencia del Reglamento Bruselas I bis.—4.6. Litispendencia y conexidad.—4.7. Ley aplicable.—5. CONCLUSIONES.

### 1. PANORAMA DE LA NUEVA NORMATIVA

1. Dos elementos condicionan la trascendencia alcanzada por la dimensión internacional de la legislación europea sobre protección de datos personales, que ha tenido un claro reflejo en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia (TJUE) —como muestran sus sentencias en los asuntos *Google Spain*<sup>1</sup>, *Weltimmo*<sup>2</sup>, *Schrems*<sup>3</sup> o *Verein für Konsumenteninformation*<sup>4</sup>— y es de prever que lo continúe teniendo próximamente<sup>5</sup>, al tiempo que ha merecido

---

\* Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2015-64063 (MINECO/FEDER). Todas las páginas web citadas han sido visitadas el 15 de octubre de 2016. Pedro Alberto de Miguel Asensio es Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: [pdmigue@der.ucm.es](mailto:pdmigue@der.ucm.es).

<sup>1</sup> Asunto C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

<sup>2</sup> Asunto C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639.

<sup>3</sup> Asunto C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

<sup>4</sup> Asunto C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612.

<sup>5</sup> Cabe reseñar el auto del *Oberster Gerichtshof* austriaco de 20 de julio de 2016 en el asunto *Schrems c. Facebook* que solicita al TJUE una decisión prejudicial sobre las normas de competencia

particular atención en el proceso de revisión legislativa. De una parte, destaca la disparidad a nivel comparado entre los estándares de tutela del derecho a la protección de datos, que en la Unión Europea (UE) se configura como un derecho fundamental de conformidad con el art. 8.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el art. 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE<sup>6</sup>, lo que se relaciona con su elevado nivel de protección en un contexto en el que no existe un marco regulatorio común a escala global<sup>7</sup>. De otra parte, la utilización de información sobre personas físicas como componente esencial de actividades ofertadas o prestadas a través de Internet<sup>8</sup> se asocia con la relevancia práctica del ámbito espacial de aplicación de la legislación, así como de las cuestiones relativas a la determinación de las autoridades y tribunales competentes, que condicionan la efectividad del régimen de protección instaurado en la UE y su eventual repercusión sobre la posición competitiva<sup>9</sup> y las obligaciones de los operadores afectados.

2. Tras más de un lustro de gestación<sup>10</sup>, el 27 de abril de 2016 tuvo lugar la adopción del Reglamento (UE) 2016/679, general de protección de datos (RPD)<sup>11</sup>, que deroga la Directiva 95/46/CE<sup>12</sup> con efecto a partir del 25 de mayo de 2018. Debido a su amplio alcance material, el RPD se proyecta sobre el conjunto de tratamientos de datos relativos a personas físicas identificadas o identificables, salvo ciertas excepciones, como los tratamientos para la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales<sup>13</sup>, o los efectuados por una persona física en el ejercicio de actividades

---

judicial internacional en materia de contratos de consumo respecto de una acción colectiva frente a ciertas prácticas en materia de tratamiento de datos, consultado en <http://europe-v-facebook.org/EN/en.html>; así como la petición del *Bundesverwaltungsgericht* (Alemania) en el asunto C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein/ Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, con cuestiones sobre las competencias de las autoridades de control en situaciones internacionales.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ FUSTER, G., *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Heidelberg, Springer, 2014, pp. 163-248.

<sup>7</sup> KUNER, C., *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, Oxford, OUP, 2013, pp. 157-160; *id.*, «The European Union and the Search for an International Data Protection Framework», *Groningen Journal of International Law*, vol. 2(2), 2014, pp. 55-71; y BYGRAVE, L. A., *Data Privacy Law, an International Perspective*, Oxford, OUP, 2014, caps. 3 y 4.

<sup>8</sup> Como sucede con las redes sociales, véanse las contribuciones incluidas en RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (coords.), *Derecho y redes sociales*, 2.ª ed., Navarra, Civitas, 2013, así como EDWARDS, L., «Privacy, law, code and social networking sites», en BROWN, I. (ed.), *Research Handbook on Governance of the Internet*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 309-352; y los servicios de computación en la nube, CHANG, H., «Data protection regulation and cloud computing», en CHEUNG, A. S. Y. y WEBER, R. H. (eds.), *Privacy and Legal Issues in Cloud Computing*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, pp. 26-42.

<sup>9</sup> VAN ALSENOY, B. y KOEKKOEK, M., «Internet and jurisdiction after Google Spain: the extraterritorial reach of the “right to be delisted”», *International Data Privacy Law (IDPL)*, 5.2, 2015, pp. 105-120, esp. p. 110.

<sup>10</sup> Las líneas básicas de la reforma aparecían ya recogidas en Comisión Europea, «Comunicación acerca del enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea», COM(2010) 609, de 4 de noviembre de 2010, que se encuentra en el origen de la Propuesta de Reglamento, COM(2012) 11, de 25 de enero de 2012.

<sup>11</sup> DO L núm. 119, de 4 de mayo de 2016, p. 1.

<sup>12</sup> DO L núm. 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31.

<sup>13</sup> Materia regulada en una Directiva de la misma fecha, que queda al margen del presente análisis, la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril (DO L núm. 119, de 4 de mayo de 2016, p. 89).

exclusivamente personales o domésticas conforme al art. 2.2.c) del RPD que mantiene la excepción ya existente en el régimen previo. Al margen del Reglamento quedan las obligaciones específicas de los servicios de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación<sup>14</sup>, si bien lo deseable es que en lo relativo al ámbito territorial de aplicación los criterios del RPD sean también aplicables en este sector<sup>15</sup>.

Rasgo muy destacado es el cambio de instrumento normativo, pues frente al marco legislativo previo de mera armonización<sup>16</sup> se ha optado por la unificación mediante un Reglamento llamado a sustituir a las legislaciones nacionales<sup>17</sup>, salvo en aspectos en los que el RPD prevé que sus normas pueden ser especificadas o restringidas por los Estados miembros, como contempla su art. 8 sobre la edad aplicable al consentimiento de los niños. En todo caso, la aplicación de determinados aspectos del RPD, como en materia de supervisión, requerirá la adaptación de las legislaciones nacionales.

3. Muy significativas son las novedades que introduce el RPD<sup>18</sup> en lo relativo a su dimensión internacional<sup>19</sup>. Tras la unificación normalmente no resultará necesario en las situaciones intracomunitarias determinar la legislación de qué concreto Estado miembro es aplicable con respecto a las materias objeto del RPD, pero se mantiene la trascendencia de precisar el alcance internacional de la legislación europea (sección 2, *infra*) y cobra una renovada importancia la precisión del Estado cuya autoridad de control es competente (sección 3, *infra*). Respecto a la tutela judicial en materia civil, la coordinación de otras novedades con normas preexistentes de Derecho internacional privado reviste particular complejidad<sup>20</sup>, en materia de competencia judicial internacional, litispendencia y ley aplicable (sección 4, *infra*).

<sup>14</sup> Obligaciones establecidas en la Directiva 2002/58/CE, pendiente de ser revisada para asegurar la coherencia con el RPD, véanse cdo. 173 y art. 95 RPD. La subsistencia en ese ámbito de la mera armonización plantea riesgos de descoordinación con el RPD, véase KOTSCHY, W., «The proposal for a new General Data Protection Regulation-problems solved?», *IDPL*, vol. 4(4), 2014, pp. 274-281, esp. pp. 276-277.

<sup>15</sup> European Data Protection Supervisor, «Opinion 5/2016. Preliminary EDPS Opinion on the review of the ePrivacy Directive (2002/58/EC)», 22 de julio de 2016, p. 21, <https://secure.edps.europa.eu/>.

<sup>16</sup> El TJUE puso de relieve que la armonización llevada a cabo por la Directiva 95/46/CE era completa o de máximos pero destacó que la flexibilidad de sus normas dejaba en muchos casos en manos de los Estados la regulación de los detalles y la posibilidad de elegir entre varias opciones, SSTJUE de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596, apartados 83 y 95-96; y 7 de noviembre de 2013, C-473/12, *IPI*, ECLI:EU:C:2013:715, apartado 31.

<sup>17</sup> Entre las deficiencias de la situación bajo la Directiva, destacaba lo fragmentado del entorno que generaba inseguridad jurídica, véase Comisión Europea, «La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI», COM(2012) 9, pp. 4-7, de 25 de enero de 2012, presentada junto a la Propuesta de Reglamento, COM(2012) 11.

<sup>18</sup> Para un análisis de conjunto, DE HERT, P. y PAPANIKOLAOU, V., «The new General Data Protection Regulation: Still a sound system for the protection of individuals?», *Computer Law & Security Review*, vol. 32, 2016, pp. 179-194.

<sup>19</sup> Para una valoración inicial, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (I): cuestiones de competencia», 11 de mayo de 2016; e *id.*, «(II): Derecho aplicable», 19 de mayo de 2016, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>.

<sup>20</sup> BRKAN, M., «Data Protection and European Private International Law», July 2015, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2015/40*, <http://ssrn.com/abs->

4. Al margen del presente trabajo, centrado en las cuestiones de competencia y Derecho aplicable, quedan otros aspectos vinculados relevantes desde la perspectiva internacional, como el régimen de las transferencias de datos a terceros Estados<sup>21</sup>, que también en el nuevo marco es objeto de notables restricciones. Mediante la ya mencionada Sentencia *Schrems*, C-362/14, el TJUE declaró la invalidez de la Decisión 2000/520/CE relativa a los principios de puerto seguro, pieza fundamental para facilitar las transferencias de datos desde la UE a Estados Unidos, que han alcanzado una gran expansión al hilo, por ejemplo, de la llamada computación en nube<sup>22</sup>. Sus graves deficiencias han pretendido ser corregidas mediante la Decisión (UE) 2016/1250, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-Estados Unidos<sup>23</sup>. En todo caso, la existencia de este régimen no impide que en la medida en que las actividades de quienes se benefician del mismo queden comprendidas dentro del ámbito territorial de la legislación de la UE sobre datos personales esta resulte directamente aplicable<sup>24</sup>.

## 2. ÁMBITO TERRITORIAL Y DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO

### 2.1. Función de las normas sobre el ámbito territorial

5. A diferencia de su antecedente el art. 4 de la Directiva 95/46/CE, titulada «Derecho nacional aplicable», el art. 3 del RPD aparece referido al «Ámbito territorial», si bien los dos artículos responden a un planteamiento similar en la medida en que el art. 4 de la Directiva, pese a su título, fue formulado también de manera unilateral. Ambas normas coinciden en su función esencial, consistente en la concreción del ámbito espacial de aplicación de la legislación europea sobre protección de datos, lo que resulta determinante de en qué situaciones los responsables o encargados del tratamiento incluso de terceros Estados deben cumplir con las obligaciones impuestas y quedan sometidos a la supervisión jurídico-pública de las autoridades de control.

En la Directiva 95/46/CE la concreción de la legislación nacional aplicable también determinaba el Estado o Estados miembros cuyas autoridades de control eran competentes para la supervisión, habida cuenta de la estricta correlación entre ley aplicable y autoridad competente característica del ámbito administrativo, como puso de relieve el TJUE en su Sentencia *Weltimmo*.

---

*tract=2631116*, pp. 1-37; e *id.*, «Data protection and European private international law: observing a bull in a China shop», *IDPL*, vol. 5.4, 2015, pp. 257-278.

<sup>21</sup> KUNER, C., «Extraterritoriality and regulation of international data transfers in EU data protection law», *IDPL*, vol. 5.4, 2015, pp. 235-245.

<sup>22</sup> STAIGER, D. N., «Cross-border data flow in the cloud between the EU and the US», en CHEUNG, A. S. Y. y WEBER, R. H. (eds.), *op. cit.*, nota 8, pp. 96-117.

<sup>23</sup> DO L núm. 207, de 1 de agosto de 2016, p. 1.

<sup>24</sup> Véase, *v. gr.*, COLONNA, L., «Article 4 of the EU Data Protection Directive and the irrelevance of the EU-US Safe Harbor Program?», *International Data Privacy Law*, vol. 4, 2014, núm. 3, pp. 203-221, esp. p. 215.

En el RPD las normas sobre su ámbito territorial contenidas en el art. 3 no cumplen una función semejante, habida cuenta de que el RPD unifica la normativa para el conjunto de la Unión. No obstante, en la medida en que las legislaciones no resultan plenamente unificadas —por ejemplo, en relación con la edad para el consentimiento de los niños (art. 8 del RPD)— puede plantearse la necesidad de concretar la de qué Estado miembro es aplicable (o si lo son las de varios). Por su formulación el art. 3 RPD no parece diseñado para esa función, pero a falta de reglas específicas puede servir de referencia al respecto.

6. La supervisión de la aplicación del RPD —incluida la tramitación de reclamaciones, la práctica de investigaciones y la imposición de sanciones administrativas— es responsabilidad de las autoridades de control de los Estados miembros y no de una autoridad de control de ámbito europeo. En las situaciones vinculadas con más de un Estado miembro continúa siendo de gran importancia la determinación del Estado o Estados miembros cuyas autoridades de control son competentes, si bien ya no son decisivos a este respecto sus criterios sobre el ámbito de aplicación territorial de la legislación sino normas específicas sobre competencia en el ámbito administrativo.

7. Más allá de los mecanismos jurídico-públicos de supervisión, el ámbito de aplicación territorial de la legislación sobre protección de datos es también de gran importancia en litigios entre particulares ante los tribunales del orden civil. A modo de ejemplo, cuando un interesado ejercite acciones de indemnización frente a un responsable por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un tratamiento con infracción del RPD, solo prosperará en la medida en que la situación quede comprendida dentro de su ámbito de aplicación. No obstante, los aspectos de ley aplicables a cuestiones distintas de la licitud del tratamiento de datos vendrán típicamente determinados por las reglas de conflicto en cada caso relevantes, como el art. 10.9 CC (véase sección 4.7, *infra*).

## 2.2. Evolución de los criterios de aplicación

8. Esa función común que desempeñan el art. 4.1 de la Directiva 95/46/CE y el art. 3 del RPD, con respecto a la delimitación del ámbito territorial de aplicación de la legislación de la Unión, explica las semejanzas estructurales entre ambos preceptos. Los dos parten de una clasificación tripartita y prevén como primer criterio determinante del sometimiento a la legislación europea el que el tratamiento de datos tenga lugar en el contexto (marco) de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión (un Estado miembro). Como criterio alternativo, contemplan su aplicación cuando el responsable esté establecido en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros se aplica en virtud del Derecho internacional público, como en el caso de una misión diplomática u oficina consular de un Estado miembro (cdo. 25 del RPD). Por último, se fijan cuáles son los otros criterios que determinan en qué medida la legislación europea es aplicable cuando el responsa-

ble o encargado del tratamiento no está establecido en la UE, cuestión en la que sí se aprecian importantes diferencias entre el RPD y la Directiva.

9. Precisamente, con respecto a los responsables y encargados no establecidos en la UE, el RPD abandona el criterio recogido en el art. 4.1.c) de la Directiva 95/46/CE, que hacía depender la aplicación de la ley de un Estado miembro de la utilización en el tratamiento de datos de medios situados en su territorio, lo que en España tiene su reflejo en el art. 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)<sup>25</sup>. Con el propósito de que la protección de la Directiva no desapareciera cuando el responsable tuviera su establecimiento en un Estado tercero, su art. 2 previó en tales casos la aplicación de la ley del Estado miembro en cuyo territorio se encuentren situados los medios —automatizados o no— a los que recurra para el tratamiento de datos personales, salvo que los utilice con fines de mero tránsito. El RPD abandona ese enfoque.

10. Desde sus inicios se puso de relieve que la referencia al recurso a medios en un Estado miembro resultaba fuente de incertidumbre y podía conducir a atribuir un ámbito de aplicación excesivo<sup>26</sup>. El propio Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos creado en virtud del art. 29 de la Directiva 95/46/CE (GTPD) señaló cómo la interpretación amplia del término «medios» («*equipment*» en la versión inglesa) podía en la práctica llevar a aplicar la legislación europea sobre protección de datos a situaciones que no presentan una vinculación real con la UE, en particular cuando medios situados en la UE se utilizan por un encargado para el tratamiento de datos de personas no residentes en la UE por cuenta de un responsable establecido fuera de la UE<sup>27</sup>.

De acuerdo con la interpretación del GTPD, indicativa de la posición prevalente entre las autoridades nacionales de supervisión, en virtud de ese criterio la normativa de la UE sobre protección de datos no solo era aplicable en la medida en que el prestador empleara centros de datos o servidores situados en un Estado miembro para el almacenamiento o tratamiento de datos,

<sup>25</sup> BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999. Ese mismo criterio aparece en el art. 3.1.c) del Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado mediante Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008).

<sup>26</sup> Véanse SWIRE, P. P., «Of Elephants, Mice, and Privacy: International Choice of Law and the Internet», *Int. Lawyer*, vol. 32, 1998, pp. 991-1025, esp. p. 1007; BYGRAVE, L. A., «Determining Applicable Law Pursuant to European Data Protection Legislation», *Computer Law and Security Report*, vol. 16, 2000, pp. 252-257, esp. pp. 254-255; KUNER, C., *European Data Protection Law*, 2.ª ed., Oxford, OUP, 2007, pp. 117-119; SANCHO VILLA, D., *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, Navarra, Civitas, 2010, pp. 43-49; MOEREL, L., «The long arm reach of EU data protection law: does the Data Protection Directive apply to processing of personal data of EU citizens by websites worldwide?», *IDPL*, vol. 1(1), 2011, pp. 28-46, esp. pp. 38-43; y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, 5.ª ed., Navarra, Civitas, 2015, pp. 359-367.

<sup>27</sup> GTPD, «Dictamen 8/2010 sobre derecho aplicable», de 16 de diciembre de 2010, WP 179, p. 24, consultado, al igual que el resto de los documentos del GTPD, en [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm). En relación con la computación en nube, véase HON, W. K., HÖRNLE, J. y MILLARD, C., «Data Protection Jurisdiction and Cloud Computing - When are Cloud Users and Providers Subject to EU Data Protection Law? The Cloud of Unknowing, Part 3», *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No 84/2011*, 9 de febrero de 2012, <http://ssrn.com/abstract=1924240>, pp. 25-30.



sino también en otras situaciones como aquellas en las que sitios web cuyos responsables no están establecidos en la UE emplean dispositivos para la recogida activa de datos procedentes de los terminales de los usuarios (considerados como un «medio» a esos efectos) situados en Estados miembros, incluyendo la colocación de *cookies* o archivos similares en el disco duro del usuario con el objeto de que reciba, almacene y remita información a un servidor ubicado en un tercer Estado. Algunas críticas relativas a que el ámbito de aplicación podía resultar excesivo, destacaban que la efectividad de la aplicación de la normativa de los Estados miembros a esas situaciones era limitada<sup>28</sup>, al tiempo que se fue desarrollando la idea de que la captación de datos solo debería considerarse comprendida en el ámbito de aplicación de la legislación europea en la medida en que el sitio web o actividad se halle dirigido a algún Estado miembro<sup>29</sup>.

Aunque en el debate acerca del eventual alcance extraterritorial de la legislación europea sobre protección de datos se ha prestado especial atención a su compatibilidad con el Derecho internacional público<sup>30</sup>, la flexibilidad de los estándares internacionales sobre el particular facilita la apreciación de que el legislador de la UE goza de un significativo margen de apreciación al fijar los criterios de aplicación de su legislación en la materia, así como el alcance de la competencia de sus autoridades de control y tribunales<sup>31</sup>. Más allá del debate acerca de su fundamentación en una concreta teoría jurisdiccional<sup>32</sup>, la tendencia de los Estados a legislar sobre el tratamiento de datos personales de los residentes o quienes se encuentran en su territorio respecto de actividades vinculadas con el extranjero se halla ampliamente extendido a nivel comparado incluso en países con estándares en la materia divergentes<sup>33</sup>.

### 2.3. Establecimiento del responsable o encargado del tratamiento

11. En línea con la situación anterior, el RPD fija como primer criterio que su ámbito territorial comprende el tratamiento de datos «en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en

<sup>28</sup> SCHERZER, D. V., «EU Regulation of Processing of Personal Data by Wholly Non-Europe-Based Websites», *European Intellectual Property Review*, 2003, pp. 292-300, esp. pp. 298-299.

<sup>29</sup> Véase JOTZO, F., «Gilt deutsches Datenschutzrecht auch für Google, Facebook & Co. bei grenzüberschreitendem Datenverkehr?», *Multimedia und Recht*, 2009, pp. 232-237; GTPD, «Dictamen 8/2010...», *op. cit.*, nota 27, p. 25; KUNER, C., «Data Protection Law and International Jurisdiction on the Internet (Part 2)», *Int'l J.L. & Info. Tech.*, vol. 18.3, 2010, pp. 227-247, esp. p. 240; y MOEREL, L., *op. cit.*, nota 26, p. 45.

<sup>30</sup> Véanse KUNER, C., «Data Protection Law and International Jurisdiction on the Internet (Part 1)», *Int'l J.L. & Info. Tech.*, vol. 18.2, 2010, pp. 176-193, esp. pp. 181-191; y SVANTESSON, D. J. B., *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, Copenhague, Ex Tuto, 2013, pp. 127-160.

<sup>31</sup> MOINY, J. P., «Cloud and jurisdiction: mind the borders», en CHEUNG, A. S. Y. y WEBER, R. H. (eds.), *op. cit.*, nota 8, p. 121.

<sup>32</sup> TAYLOR, M., «Permissions and Prohibitions in Data Protection Jurisdiction», *Brussels Privacy Hub Working Papers*, mayo de 2016, núm. 6, [www.brusselsprivacyhub.org/publications.html](http://www.brusselsprivacyhub.org/publications.html).

<sup>33</sup> KUNER, C., *op. cit.*, nota 6, pp. 126-127, con referencia al ámbito de aplicación de la US Children's Online Privacy Protection Act (COPPA).

la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no» (art. 3.1). Las innovaciones respecto al texto del art. 4.1.a) de la Directiva son aquí menores, pues se limitan a que el RPD va referido no solo al «responsable» sino también al «encargado» del tratamiento, así como a la circunstancia, no mencionada en la Propuesta de la Comisión, de que este criterio opera «independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no», junto con la sustitución del término «marco» por «contexto». Por otra parte, se elimina la referencia a las situaciones en las que un mismo responsable del tratamiento esté establecido en varios Estados miembros como circunstancia que llevaba a tener que cumplir con sus respectivas legislaciones en el régimen anterior<sup>34</sup>.

Más allá de estos ajustes puntuales, el RPD confirma los elementos básicos de la interpretación previa de este criterio, como las precisiones en su cdo. 22 en el sentido de que un establecimiento «implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables» sin que sea un factor determinante «la forma jurídica que revistan tales modalidades». Algunos aspectos controvertidos de su aplicación, como su proyección a entidades cuyo establecimiento responsable de la prestación del servicio que lleva a cabo el tratamiento se encuentra en un tercer Estado —en los términos de la *STJUE Google Spain*—, perderán parte de su trascendencia en el nuevo régimen con respecto al Derecho aplicable, en la medida en que con frecuencia no resultará controvertido que esas situaciones se hallan sometidas a la legislación europea, al quedar comprendidas en su ámbito territorial en virtud del nuevo criterio recogido en el art. 3.2, incluso cuando no exista establecimiento en un Estado miembro.

12. Para garantizar un alto nivel de protección, se mantiene el concepto amplio y flexible de establecimiento, que se extiende «a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable» (apdo. 31 de la Sentencia *Weltimmo*), como recoge el cdo. 22 del RPD. Ahora bien, es necesario que el tratamiento se produzca en el contexto de las actividades del establecimiento.

Conforme al criterio desarrollado en la Sentencia *Google Spain* (apdos. 55 y 56), el tratamiento se produce «en el marco de las actividades» de un establecimiento cuando las actividades del responsable (como la prestación del servicio de motor de búsqueda, red social...) situado en un tercer Estado «están indisociablemente ligadas» a las de su establecimiento en un Estado miembro. Ese vínculo puede existir aunque el establecimiento en la UE no participe en el tratamiento de datos, por ejemplo, cuando sirve para obtener fondos aunque los mismos no financien directamente la prestación del servicio, de modo que tal vínculo puede estar presente aunque la relación económica entre ambas actividades no sea particularmente directa<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Véase DAMMANN, U. y SIMITIS, S., *EG-Datenschutzrichtlinie*, Baden Baden, Nomos, 1997, pp. 124-129.

<sup>35</sup> El GTPD ha ofrecido pautas para precisar la existencia de ese vínculo. Una de ellas es que la mera pertenencia a un mismo grupo de empresas no resulta suficiente para apreciarlo, en particular

13. La amplitud con la que se define el que el tratamiento se produzca «en el marco de las actividades» de un establecimiento del responsable en la Unión, junto con la ausencia en la Sentencia *Google Spain* de precisiones acerca del alcance internacional del llamado «derecho al olvido», ha llevado a criticar que puede servir para pretender su aplicación incluso a situaciones en las que el reclamante carece de vínculos significativos con la Unión y se dirige a un responsable de un tercer Estado pero que cuenta con un establecimiento en la UE<sup>36</sup>. El documento sobre la aplicación de esa sentencia adoptado por el GTPD vincula los beneficiarios del llamado derecho al olvido con el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, referido «a toda persona», si bien precisa que las autoridades de control se centrarán en reclamaciones en las que exista una conexión clara entre el interesado y la Unión, por ejemplo, al ser nacional o residente de un Estado miembro<sup>37</sup>. En dicho documento se considera que para garantizar satisfactoriamente los derechos de los interesados no basta con suprimir los enlaces del buscador en las versiones del mismo que se ofrecen bajo dominios europeos, pero la posición del GTPD no excluye cierta flexibilidad, pues hace referencia a que la supresión debería ser efectiva también en todos los dominios «relevantes» incluido «.com», de modo que, en función de la estructura del buscador, podrían quedar al margen de la prohibición búsquedas desde fuera de la UE<sup>38</sup>.

#### 2.4. Responsables o encargados no establecidos en la Unión

14. Aunque en su cdo. 14 el RPD parte de que la protección que establece «debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia», cuando el tratamiento no se produce en el

---

cuando las actividades de la sociedad que lleva a cabo el tratamiento (por ejemplo, una red social establecida en un tercer Estado) y las de la sociedad del mismo grupo establecida en la UE carecen de toda conexión (por ejemplo, una sociedad dedicada al comercio al por mayor de productos alimenticios sin vinculación con la red social), véase GTPD, «Update of Opinion 8/2010 on applicable law in light of the CJEU judgment in *Google Spain*», 16 de diciembre de 2015, Annex II.

<sup>36</sup> Véase KUNER, C., «The Court of Justice of the EU Judgment on Data Protection and Internet Search Engines: Current Issues and Future Challenges», en HESS, B. y MARIOTTINI, M. (eds.), *Protecting Privacy in International and Procedural Law and by Data Protection (European and American Developments)*, Baden-Baden, Ashgate-Nomos, 2015, pp. 19-44, esp. pp. 28-31.

<sup>37</sup> GTPD, «Guidelines on the Implementation of the CJEU Judgment on “Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12», 26 de noviembre de 2014, pp. 8-9.

<sup>38</sup> Yendo más allá del texto del documento del GTPD, la nota de prensa de la AEPD sobre el mismo, titulada «Las Autoridades europeas de protección de datos aprueban los criterios comunes para aplicar la sentencia sobre el “derecho al olvido”», de 28 de noviembre de 2014, [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista\\_prensa/revista\\_prensa/2014/notas\\_prensa/common/nov\\_14/141128\\_NP\\_AEPD\\_Aplicacion\\_Sentencia\\_TJUE.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2014/notas_prensa/common/nov_14/141128_NP_AEPD_Aplicacion_Sentencia_TJUE.pdf), afirma: «La exclusión debe también ser eficaz en todos los dominios relevantes, incluidos los .com, lo cual abarca, en todo caso, aquellos que sean accesibles desde el territorio europeo». Para el usuario puede resultar muy sencillo recurrir a una versión del buscador bajo un dominio de un tercer Estado si sospecha que en las versiones bajo dominios de un Estado miembro se han suprimido ciertos enlaces. En tales circunstancias, lo más apropiado sería que el alcance de la prohibición no viniera determinado en función de la versión del buscador empleada sino, principalmente, por la ubicación —en el territorio de la Unión— del aparato desde el que se lleva a cabo la búsqueda, VAN ALSENOY, B. y KOEKKOEK, M., *op. cit.*, nota 9, pp. 113-115.

contexto de las actividades de un establecimiento en la Unión, la protección se limita a los interesados que se encuentren en la UE y se requiere una conexión adicional con la Unión, lo que resulta de gran relevancia de cara a evitar una injustificada aplicación extraterritorial, así como para asegurar la tutela de los interesados en el contexto global de Internet.

Frente al criterio de la Directiva basado en el recurso a medios situados en un Estado miembro, el art. 3.2 del RPD prevé que el Reglamento es aplicable al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con cualquiera de estos dos elementos: «a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión». En la versión española del Reglamento, el texto del art. 3.2 (al igual que el del cdo. 24) establece que se aplica al tratamiento de datos de interesados «que residan en la Unión»<sup>39</sup>, mientras que en otras versiones —como la inglesa, la francesa, la alemana o la italiana— esa expresión que figuraba en la Propuesta de la Comisión ha sido sustituida por la referencia a que sean interesados que se encuentren en la Unión. El hecho de que el texto final sea resultado de la modificación de la propuesta de la Comisión sobre este punto favorece la idea de que la referencia debe entenderse hecha a que se trate de personas que se encuentren en la Unión, de acuerdo con el planteamiento de que su protección «debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia»<sup>40</sup>.

15. Esta nueva disposición, de la que resulta también cuándo el responsable o encargado establecido en el extranjero debe designar un representante —que debe ser una persona física o jurídica establecida en la Unión— en lo que respecta a sus obligaciones derivadas del RPD (cdo. 80 y art. 27)<sup>41</sup>, refleja una evolución que se corresponde con el propósito de hacer depender la aplicación de la legislación de que el responsable dirija a la Unión la actividad en el marco de la cual tiene lugar el tratamiento.

En principio, el lugar de situación del afectado por el tratamiento de datos personales constituye un criterio legítimo para fundar tanto la competencia internacional como la ley aplicable<sup>42</sup>, en especial cuando va acompañado de

<sup>39</sup> Lo mismo sucede en la versión portuguesa.

<sup>40</sup> En todo caso, el que en la versión final del RPD el control del comportamiento de los afectados solo opera como criterio de aplicación en la medida en que tenga lugar en la Unión (al igual la oferta de bienes o servicios) parece eliminar el riesgo de que pudiera llegar a considerarse la mera residencia del interesado en la Unión como determinante de la aplicación del RPD incluso en situaciones en las que personas residentes en la Unión se desplazan al extranjero, riesgo en el que insiste, SVANTESSON, D., *op. cit.*, nota 30, pp. 107-108.

<sup>41</sup> Véase, v. gr., HÄRTING, N., *Datenschutz-Grundverordnung*, Colonia, Otto Schmidt, 2016, pp. 59-60. De acuerdo con el cdo. 80 del RPD, el representante debe estar sujeto a medidas coercitivas en caso de incumplimiento por el responsable o el encargado.

<sup>42</sup> Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, «Les échanges de données informati-sées, Internet et le commerce électronique», Doc. prel., abril de 2000, núm. 7, p. 25, [https://assets.hcch.net/upload/wop/gen\\_pd7f.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/gen_pd7f.pdf).

elementos indicativos de una vinculación adicional. Pese a que la concreta redacción del art. 3.2 RPD puede plantear dificultades interpretativas, en general responde a un enfoque que facilita el sometimiento a la legislación europea (y a la competencia de las autoridades de control de sus Estados miembros) de quienes no se encuentran establecidos en la Unión pero tratan datos de personas que se encuentran en la Unión en circunstancias en las que esa consecuencia resulta en principio apropiada.

16. Al interpretar el inciso *a*) del art. 3.2 del RPD, punto de partida ha de ser su cdo. 23, según el cual resulta preciso determinar «si es evidente que el responsable o el encargado proyecta ofrecer servicios a interesados en uno o varios de los Estados miembros». Además de aclarar que la mera accesibilidad en la Unión «o el uso de una lengua generalmente utilizada en el tercer país donde resida el responsable del tratamiento» no basta para determinar dicha intención, se limita a mencionar como factores que, entre otros, pueden revelar esa intención del responsable: el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en uno o varios Estados miembros con la posibilidad de encargar bienes y servicios en esa lengua, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión.

Aunque el estándar no sea plenamente coincidente, puede ser de utilidad como referencia la jurisprudencia del TJUE relativa al criterio de que la actividad comercial vaya dirigida al Estado de la residencia habitual del consumidor, del art. 17.1.c) del Reglamento (UE) 1215/2012 o Reglamento Bruselas I bis (RBIbis) —o art. 15.1.c) de su antecedente el Reglamento Bruselas I— y del art. 6.1.c) del Reglamento (CE) 593/2008 (Roma I). Salvando las distancias, como el que estas disposiciones relativas a la protección de los consumidores presuponen la celebración de un contrato, lo que no es el caso en el marco del art. 3 del RPD, los criterios de vinculación establecidos con carácter indicativo —no exhaustivo— por el TJUE en los asuntos acumulados *Pammer y Hotel Alpenhof*<sup>43</sup> pueden ser relevantes.

Entre los indicios relevantes según el Tribunal se encuentran «todas las expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores de dicho Estado miembro» (apdo. 80), como la mención de que ofrece sus servicios o sus bienes en ese Estado miembro o la publicidad en medios que facilitan el conocimiento de su sitio por consumidores domiciliados en ese Estado. Ahora bien, la conclusión de que un sitio va dirigido al Estado miembro del domicilio del consumidor también puede alcanzarse en situaciones en las que no cabe apreciar expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores de ese país. Como otros indicios que pueden ser relevantes, los apartados 83 y 84 y el fallo de la sentencia enumeran sin ánimo exhaustivo: el carácter internacional de la actividad; la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional; la utilización de un nombre de dominio de primer nivel geográfico distinto al del Estado en que está esta-

---

<sup>43</sup> Asunto C-585/08, ECLI:EU:C:2010:740.

blecido el vendedor, incluidos los genéricos (como «.com»); la descripción de itinerarios desde un Estado miembro al lugar de la prestación del servicio; la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en Estados miembros; el empleo de lenguas o divisas que no se corresponden con las habituales en el Estado a partir del cual ejerce su actividad el empresario<sup>44</sup>.

17. Aunque al aplicar el criterio de que las actividades vayan dirigidas a un territorio se plantea una cuestión de gradación<sup>45</sup>, la formulación del art. 3.2.a) del RPD facilita apreciar que típicamente concurre esta circunstancia cuando se ofrecen bienes o servicios sin restricciones geográficas respecto de la UE y son adquiridos o utilizados por un número significativo de personas en la Unión, incluso a falta de expresiones manifiestas de la voluntad de atraer en concreto a clientes de la UE. Los prestadores no establecidos en la Unión que quieran excluir posibles riesgos legales en este sentido pueden recurrir al uso de mecanismos de geolocalización de empleo ampliamente extendido.

18. Con carácter alternativo, el art. 3.2.b) del RPD se refiere a su aplicación cuando el tratamiento de datos de interesados que residan (se encuentren) en la Unión esté relacionado «con el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión». Este supuesto parece ideado básicamente para aquellas situaciones en las que ese control, en particular al hilo del empleo de archivos o programas informáticos que almacenan y permiten el acceso a información en el equipo de usuario —como *cookies*—, no tiene lugar en el marco del ofrecimiento al interesado de productos o servicios<sup>46</sup>. Ese tipo de control puede resultar de gran importancia para la llamada publicidad «comportamental» y plantea especiales riesgos en relación con el tratamiento de datos de los usuarios de Internet<sup>47</sup>.

El cdo. 24 del RPD se limita a señalar que el criterio de este inciso b) resulta operativo si se puede considerar que una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, indicando que tal puede ser el caso cuando las personas son objeto de un seguimiento en Internet para elaborar un perfil con el fin de analizar sus preferencias, comportamientos y actitudes.

<sup>44</sup> La Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof* precisa también que ciertos elementos no son relevantes a esos efectos, como la utilización de una lengua cuando es la del empresario (apdos. 77, 78 y 91).

<sup>45</sup> HON, W. K., HÖRNLE, J. y MILLARD, C., *op. cit.*, nota 27, p. 36.

<sup>46</sup> ALBRECHT, J. P. y JOTZO, J., *Das neue Datenschutzrecht der EU*, Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 68; y ERNST, S., «Art. 3», en PAAL, B. P. y PAULY, D. A. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung*, München, C. H. Beck, 2017, pp. 25-26.

<sup>47</sup> Véase GTPD, «Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea», de 22 de junio de 2010; y NAVAS NAVARRO, S., *La personalidad virtual del usuario de Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 149-193.

### 3. DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES DE CONTROL

#### 3.1. Tratamientos transfronterizos

19. Los interesados pueden hacer valer sus derechos en materia de protección de datos a través de dos vías; mediante una reclamación ante una autoridad de control, y ejercitando las acciones correspondientes en vía judicial contra el responsable o el encargado del tratamiento. Con respecto al desempeño de las funciones asignadas a las autoridades de control nacionales —que incluye conocer de las reclamaciones de los interesados (art. 57 del RPD)— así como el ejercicio de sus poderes de investigación, corrección y autorización conforme al art. 58, el criterio de base es el alcance territorial de la competencia. En línea con lo que es propio del ámbito administrativo, de conformidad con el art. 55 del RPD, cada autoridad es competente en el territorio de su Estado (y con respecto a los tratamientos efectuados por autoridades públicas de su propio país).

En el régimen previo de la Directiva, el TJUE puso de relieve la imposibilidad para las autoridades de control de imponer sanciones fuera del territorio de su propio Estado, lo que además debía coordinarse con la estricta correlación en ese ámbito entre ley aplicable y autoridad competente<sup>48</sup>. En el Reglamento esta correlación se presenta en términos diferentes, pues se da entre el RPD y las autoridades de control de todos los Estados miembros.

20. El alcance territorial de la competencia de estas autoridades implica que abarque normalmente los tratamientos en el contexto de las actividades de un establecimiento en su Estado miembro, los realizados por autoridades públicas de ese Estado, los que afecten a interesados en su territorio, así como los realizados por quienes no están establecidos en la Unión cuando sus destinatarios son interesados residentes en su territorio (cdo. 122 del RPD). Este enfoque conduce en principio a la posibilidad de que un responsable quede sometido incluso en relación con una misma actividad a la competencia de diversas autoridades de control<sup>49</sup>, especialmente en la medida en que tenga establecimientos —en el sentido amplio antes reseñado— en más de un Estado miembro o el tratamiento afecte a interesados que se encuentran en varios territorios, como es frecuente en el marco de Internet<sup>50</sup>. En este contexto el RPD introduce un modelo de ventanilla única como un régimen específico para la determinación de las autoridades de control competentes en ciertas situaciones vinculadas con dos o más Estados miembros, que evite el someti-

<sup>48</sup> Véase el apartado 57 de la mencionada Sentencia *Weltimmo*.

<sup>49</sup> SVANTESSON, D. J. B., «Article 4(1)(A) "Establishment of the Controller" in EU Data Privacy Law - Time to Rein in this Expanding Concept?», *IDPL*, vol. 6(3), 2016, <http://ssrn.com/abstract=2820205>.

<sup>50</sup> La estructura societaria del responsable puede plantear dificultades interpretativas, como ilustran las cuestiones sobre la Directiva 95/46/CE planteadas al TJUE en el asunto pendiente C-210/16, ya reseñado.

miento cumulativo a varias autoridades de control, lo que facilita la actividad de los responsables o encargados.

21. Elemento básico para delimitar el alcance del modelo de ventanilla única es la categoría de «tratamiento transfronterizo», que engloba con carácter alternativo dos tipos de situaciones: *a)* el tratamiento realizado en el contexto de las actividades de establecimientos en más de un Estado miembro de un responsable o un encargado del tratamiento en la Unión, y *b)* el realizado en el contexto de las actividades de un único establecimiento de un responsable o un encargado en la Unión, pero que afecta o puede afectar sustancialmente a interesados en más de un Estado miembro (art. 4.23 del RPD).

### 3.2. El modelo de ventanilla única y sus límites

22. Punto de partida es la identificación de una «autoridad de control principal», que es la del establecimiento principal o del único establecimiento del responsable o del encargado. Reciben la consideración de autoridades de control «interesadas» el resto de las autoridades a las que afecta el tratamiento, por estar establecido el responsable o encargado en el territorio de su Estado miembro (sin tener allí su establecimiento principal), por ser probable que se vean sustancialmente afectados los interesados que residen en su Estado, o por haberse presentado ante ella una reclamación (art. 4.22). En relación con los tratamientos transfronterizos opera el régimen especial de competencia previsto a favor de la autoridad de control principal (art. 56), si bien debe actuar conforme al procedimiento de cooperación con las autoridades de control interesadas (art. 60).

El RPD no introduce reglas específicas sobre la competencia de las autoridades de control respecto de los responsables y encargados que al no tener al menos un establecimiento en la Unión quedan al margen del mecanismo de ventanilla única<sup>51</sup>, lo que repercutirá especialmente en situaciones en las que se aplique el Reglamento en virtud de su art. 3.2, en particular cuando el tratamiento afecte a interesados de varios Estados miembros<sup>52</sup>.

23. En consecuencia, cuando el responsable o encargado tiene establecimientos en más de un Estado miembro resulta de gran importancia la definición de establecimiento principal, contenida en el art. 4.16, al permitir concretar cuál es la autoridad de control principal. Esa definición se diferencia del concepto general de establecimiento en la Unión del art. 3.1 como elemento determinante del ámbito territorial del RPD.

Con respecto al responsable del tratamiento, se considera que el establecimiento principal se halla «en el lugar de su administración central en la

---

<sup>51</sup> PADOVA, Y., «What the European Draft Regulation on Personal Data is going to change for companies», *IDPL*, vol. 4(1), 2014, pp. 39-52, esp. p. 44.

<sup>52</sup> HÄRTING, N., *op. cit.*, nota 41, p. 184.



Unión, salvo que las decisiones sobre los fines y los medios del tratamiento se tomen en otro establecimiento del responsable en la Unión y este último establecimiento tenga el poder de hacer aplicar tales decisiones, en cuyo caso el establecimiento que haya adoptado tales decisiones se considerará establecimiento principal». El cdo. 36 precisa que tal establecimiento «debe determinarse en función de criterios objetivos y debe implicar el ejercicio efectivo y real de actividades de gestión que determinen las principales decisiones en cuanto a los fines y medios del tratamiento a través de modalidades estables», así como que no resulta determinante si el tratamiento se realiza en dicho lugar. Señala además que «(l)a presencia y utilización de medios técnicos y tecnologías para el tratamiento de datos personales o las actividades de tratamiento no constituyen, en sí mismas, establecimiento principal y no son, por tanto, criterios determinantes de un establecimiento principal». En lo relativo a los encargados, el establecimiento principal es el lugar de su administración central en la Unión y, a falta del mismo, el lugar en el que se llevan a cabo las principales actividades de tratamiento en la Unión.

24. Entre los riesgos para los interesados que podrían resultar de la implantación de un modelo de ventanilla única, destaca su potencial para menoscabar la posibilidad de tramitar una reclamación ante la autoridad de control del país de su residencia habitual, en las situaciones en las que el establecimiento principal del responsable se localice en otro Estado miembro. Asimismo, un modelo de ese tipo también podría ir asociado a riesgos de deslocalización de los responsables y encargados del tratamiento<sup>53</sup>, en caso de existir diferencias significativas en el desempeño de sus funciones entre las autoridades de control. Para hacer frente a esos riesgos, en la tramitación del RPD se matizó de manera significativa el criterio de ventanilla única, habiendo sido este uno de los aspectos objeto de mayor transformación entre la Propuesta y el texto final del Reglamento<sup>54</sup>. Además, como destaca su cdo. 129, el RPD pretende asegurar que las autoridades de todos los Estados miembros tengan los mismos poderes y dispongan de medios apropiados.

Como excepción a la aplicación del procedimiento de coordinación del art. 60 liderado por la autoridad de control principal o mecanismo de ventanilla única, se contempla que cada autoridad de control es competente para tratar una reclamación que le sea presentada o una posible infracción del RPD, cuando se refiera únicamente a un establecimiento situado en su Estado o solo afecte de manera sustancial a interesados en su Estado (art. 56.2), incluso cuando sean procedimientos relativos a responsables o encargados con establecimiento principal en otro Estado miembro. Ahora bien, en estos casos la autoridad de control principal, que debe ser informada por aque-

---

<sup>53</sup> BARNARD-WILLS, D., PAUNER CHULVI, C. y DE HERT, P., «Data protection authority perspectives on the impact of data protection reform on cooperation in the EU», *Computer Law & Security Review*, vol. 32, 2016, pp. 587-598, esp. p. 590.

<sup>54</sup> DE HERT, P. y PAPA KONSTANTINOU, V., *op. cit.*, nota 18, p. 191; ALBRECHT, J. P. y JOTZO, J., *op. cit.*, nota 46, pp. 116-117; y KÖRFFER, B., «Art. 55», en PAAL, B. P. y PAULY, D. A. (Hrsg.), *op. cit.*, nota 46, pp. 615-616.

lla ante la que se ha presentado la reclamación, decidirá si se trata el caso conforme al procedimiento del art. 60, pudiendo la autoridad de control que haya informado presentar un proyecto de decisión. También excepcionalmente una autoridad de control interesada puede adoptar medidas provisionales relativas a su propio territorio.

25. El procedimiento típico en relación con los tratamientos transfronterizos es el de cooperación del art. 60, que fija el marco en el que la autoridad de control principal debe cooperar con las demás autoridades de control interesadas para esforzarse en llegar a un consenso de cara a adoptar una decisión vinculante. La autoridad de control principal puede solicitar asistencia mutua (art. 61) y la realización de operaciones conjuntas (art. 62) y es a ella a quien corresponde preparar un proyecto de decisión. Si cualquiera de las autoridades de control interesadas formula una objeción pertinente y motivada en un plazo de cuatro semanas, la autoridad de control principal puede optar por seguir la objeción y adoptar la decisión en la que estén de acuerdo todas las autoridades implicadas, que además notificará al establecimiento principal del responsable o encargado, mientras que la autoridad de control ante la que se haya presentado una reclamación informará de la decisión al reclamante. En el supuesto de que la decisión sea desestimar o rechazar una reclamación, será la autoridad de control ante la que se haya presentado la que adopte la decisión, la notifique al reclamante e informe al responsable del tratamiento, lo que condiciona la competencia en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva contra una autoridad de control.

Si alguna de las autoridades de control interesadas ha presentado objeciones al proyecto de decisión con las que no esté de acuerdo la autoridad de control principal, esta habrá de someter el asunto al mecanismo de coherencia del art. 63. Dicho mecanismo contempla que el Comité Europeo de Protección de Datos («Comité», que sustituirá al GTPD) adopte decisiones vinculantes, entre otros casos, en aquellas situaciones en las que haya divergencias sobre cuál de las autoridades de control «es competente para el establecimiento principal»; así como cuando una autoridad de control interesada haya manifestado una objeción pertinente y motivada a un proyecto de decisión de la autoridad principal. En estos supuestos la autoridad de control principal o, en su caso, la autoridad de control ante la que se presentó la reclamación adoptará su decisión definitiva sobre la base de esa decisión (art. 65). Según el cdo. 143 del RPD, en caso de impugnación un tribunal nacional no es competente para declarar inválida la decisión del Comité, debiendo remitirlo al Tribunal de Justicia conforme al art. 267 TFUE.

Habida cuenta de la complejidad inherente a la aplicación del RPD por una pluralidad de autoridades de control, así como de la configuración del procedimiento de cooperación y del mecanismo de coherencia, cabe esperar que la actividad del Comité resulte de gran importancia, lo que también se proyectará sobre otros aspectos del RPD, respecto de los que entre las funciones del Comité se encuentra emitir directrices, recomendaciones y buenas prácticas (art. 70).

### 3.3. Reclamaciones ante las autoridades de control y tutela jurisdiccional

26. El art. 77.1 establece el derecho de todo interesado a presentar una reclamación ante una autoridad de control si considera que el tratamiento de datos que le conciernen infringe el RPD, previendo que puede presentarse, en particular en el Estado miembro en el que tenga su residencia habitual, lugar de trabajo o lugar de la supuesta infracción. Esta vía de reclamación, sometida a menores costes y esfuerzos para el reclamante que el ejercicio de acciones judiciales, constituye un mecanismo esencial para que los afectados puedan solicitar la protección de sus derechos.

El art. 77 adopta un criterio flexible acerca de la autoridad ante la que el interesado puede presentar su reclamación, con el objetivo de facilitar la protección de sus derechos, que se ve reforzada por el significado atribuido a esa autoridad, en la medida en que será considerada «autoridad de control interesada» a los efectos de los procedimientos antes reseñados.

27. Desde la perspectiva de la protección de los interesados, el RPD no solo garantiza la posibilidad de que presenten la reclamación ante la autoridad de control de su entorno más próximo o más vinculada con la actividad de que se trate. La determinación de la autoridad nacional que posteriormente adopta la decisión tiene singular trascendencia en relación con el derecho a la tutela judicial frente a esa decisión (art. 78 del RPD). De ahí la importancia de que cuando la decisión desestime o rechace una reclamación, sea la autoridad de control ante la que se haya presentado —y no la principal— la que formalmente adopte la decisión, lo que resultará determinante de la competencia de los tribunales de dicho Estado —en la práctica el elegido por el interesado para presentar su reclamación— para conocer de las acciones que puedan ejercitarse en vía judicial, típicamente por el afectado, frente a la desestimación de la reclamación. En estos casos podrán plantearse dificultades específicas, por ejemplo, al haberse aplicado en el procedimiento a los aspectos no regulados en el RPD las normas de otro ordenamiento, en concreto, el del Estado del establecimiento principal y no el del Estado cuyos tribunales son competentes para conocer de los recursos judiciales frente a la decisión de la autoridad de control.

El art. 78.3 del RPD, como es propio del ejercicio de acciones frente a actos administrativos, establece que las acciones contra una autoridad de control deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado de dicha autoridad. Se trata de un criterio que está en línea con lo previsto en la legislación española por el art. 24 de la LOPJ relativo a la extensión de la jurisdicción de los tribunales españoles del orden contencioso-administrativo. Ahora bien, cuando la autoridad ante la que se presenta la reclamación no da curso a la misma, solo se reconoce al interesado el derecho a ejercitar acciones contra la autoridad de control si esta es competente en virtud de los arts. 55 y 56 del RPD, es decir, se trata de la autoridad de control principal o la del Estado al que pertenece la autoridad pública que efectúa el tratamiento.

## 4. TUTELA JUDICIAL CIVIL CONTRA UN RESPONSABLE O ENCARGADO

### 4.1. Acciones civiles

28. El art. 79 del RPD está dedicado a regular la tutela judicial contra un responsable o encargado del tratamiento, que resulta de especial importancia respecto al derecho de toda persona que sufra daños y perjuicios como consecuencia de una infracción del RPD a recibir una indemnización (art. 82). La interposición de una reclamación ante la autoridad de control no es una vía que permita obtener la reparación del daño, por lo que el ejercicio de acciones judiciales resulta necesario para hacer efectivo el derecho a indemnización<sup>55</sup>. El RPD no introduce mecanismos de coordinación entre la tutela civil y la supervisión administrativa, pues en el art. 79 no se ha incluido la previsión recogida en la norma equivalente de la Propuesta de la Directiva, que contemplaba la posibilidad de que un tribunal que conociera de una demanda contra un responsable o encargado, suspendiera el procedimiento cuando estuviere pendiente ante el mecanismo de coherencia un procedimiento referido a la misma medida, decisión o práctica (art. 75.3 de la Propuesta).

A diferencia de las reclamaciones ante las autoridades de control, cuyas decisiones son objeto de recursos administrativos y eventualmente ante tribunales del orden contencioso-administrativo, el ejercicio de acciones judiciales por los interesados frente a los responsables o encargados que han vulnerado sus derechos como consecuencia de un tratamiento de datos personales da lugar típicamente a litigios ante los tribunales del orden civil (salvo que el responsable o encargado sea una administración pública).

29. Al margen del derecho de indemnización, ante los tribunales del orden civil también pueden ejercitarse otro tipo de acciones fundadas en la infracción de normas del RPD, respecto de las cuales la vía civil puede representar una alternativa a la reclamación ante una autoridad de control, por ejemplo, para obtener la imposición al responsable de una limitación o prohibición al tratamiento. Así lo ilustra la STS (Sala de lo Civil) de 15 de octubre de 2015<sup>56</sup>, con respecto a las obligaciones del periódico editor de una noticia como responsable del tratamiento de los datos personales que aparecen en su sitio web, tanto en relación con la indemnización de los daños como con la adopción de medidas para que la información relevante no pueda ser indexada por los motores de búsqueda.

Ejemplo de la doble vía de tutela —pública o privada— en materia de datos personales es la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) relativa al ejercicio del llamado derecho al olvido, como resulta en particular del con-

---

<sup>55</sup> Véanse GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Granada, Comares, 1999; y, en relación con el derecho al olvido, SIMÓN CASTELLANO, P., *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 190-194.

<sup>56</sup> ECLI:ES:TS:2015:4162.

traste entre la STS (Sala de lo Civil) de 5 de abril de 2016<sup>57</sup> y las sentencias de la Sala de lo Contencioso del TS sobre recursos de casación contra sentencias de la Audiencia Nacional, relativas a resoluciones sancionatorias de la AEPD frente al buscador Google<sup>58</sup>. A diferencia de las resoluciones pronunciadas en el orden contencioso, la adoptada en el orden civil contempla la eventual indemnización de los daños.

30. En relación con estos litigios la jurisprudencia tanto de la Sala de lo Civil como de la Sala de lo Contencioso del TS ha insistido en la existencia de «distintos criterios rectores» entre ambas jurisdicciones, «por la diversidad de las normativas que con carácter principal se aplican», destacando que, a diferencia de lo que sucede en el orden civil, en el ámbito contencioso fundamentalmente se trata de conocer de impugnaciones frente a resoluciones de la AEPD tras una reclamación administrativa interpuesta por el afectado. El concepto de responsable del tratamiento ha sido objeto de interpretaciones expresamente contradictorias por parte de la Sala de lo Civil y de la Sala de lo Contencioso al determinar la responsabilidad —civil o administrativa— derivada de la ilicitud en el tratamiento de datos por la prestación de un mismo servicio. La Sala de lo Contencioso —en línea con la Sentencia *Google Spain* del TJUE— ha entendido que solo Google Inc., sociedad con domicilio en Estados Unidos y gestora del motor de búsqueda, es responsable del tratamiento de datos personales, mientras que la Sala de lo Civil ha considerado también a Google Spain, S. L., la filial en España, corresponsable del tratamiento por parte del buscador<sup>59</sup>.

31. Para justificar la divergencia, la STS (Civil) de 5 de abril de 2016 destaca que recae en un proceso civil que tiene por objeto la protección de derechos fundamentales del demandante (apdo. 13 del FJ 3). Ahora bien, lo cierto es que tanto en uno como en otro caso de lo que se trataba sobre este particular es de determinar si Google Spain, S. L., es «responsable del tratamiento» en el sentido del art. 2.d) de la Directiva 95/46/CE —art. 3.d) de la LOPD—, lo que en el proceso civil resulta presupuesto del derecho a indemnización, de modo que la interpretación de ese concepto no debería variar en función del orden jurisdiccional. El RPD reafirma esta idea, pues el concepto de responsable del tratamiento es exactamente el mismo en el art. 82 del RPD —relativo al derecho a indemnización— que en su art. 17 que regula el

<sup>57</sup> ECLI:ES:TS:2016:1280.

<sup>58</sup> En particular las SSTS (Sala de lo Contencioso) de 11 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1057), de 14 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1056 y ECLI:ES:TS:2016:964), de 15 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1103), así como las ocho sentencias pronunciadas por dicha Sala el 13 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2696; ECLI:ES:TS:2016:2699; ECLI:ES:TS:2016:2702; ECLI:ES:TS:2016:2707; ECLI:ES:TS:2016:2722; ECLI:ES:TS:2016:2723; ECLI:ES:TS:2016:2724; ECLI:ES:TS:2016:2725). En estas últimas sentencias la Sala de lo Contencioso dedica un Fundamento Jurídico específicamente a abordar las implicaciones sobre este particular de la Sentencia de la Sala de lo Civil de 5 de abril de 2016, a modo de ejemplo puede verse el FJ 11 de la STS (Contencioso) de 13 de junio, ECLI:ES:TS:2016:2696.

<sup>59</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «La contradictoria doctrina del Tribunal Supremo acerca del responsable del tratamiento de datos por el buscador Google», *Diario La Ley*, núm. 8773, 31 de mayo de 2016, pp. 1-6.

derecho de supresión («el derecho al olvido»), con independencia de que se ejerciten acciones civiles o se plantee una reclamación administrativa. Entre otros escenarios, no será extraño que tras la sanción administrativa, el afectado pretenda obtener una indemnización por la vía civil.

32. Desde la perspectiva de la competencia internacional resulta de interés que la Sentencia de la Sala de lo Civil de 5 de abril de 2016 fundamenta su criterio en la circunstancia de que tener que demandar en España a una empresa extranjera (y no a su filial española) supondría en este caso frustrar el objetivo de asegurar una protección eficaz del derecho fundamental a la protección de datos. El Tribunal destaca las dificultades asociadas a tener que litigar contra un demandado domiciliado en el extranjero, como el coste de la traducción de la demanda, la dilación que implicaría el emplazamiento (con lo que se prolongaría la vulneración de los derechos fundamentales), o la eventual necesidad de solicitar la ejecución de la sentencia en Estados Unidos<sup>60</sup>. Esta posición explica que las posteriores Sentencias de 8 de abril de 2016 de la Sala de lo Contencioso incluyan una explicación del funcionamiento de la vía contencioso administrativa, para destacar que la circunstancia de que el responsable se halle establecido en el extranjero no implica en este orden jurisdiccional que la tutela para el afectado resulte más gravosa.

33. El peso atribuido a esos elementos de dificultad práctica por la Sala de lo Civil del TS contrasta con la circunstancia de que el mecanismo de protección establecido en materia civil por la legislación de la UE para proteger a una parte débil, como un consumidor, en las transacciones internacionales se basa precisamente en facilitar que pueda demandar ante los tribunales de su propio domicilio a una empresa establecida en el extranjero, incluido un tercer Estado, unido a la aplicación de la normativa de protección del foro. Además, la idea de que la víctima pueda demandar ante los tribunales de su residencia habitual (o su centro de vida) a quienes (teniendo su domicilio en el extranjero) infringen sus derechos de la personalidad, incluido el derecho a la protección de datos personales, ha constituido también un elemento clave de la evolución del Derecho internacional privado (DIPr) de la UE con el objetivo de favorecer a los afectados, como refleja la sentencia del TJUE en los asuntos *eDate Advertising y Martínez*<sup>61</sup>, así como la regla específica de competencia judicial internacional incluida ahora en el RPD (art. 79.2).

#### 4.2. Regla especial de competencia: alcance

34. Destaca como innovación del RPD la previsión de una norma especial de competencia judicial internacional en materia civil. Su art. 79.2 atribuye a los interesados que consideren que sus derechos en virtud del RPD han sido vulnerados la posibilidad de demandar al responsable o al encarga-

<sup>60</sup> Véanse especialmente apartados 9 a 12 del FJ 3.

<sup>61</sup> STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y Martínez*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, apartado 49.

do del tratamiento ante los tribunales de cualquier Estado en el que tengan un establecimiento, y alternativamente prevé que puedan demandar ante los tribunales de su propia residencia habitual. Las situaciones a las que es aplicable este fuero vienen delimitadas por el apartado 1 del art. 79 del RPD, que va referido a la tutela judicial de los interesados contra un encargado o responsable del tratamiento cuando consideren que sus derechos en virtud del RPD han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos. Se trata típicamente de acciones civiles —salvo que el responsable o encargado sea una administración pública— comprendidas en el ámbito de aplicación del RBIBis<sup>62</sup>, ya que no se refieren a ninguna de las materias excluidas conforme a su art. 1.2. Por ello, la interacción entre el art. 79.2 del RPD y el RBIBis reviste particular interés.

35. Esta regla de competencia se proyecta sobre litigios comprendidos en el RBIBis, al ser «materia civil y mercantil» en el sentido de su art. 1. El inciso final del art. 79.2 del RPD excluye que opere el fuero alternativo a favor de la residencia habitual del interesado (incluso a partir del cdo. 145 cabría sostener que la exclusión va referida a la norma en su conjunto) en aquellos casos en los que «el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos». De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la caracterización como «materia civil y mercantil» resulta de un análisis funcional<sup>63</sup>, conforme al cual si bien determinados litigios entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado pueden estar comprendidos dentro del ámbito del RBIBis, la aplicación de este queda excluida cuando la tutela que se pretende tenga su fundamento en actividades de esa autoridad en el ejercicio del poder público<sup>64</sup>. Ejemplo de situaciones excluidas son también las que derivan de la tutela judicial contra una decisión de una autoridad de control<sup>65</sup>, como prevé el art. 78 del RPD, ya que el ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades de control implica típicamente el desarrollo de actividades en el ejercicio del poder público. También puede ser el caso en situaciones en las que el perjuicio tiene su origen en tratamientos de titularidad pública, objeto de reclamación en vía contencioso administrativa.

36. Habida cuenta de que el fundamento de la tutela que el interesado solicita en el marco del art. 79 es la vulneración de sus derechos en virtud del RPD, podría tratarse en principio a los efectos del RBIBis de acciones en materia de responsabilidad extracontractual, para hacer valer el derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción del RPD (art. 82.6). Ahora bien, no es extraño que entre el res-

<sup>62</sup> MOINY, J. P., *op. cit.*, nota 31, p. 123.

<sup>63</sup> Véase, *v. gr.*, MANKOWSKI, P., «Art. 1 Brüssel Ia-VO», en RAUSCHER, T., *EuZPR/EuIPR*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Colonia, Otto Schmidt, 2016, p. 107.

<sup>64</sup> Véanse, con ulteriores referencias, SSTJUE de 11 de abril de 2013, *Sapir*, C-645/11, ECLI:EU:C:2013:228, apartado 33; y de 12 de septiembre de 2013, *Sunico*, C-49/12, ECLI:EU:C:2013:545, apartado 34.

<sup>65</sup> BRKAN, M., *op. cit.*, nota 20, pp. 8-9.

ponsable del tratamiento (por ejemplo, un prestador de servicios de la sociedad de la información) y el interesado medie un contrato. Conforme a la jurisprudencia del TJUE cuando una parte ejercita una acción de responsabilidad civil frente a otra (de naturaleza extracontractual en la legislación nacional) debe considerarse comprendida en la «materia contractual» a los efectos del art. 7 RBiBis si el comportamiento recriminado es un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato, lo que será normalmente el caso cuando la interpretación del contrato resulta indispensable para determinar la licitud del comportamiento controvertido<sup>66</sup>. El art. 79 RPD no incorpora ninguna restricción al respecto, por lo que, habida cuenta de su finalidad protectora de los interesados, no cabe excluir que la regla especial de competencia del art. 79.2 RPD pueda operar en relación con el ejercicio de acciones por el interesado frente al responsable (o el encargado) relativas a un contrato entre ambos en la medida en que tengan por objeto la vulneración de las normas del RPD.

37. En los tratamientos de datos que afectan a un gran número de interesados reviste mucha importancia la posibilidad de ejercitar acciones colectivas, de lo que a escala europea proporciona un ejemplo destacado la controversia *Schrems c. Facebook*, que es también ilustrativa de la dualidad entre la tutela pública y la privada<sup>67</sup>. El RPD se limita en su art. 80 a facilitar que una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro pueda representar a los interesados. El art. 80 del RPD no incorpora normas de competencia judicial. Ante las carencias en materia de acciones colectivas del RBiBis<sup>68</sup>, puede presentar singular interés la interpretación respecto de esas situaciones de las normas de competencia del art. 79.2 del RPD.

#### 4.3. Fuero del establecimiento

38. Como primer criterio, el art. 79.2 atribuye competencia a los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado contra el que se ejercita la acción «tenga un establecimiento». Como ha quedado reseñado, frente a la Directiva 95/46/CE, en el RPD el concepto de establecimiento pierde su importancia previa para determinar la competencia de las autoridades nacionales de supervisión. Ahora bien, ese concepto sí resulta relevante en el nuevo marco como fuero de competencia, en la medida en que el art. 79 considera competentes a los tribunales del Estado miembro en que el res-

<sup>66</sup> Véase asunto C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, apartados 23 a 25; y asunto C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559, apartado 21. Resulta también de interés el asunto C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555, esp. apartados 37 a 41.

<sup>67</sup> Así el litigio principal en el mencionado asunto C-362/14, *Schrems*, tenía su origen en una reclamación presentada ante el *Data Protection Commissioner* irlandés, como detalla el auto del *Oberster Gerichtshof* austriaco de 20 de julio de 2016 que plantea una cuestión prejudicial en esta ocasión acerca de la interpretación de los arts. 15 y 16 RBiBis en el marco de una acción colectiva contra Facebook.

<sup>68</sup> Ámbito en el que puede resultar una significativa aportación la eventual sentencia del TJUE en el asunto mencionado en la nota anterior.



ponsable o encargado tenga un establecimiento, como categoría flexible que puede estar presente al igual que en el sistema de la Directiva en más de un Estado miembro<sup>69</sup>, a diferencia del concepto de «establecimiento principal» relevante en relación con el mecanismo de ventanilla única.

39. Aunque en muchas situaciones el establecimiento coincidirá con el Estado en el que se localiza el domicilio del demandado en el sentido del fuero general del art. 4.1 del RBIbis, se trata de dos categorías diferentes, susceptibles de conducir a resultados diversos. El domicilio, a los efectos del art. 4.1 del RBIbis, viene determinado para las personas jurídicas de manera autónoma por su art. 63, que prevé que se encuentra con carácter alternativo en su sede estatutaria, administración central o centro de actividad principal; mientras que respecto de las personas físicas el art. 62 conduce a la aplicación de la legislación interna del foro para determinar si el demandado está ahí domiciliado.

Por su parte, el art. 79.2 del RPD no utiliza ese concepto de domicilio al atribuir competencia a los tribunales de cualquier Estado miembro en el que tenga un «establecimiento». Como ha quedado ya reseñado, el RPD mantiene el concepto amplio y flexible de establecimiento, que se extiende «a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable»<sup>70</sup>.

40. Conforme a la Sentencia *Weltimmo* a esos efectos debe valorarse «el grado de estabilidad de la instalación como la efectividad del desarrollo de las actividades [...] tomando en consideración la naturaleza específica de las actividades económicas y de las prestaciones de servicios en cuestión», lo que facilita la posibilidad de determinar que existe una instalación estable en un Estado distinto al del domicilio social, especialmente para las empresas que se dedican a ofrecer servicios por Internet (apdo. 29). La actividad puede llevarse a cabo a través de Internet, por ejemplo, cuando tiene lugar mediante un sitio web dirigido a ese territorio, aunque resulta preciso además que disponga ahí de una instalación estable (apdo. 32). En su Sentencia *Verein für Konsumenteninformation* el TJUE puso de relieve que puede existir un establecimiento a estos efectos aunque la entidad no posea una filial ni una sucursal en el Estado miembro en cuestión, si bien no es suficiente que en su territorio se pueda acceder al sitio de Internet de la entidad, siendo preciso valorar el grado de estabilidad de la instalación y la efectividad del desarrollo de las actividades en ese Estado (apdos. 76 y 77). Puede bastar a tal fin la presencia en ese país de un único representante de la sociedad domiciliada en otro Estado si actúa con un grado de estabilidad suficiente (apdo. 30 de la Sentencia *Weltimmo*)<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> MOEREL, L., «Back to basics: when does EU data protection law apply?», *IDPL*, vol. 1(2), 2011, pp. 92-110, esp. pp. 94-103.

<sup>70</sup> Apartado 31 de la Sentencia *Weltimmo* y apartado 75 de la Sentencia *Verein für Konsumenteninformation*, ya citadas.

<sup>71</sup> El Abogado General en el asunto *Verein für Konsumenteninformation* consideró que no es descartable que la existencia de un servicio posventa destinado a los clientes residentes en un Estado miembro pueda constituir un establecimiento a estos efectos (ECLI:EU:C:2016:388, apdo. 121).

41. El objetivo de garantizar los derechos de los afectados que justifica el empleo del concepto amplio y flexible de establecimiento del RPD como fuero de competencia se corresponde con la circunstancia de que puede servir para atribuir competencia a tribunales de Estados miembros que no la tendrían con base en el art. 4 del RBIbis o incluso otras normas de competencia de ese instrumento, lo que podría ser de particular utilidad en relación con el ejercicio de acciones colectivas por parte de interesados procedentes de diversos Estados<sup>72</sup>. De hecho, a tenor del art. 79.2 del RPD cabe entender que cualquier establecimiento del responsable o del encargado en un Estado miembro puede ser relevante para atribuir competencia, pues no se exige, frente al texto del art. 3.1 del RPD, que la acción vaya referida a un tratamiento que tiene lugar en el contexto de ese concreto establecimiento (aunque puede plantearse la conveniencia de apreciar que resulta compatible con la exigencia de previsibilidad para el demandado). Cabe además entender que la competencia fundada en la existencia de un establecimiento del demandado se extiende al conjunto del daño que el tratamiento haya causado al interesado.

#### 4.4. Residencia habitual del interesado

42. Como criterio alternativo de competencia el art. 79 del RPD prevé que las acciones frente al responsable o encargado podrán ser ejercitadas por el interesado ante los tribunales del Estado miembro en que tenga su propia residencia habitual. En relación con el empleo del concepto de «residencia habitual» en las normas de competencia de otros Reglamentos que no contienen una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el TJUE ha considerado que debe realizarse atendiendo al contexto en el que se insertan las disposiciones y al objetivo pretendido<sup>73</sup>. Ante la ausencia de un concepto específico, cabe partir de que la «residencia habitual» no viene determinada por la mera presencia, resultando preciso que sea en principio de cierta duración para que revele una estabilidad suficiente<sup>74</sup>.

Aunque con frecuencia coincidirán, la «residencia habitual» del interesado no es un concepto idéntico al de «centro de intereses de la víctima», como criterio atributivo de competencia desarrollado por el TJUE para concretar el lugar donde se ha producido el daño a los efectos del art. 7.2 del RBIbis en los supuestos de lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet. En su Sentencia *eDate Advertising* el TJUE puso de relieve que aunque normalmente ambos elementos se localizan en el mismo lugar, una persona puede tener su centro de intereses en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, cuando un vínculo particularmente estrecho con ese Estado resulte de otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional.

---

<sup>72</sup> Son ilustrativas las dudas surgidas acerca del alcance de las normas sobre protección de los consumidores del RBIbis en el asunto *Schrems c. Facebook*, pendiente ante el TJUE, nota 5, *supra*.

<sup>73</sup> Asunto C-497/10, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829, apartado 46.

<sup>74</sup> *Ibid.*, apartado 51.

43. Ante la falta de restricciones en el texto de la norma y teniendo en cuenta el objetivo que la inspira, cabe entender que el alcance de la competencia fundada en la residencia habitual del interesado se extiende también al conjunto del daño que el tratamiento por el demandado le haya causado, de modo que no se limita al producido en el Estado de su residencia habitual. Del texto del art. 79 RPD tampoco resulta que la operatividad de esta regla de competencia se subordina al cumplimiento de requisitos específicos, como la circunstancia de que las actividades del responsable estén dirigidas al Estado miembro de la residencia habitual<sup>75</sup>, pero tal resultado podría alcanzarse en la medida en que se considere que la regla de competencia del art. 79 se halla también limitada por los criterios sobre el ámbito territorial de las normas del RPD de su art. 3.

#### **4.5. Interacción con las reglas de competencia del Reglamento Bruselas I bis**

44. El marco de relaciones entre los fueros del art. 79 del RPD y el RBIbis deriva fundamentalmente de lo dispuesto en el art. 67 de este último y en los cdos. 145 y 147 del RPD. Conforme a su art. 67, el RBIbis no prejuzga la aplicación de las disposiciones particulares que en materias especiales regulan la competencia judicial en los actos de la Unión, como es el caso del art. 79 RPD. En esta misma línea, el cdo. 147 del RPD afirma que las normas generales de competencia judicial del RBIbis «deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas del RPD». Además, acerca del significado de su art. 79.2, el cdo. 145 del RPD manifiesta que en lo relativo a las acciones contra los responsables o encargados, «el reclamante debe tener la opción de ejercitarlas ante los tribunales de los Estados miembros» designados por el art. 79.2 RPD.

Lo anterior revela que el objetivo de protección de los interesados se traduce en que la función de las reglas de competencia del RPD es poner a disposición de los interesados la posibilidad de ejercitar sus acciones ante los tribunales de los Estados miembros en los que el responsable o encargado tenga un establecimiento o de la propia residencia habitual del perjudicado, resultando desmentida la formulación imperativa del primer inciso del art. 79.2 («las acciones [...] deberán ejercitarse») por el contexto, contenido y función de la norma, así como por su redacción en otras lenguas. Cabe sostener que se trata de fueros adicionales que tiene a su disposición el interesado y que complementan en el seno de la Unión el régimen establecido en el RBIbis<sup>76</sup>. El mismo criterio de solución se impone en aquellos casos en los que no

<sup>75</sup> Planteando la cuestión, BRKAN, M., *op. cit.*, nota 20, pp. 22-23.

<sup>76</sup> ALBRECHT, J. P. y JOTZO, J., *op. cit.*, nota 46, pp. 127-128, se limitan a afirmar que los fueros del RPD desplazan a las normas generales de competencia del RBIbis. Aunque se ha llegado a plantear el eventual conflicto de los fueros del RPD con las competencias exclusivas del RBIbis —BRKAN, M., *op. cit.*, nota 20, p. 23—, lo cierto es que en la medida en que las reglas del art. 79 RPD van referidas a acciones relativas a la vulneración de los derechos del interesado como consecuencia del tratamiento

resulte de aplicación el RBÍbis sino las legislaciones internas de los Estados miembros —como en España, la LOPJ— en virtud de la remisión contenida en el art. 6.1 RBÍbis, pues en esas situaciones la legislación nacional debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de las reglas especiales de competencia del RPD, cuyo alcance no se limita a los demandados domiciliados en un Estado miembro.

45. Desde la perspectiva del ejercicio de acciones por parte de los interesados, el art. 79.2 del RPD complementa los fueros disponibles en virtud del RBÍbis y requiere que estos se interpreten de modo que no priven de efecto útil al art. 79.2. En consecuencia, junto a los fueros previstos en el RPD, los interesados tendrán a su disposición los establecidos en el RBÍbis que resulten operativos en cada caso<sup>77</sup>, como la prórroga de jurisdicción (arts. 25 y 26, si bien en la práctica resultará poco frecuente que el interesado pretenda hacer valer esta posibilidad en detrimento de la competencia de los Estados miembros designados por el art. 79.2 del RPD que tiene carácter preferente), el fuero general del domicilio del demandado (art. 4 RBÍbis, que normalmente coincidirá con un Estado miembro en el que el demandado tenga «un establecimiento» a los efectos del art. 79.2), los fueros basados en una relación de conexidad (art. 8 RBÍbis que incluye el de la pluralidad de demandados), o el fuero especial en materia extracontractual del art. 7.2 RBÍbis.

En relación con la eventual utilidad de este último, cabe reseñar que los criterios del art. 79.2 del RPD parecen no contemplar ciertas posibilidades que el interesado que ejercita una acción extracontractual podría tener en el marco del art. 7.2 RBÍbis, en la medida en que se considere que este no solo permite demandar por el conjunto del daño ante los tribunales del Estado miembro del centro de intereses de la víctima —al menos en relación con ciertas actividades desarrolladas en Internet, con base en la Sentencia *eDate Advertising*— sino también, aunque con un alcance limitado, ante los tribunales de otros lugares de manifestación del daño<sup>78</sup>, como aquellos en los que se hayan divulgado los datos. Aunque se trata de un criterio afirmado reiteradamente por el TJUE con respecto a la infracción de derechos de propiedad intelectual<sup>79</sup>, en relación con los derechos de la personalidad la cuestión ha sido expresamente planteada con respecto a acciones de supresión y rectificación de información en el asunto C-194/16, pendiente<sup>80</sup>.

46. Ha quedado ya señalado que, aunque el fundamento de las acciones ejercitadas por el interesado en el marco del art. 79 es la vulneración de sus

---

de sus datos personales con infracción del RPD, cabe entender que típicamente versan sobre materias distintas de las que son objeto de competencias exclusivas en el art. 24 RBÍbis.

<sup>77</sup> Véase DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 26, pp. 195-206.

<sup>78</sup> STJUE *eDate Advertising y Martínez*, ya citada, apartados 41 a 44. Véase ROTH, W. H., «Persönlichkeit im Internet: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht», *IPRax*, 2013, pp. 215-227, esp. pp. 221-224.

<sup>79</sup> Asunto C-170/12, EU:C:2013:635, apartados 42 y 46; y asunto C-441/13, ECLI:EU:C:2015:28, apartados 32 y 37.

<sup>80</sup> Petición de decisión prejudicial planteada por el Riigikohus (Estonia) el 7 de abril de 2016, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan/Svensk Handel AB* (DO C núm. 211, de 13 de junio de 2016, p. 35).

derechos establecidos en el RPD, sus reglas de competencia pueden también ser operativas cuando se trate del ejercicio de acciones por parte del interesado frente al responsable o el encargado con quien esté vinculado por un contrato, en la medida en que tengan por objeto el incumplimiento de las normas del RPD. En todo caso, en materia contractual, cuando el interesado —que ha de ser una persona física— sea un consumidor<sup>81</sup> y se den las demás condiciones para su aplicación, las normas de protección de los consumidores —arts. 6.1 y 17 a 19 RBI bis y, en su caso, 22 quinquies *d*) LOPJ— también conducen en las situaciones típicas a rechazar la eficacia de los acuerdos de prórroga de jurisdicción y a atribuir competencia a los tribunales del domicilio del consumidor o interesado con respecto a las acciones contractuales<sup>82</sup>.

Por otra parte, de cara al desarrollo de la tutela privada de la protección de datos personales, la facilitación en la UE de mecanismos de acción colectiva por interesados de diversos Estados miembros perjudicados por un mismo tratamiento reviste gran importancia. El RPD, y en concreto su art. 81, no introduce reglas de competencia específicas con respecto al ejercicio de acciones colectivas<sup>83</sup>, si bien ya ha quedado señalado como el potencial alcance de la regla de competencia del art. 79.2 basada en la existencia de «un establecimiento» del demandado puede facilitar en la práctica la concentración ante los tribunales de un Estado miembro, como también puede suceder en función de la estructura empresarial del demandado mediante el recurso al fuero relativo a una pluralidad de demandados del art. 8.1 RBIBis.

47. El art. 79 del RPD aparece redactado de tal manera que contempla la competencia para conocer de las acciones contra un responsable o encargado del tratamiento, pero no las que estos puedan ejercitar frente a interesados. En relación con la posición como actores de los responsables o encargados el RPD no prevé fueros adicionales, habida cuenta del objetivo de protección de los interesados que inspira sus reglas de competencia. Además, en la práctica las acciones que el responsable ejercite frente a los interesados se basarán típicamente en la relación contractual existente entre ambos y no en el incumplimiento de las normas del RPD.

El que las reglas del RBIBis no pueden producir el resultado de privar de su efecto útil al art. 79.2 RPD puede ser determinante para limitar la eficacia de los acuerdos atributivos de jurisdicción que pudieran existir entre el responsable y el interesado (que pueden abarcar controversias extracontractuales), en particular en situaciones en las que tales acuerdos se pretendan

---

<sup>81</sup> Solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, así como en las situaciones en las que el vínculo del contrato con la actividad profesional del interesado es tan tenue que resulta marginal, resulta de aplicación el régimen específico de protección del consumidor; además es necesario que quien contrata con una finalidad personal no tenga un comportamiento que dé la impresión de que actuaba con fines profesionales (asunto C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32).

<sup>82</sup> En relación con los acuerdos de computación en nube, véase, *v. gr.*, SUJECKI, B., «Internationales Privatrecht und Cloud Computing aus europäischer Perspektive», *Kommunikation und Recht*, 2012(5), pp. 312-317, esp. p. 315.

<sup>83</sup> Para un análisis crítico, BRKAN, M., *op. cit.*, nota 20, pp. 21-22.

invocar para oponerse a la demanda interpuesta por un interesado ante un tribunal competente en virtud del art. 79.2 del RPD.

48. No cabe descartar el ejercicio por un responsable frente a un interesado de acciones de carácter extracontractual, por ejemplo, de acciones declarativas de no infracción, que en el sistema del RBIbis pueden ejercitar ante los tribunales del lugar de origen del daño, que típicamente coincidirá con su propio domicilio, lo que en el marco del RBIbis llevaría normalmente a apreciar litispendencia con respecto a una posterior acción de indemnización fundada en la infracción<sup>84</sup>. En tales circunstancias, la eventual repercusión del RPD en materia de litispendencia presenta particular relevancia.

#### 4.6. Litispendencia y conexidad

49. El art. 81 del RPD, bajo la rúbrica «suspensión de los procedimientos», contempla que cuando procedimientos relativos a un mismo asunto en relación con el tratamiento por el mismo responsable o encargado estén pendientes ante tribunales de más de un Estado miembro, cualquier tribunal distinto de aquel ante el que se ejercitó la acción en primer lugar podrá suspender su procedimiento. Además, cuando se trate de un procedimiento pendiente en primera instancia será posible también, a instancia de una de las partes, la inhibición en caso de que el primer tribunal sea competente para conocer del asunto y su acumulación sea conforme a Derecho.

Aunque por su ubicación, inmediatamente antes de la regulación del derecho a indemnización y algunos aspectos de su redacción plantea dudas, y se ha afirmado que esa disposición básicamente desplaza a los arts. 29 y 30 del Reglamento Bruselas I bis<sup>85</sup>, cabe entender que el art. 81 del RPD no está ideado para ser de aplicación en aquellos casos en los que la litispendencia o conexidad se plantea entre tribunales que conocen de acciones contra un encargado o responsable del tratamiento en materia civil. En principio, en materia civil carece de justificación que el modelo más elaborado de litispendencia y conexidad del RBIbis sea sustituido por el art. 81 del RPD.

50. Entre los elementos que avalan esta posición se encuentra que el cdo. 144 del RPD al introducir este mecanismo hace referencia a su aplicación «(s)i un tribunal ante el cual se ejercitaron acciones contra una decisión de una autoridad de control tiene motivos para creer que se ejercitaron acciones ante un tribunal competente de otro Estado miembro relativas al mismo tratamiento», de modo que parece acotar su aplicación a situaciones en las que las acciones se ejercitan contra una autoridad de control. Cabe entender que este mecanismo va dirigido a facilitar la coordinación fundamentalmente entre procedimientos judiciales en diversos Estados miembros relati-

---

<sup>84</sup> Véase HESS, B., «The Protection of Privacy in the Case of Law of the CJEU», en HESS, B. y MARIOTTINI, M. (eds.), *op. cit.*, nota 36, pp. 81-113, esp. p. 93, con referencia al asunto C-452/12, EU:C:2013:858, apartado 42.

<sup>85</sup> ALBRECHT, J. P. y JOTZO, J., *op. cit.*, nota 46, p. 129.

vos a resoluciones de autoridades de control, en circunstancias en las que esa coordinación puede resultar apropiada, en especial por referirse al mismo tratamiento por un responsable o encargado, complementando la coordinación que en el ámbito administrativo resulta de otras disposiciones del RPD, como los arts. 56, 57.e) y 60<sup>86</sup>. Este limitado alcance del régimen de conexidad previsto, que puede llevar a la inhibición de los tribunales ante los que no se ejerció la acción en primer lugar, se corresponde con que los requisitos de aplicación sean diferentes y menos estrictos (por ejemplo, al no exigir identidad de partes) a los previstos en el art. 29 RBIbis para la litispendencia. Aunque la posibilidad de suspensión e inhibición deriva directamente del art. 81 RPD, que se superpone a la normativa procesal de los Estados miembros, queda subordinada a la valoración por parte del tribunal correspondiente.

Además, el cdo. 147 al contemplar que ciertas normas del RPD priman sobre el RBIbis se refiere tan solo a que el RPD contiene «normas específicas sobre competencia judicial». Las normas sobre litispendencia y conexidad entre tribunales de Estados miembros del RBIbis se vinculan con su sistema de reconocimiento y ejecución, por lo que resulta apropiado que esas disposiciones del RBIbis sigan siendo aplicables al ejercicio de acciones de responsabilidad civil por la infracción de la normativa sobre protección de datos, habida cuenta de que las resoluciones que se adopten en materia civil serán susceptibles de reconocimiento y ejecución en los demás Estados miembros con base en el RBIbis. Si bien la Propuesta de Reglamento incluía en su disposición relativa al ejercicio de acciones contra un responsable o encargado un último apartado (art. 75.4) según el cual los Estados miembros deberían ejecutar las resoluciones definitivas de los órganos jurisdiccionales en cuestión<sup>87</sup>, esa previsión, de compleja coordinación con el sistema del RBIbis, no figura en la versión final del RPD, de modo que este no incorpora normas de reconocimiento y ejecución que desplacen a las del RBIbis.

51. Ahora bien, la aplicación sin más del régimen de litispendencia previsto en el RBIbis tratándose de acciones en las materias comprendidas en el art. 79 del RPD puede plantear dificultades. En primer lugar, cabe entender que la regla del art. 31.2 RBIbis a favor del tribunal designado en un acuerdo de prórroga de jurisdicción no debe operar en detrimento de la competencia de un tribunal fundada en el art. 79.2 del RPD. Además, cuando un responsable haya ejercitado frente a algún interesado acciones declarativas de no infracción, por ejemplo ante los tribunales del lugar de su propio domicilio como lugar de origen del daño con base en el art. 7.2 RBIbis, la apreciación de litispendencia con base en el art. 29 del RBIbis a favor de los tribunales del domicilio del responsable en perjuicio, por ejemplo, de la eventual competencia de los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del interesado previsto en el art. 79.2 RPD podría menoscabar la protección que el RPD pretende otorgar a los interesados.

<sup>86</sup> FRENZEL, M., «Art. 81», en PAAL, B. P. y PAULY, D. A. (Hrsg.), *op. cit.*, nota 46, pp. 728-733.

<sup>87</sup> COM(2012) 11 final, p. 79.

#### 4.7. Ley aplicable

52. Han sido ya objeto de análisis aspectos de Derecho aplicable al hilo del art. 3 del RPD, cuyos criterios sobre el ámbito de aplicación territorial tienen carácter imperativo y son también determinantes cuando en un litigio entre particulares, por ejemplo en materia contractual o extracontractual, resulta relevante valorar la eventual ilicitud de ciertas conductas —o cláusulas contractuales— por su falta de conformidad con la legislación de protección de datos, incluso aunque la ley aplicable al contrato o a la responsabilidad civil sea la de un tercer Estado<sup>88</sup>. El carácter internacionalmente imperativo de la legislación sobre protección de datos personales y su sometimiento a una conexión autónoma conforme al art. 3 del RPD son plenamente coherentes con el significado en la UE como derecho fundamental de la protección de datos personales.

La legislación sobre protección de datos incorpora disposiciones cuya observancia es esencial para la salvaguarda de importantes intereses, lo que justifica su carácter internacionalmente imperativo. Así, el hecho de que un contrato internacional pueda estar regido por la ley de un tercer Estado —conforme al Reglamento Roma I— no impedirá que los tribunales de los Estados miembros, incluso en el marco de litigios contractuales deban aplicar imperativamente las normas del RPD, en la medida en que el supuesto esté comprendido dentro de su ámbito territorial. La cuestión relativa a la protección de datos ha de considerarse sometida a conexión autónoma y las disposiciones del RPD pueden ser consideradas normas internacionalmente imperativas del foro en el marco del art. 9.2 del Reglamento Roma I. La mencionada Sentencia *Verein für Konsumenteninformation* resulta indicativa de cómo la eventual ilicitud de ciertas cláusulas contractuales por su falta de conformidad con la legislación de protección de datos es objeto de una conexión específica y diferenciada con respecto a la ley del contrato, pues viene determinada por la ley aplicable en materia de protección de datos, ámbito en el que, de cara al futuro, debe estarse al art. 3 del RPD.

53. Si bien las normas del RPD, en tanto que legislación sobre protección de datos, son dentro de su ámbito territorial aplicables en todo caso por los tribunales de los Estados miembros para determinar si los derechos de los interesados con base en el RPD han sido vulnerados por un tratamiento de datos, ello no excluye que sea preciso determinar conforme a las reglas de conflicto correspondientes, por ejemplo, la ley aplicable a los aspectos de la responsabilidad civil derivada de tal infracción no regulados por el RPD.

En concreto, en materia de acciones de indemnización el RPD establece la obligación del responsable o encargado de indemnizar los daños y perjuicios que pueda sufrir una persona como consecuencia de un tratamiento en

---

<sup>88</sup> En el ámbito contractual cuando sea aplicable el art. 6 del Reglamento Roma I, el consumidor podrá beneficiarse de la normativa de protección de los consumidores de su residencia habitual, véase la mencionada sentencia en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*.



infracción de sus normas, proporcionando pautas sobre la necesidad de una interpretación amplia del concepto de daños y perjuicios. Además, prevé que el responsable o encargado debe quedar exento «si demuestra que no es en modo alguno responsable de los daños y perjuicios»; así como la eventual responsabilidad solidaria de quienes participan en la misma operación de tratamiento (art. 82 y cdo. 146). Ahora bien, al margen de estas disposiciones y de la unificación de las normas cuya infracción resulta presupuesto del derecho a indemnización, entre las legislaciones nacionales subsisten importantes diferencias en este ámbito. Por tanto, en relación con el ejercicio de este tipo de acciones en situaciones transfronterizas pueden plantearse complejas cuestiones de Derecho aplicable, tanto de delimitación —entre cuestiones de protección de datos sometidas a conexión autónoma a partir del art. 3 del RPD y cuestiones regidas por la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales— como de determinación de la ley aplicable, para las que lamentablemente el Derecho de la UE no siempre proporciona una respuesta. En concreto, la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la infracción de normas sobre protección de datos es una materia en principio excluida del Reglamento (CE) 864/2007 o Reglamento Roma II.

54. Conforme a su art. 1.2.g) el Reglamento Roma II no es aplicable a «las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación», categoría que cabe entender que incluye las acciones extracontractuales relativas a los daños y perjuicios sufridos por un interesado como consecuencia del tratamiento de sus datos personales por un responsable o encargado con infracción de las normas del RPD<sup>89</sup>.

Dicha exclusión tiene como consecuencia que la ley aplicable en esta materia continúe sometida a las normas de conflicto nacionales a falta de convenios internacionales, en el caso de España, el art. 10.9 CC. Se trata de un ámbito en el que es de lamentar la falta de avances y en el que se mantienen significativas diferencias entre los Estados miembros<sup>90</sup>. Tanto la interpretación del art. 10.9 CC en estos supuestos, como las alternativas disponibles para la superación de este vacío en el DIPr de la Unión quedan al margen del objeto de este trabajo. No obstante, cabe apuntar que los intereses presentes

---

<sup>89</sup> Así parece desprenderse del propio Reglamento Roma II, en la medida en que el art. 30.2 sobre su revisión menciona que el estudio relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad y de los derechos relacionados con la personalidad, deberá tener en cuenta «las cuestiones sobre conflicto de ley relacionadas con la Directiva 95/46/CE». Pese a la diferenciación entre ambos derechos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, es una idea reiterada en la jurisprudencia tanto del TJUE como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la tutela de la intimidad constituye una dimensión esencial de la protección de datos personales, véase KOKOTT, J. y SOBOTTA, C., «The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR», *IDPL*, vol. 3(4), 2013, pp. 222-228, esp. p. 223. Sobre la exclusión del Reglamento Roma II, DICKINSON, A., *The Rome II Regulation (The Law Applicable to Non-Contractual Obligations)*, Oxford, OUP, 2008, p. 240; SANCHO VILLA, D., *op. cit.*, nota 26, pp. 94-99; y BRKAN, M., *op. cit.*, nota 20, pp. 27-28.

<sup>90</sup> Véase VOGEL, J. B., *Das Medienpersönlichkeitsrecht im Internationalen Privatrecht (Eine Untersuchung zur Harmonisierung in Europa)*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 215-256.

en este concreto sector tienden a favorecer la aplicación de la ley del lugar donde sufren el daño o lesión los bienes o derechos del perjudicado, típicamente, en la residencia habitual (o centro de intereses) del interesado<sup>91</sup>, lo que se corresponde al menos parcialmente con la evolución que en materia de competencia judicial internacional favorece el art. 79.2 del RPD.

55. Conforme a su art. 2.4, el RPD debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico<sup>92</sup>, en particular sus normas relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. El «ámbito coordinado» de la Directiva 2000/31/CE, que según su cdo. 14 debe respetar plenamente los principios relativos a la protección de datos personales, incluye aspectos de Derecho privado, lo que plantea la cuestión de en qué medida las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad civil derivada de la vulneración de las normas sobre datos personales pueden constituir restricciones a los efectos del principio de origen en esa Directiva, cuestión no resuelta por el TJUE en la Sentencia *Papasavvas*<sup>93</sup>. De dicho principio resulta la exigencia de que los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en un Estado miembro —en los términos de la Directiva 2000/31— no estén sometidos a requisitos más estrictos que los previstos en el Derecho material del Estado miembro de establecimiento<sup>94</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

56. Al regular su ámbito territorial de aplicación el nuevo Reglamento mantiene un planteamiento unilateral y la existencia de un establecimiento en la UE como primer criterio de aplicación, pero introduce importantes avances, en particular al sustituir el criterio relativo al empleo de medios en la UE por otro tendente a asegurar la aplicación de la normativa europea a los tratamientos de datos de personas que se encuentren en la UE cuando se producen en actividades dirigidas a la UE. Frente al modelo anterior, las normas sobre el ámbito territorial no resultan ahora determinantes del reparto de competencias entre las autoridades nacionales de control. En el sistema atenuado de ventanilla única que introduce el Reglamento para facilitar las actividades transfronterizas de los responsables y encargados establecidos en un Estado miembro, adquiere especial relevancia la noción de establecimiento principal y la coordinación entre las autoridades nacionales, que puede plantear especiales dificultades, incluso en relación con la normativa aplicable a aspectos no previstos en el RPD, en situaciones en las que la resolución ha de ser formalmente adoptada por una autoridad distinta de la que lideró

---

<sup>91</sup> SANCHO VILLA, D., *op. cit.*, nota 26, pp. 99-107; y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 26, pp. 214-218.

<sup>92</sup> DO L núm. 178, de 17 de julio de 2000, p. 1.

<sup>93</sup> Asunto C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209.

<sup>94</sup> Véase en particular la STJUE *eDate Advertising y Martínez*, ya citada, apartado 67.

su tramitación, como vía introducida en el Reglamento para facilitar la tutela judicial de los interesados contra las decisiones de las autoridades de control.

57. El Reglamento pretende facilitar la tutela civil del derecho a la protección de datos, como alternativa a las reclamaciones ante las autoridades de control, que adquiere singular importancia con respecto al derecho a indemnización. Para ello introduce reglas especiales de competencia judicial internacional en las acciones contra un responsable o encargado, que prevalecen sobre las del Reglamento Bruselas I bis y las de la legislación de fuente interna. Se prevén dos fueros adicionales con carácter alternativo, que permiten a los interesados demandar ante los tribunales de cualquier Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento, en el sentido amplio y flexible en el que el término se utiliza por las normas sobre ámbito territorial de aplicación (a diferencia de la noción de establecimiento principal determinante en relación con la competencia de las autoridades de supervisión), o ante los tribunales del Estado de la residencia habitual del interesado. Las normas especiales sobre conexidad entre procedimientos judiciales que introduce el Reglamento parecen presentar un alcance limitado, que se reduce a los casos de ejercicio de acciones contra decisiones de autoridades de control. En relación con la tutela civil del derecho a la protección de datos, si bien el ámbito territorial del RPD resulta determinante de la aplicación de sus normas por los tribunales de los Estados miembros para decidir sobre la vulneración por un tratamiento de datos de los derechos de los interesados con base en el RPD, ello no excluye que sea preciso determinar conforme a las reglas de conflicto correspondientes la ley aplicable, por ejemplo, a aspectos de la responsabilidad civil derivada de tal infracción distintos de los regulados por el RPD u otros aspectos del contrato en el marco del cual se produce el tratamiento.

## RESUMEN

### COMPETENCIA Y DERECHO APLICABLE EN EL REGLAMENTO GENERAL SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA

El nuevo Reglamento general de protección de datos de la UE representa una profunda transformación de la situación previa basada en la mera armonización. En lo relativo a su dimensión internacional, introduce en primer lugar importantes novedades en los criterios que determinan el ámbito territorial de la legislación europea, en particular con el objetivo de asegurar su aplicación a los tratamientos de datos de personas que se encuentren en la Unión relacionados con actividades dirigidas a su territorio. El presente estudio valora el fundamento de los cambios y pretende aportar las claves para su interpretación. Frente al modelo anterior, las normas sobre el ámbito territorial no resultan ahora determinantes del reparto de competencias entre las autoridades nacionales de control de los Estados miembros. El Reglamento incluye disposiciones específicas acerca de la competencia de las autoridades de control de los Estados miembros en las situaciones transfronterizas, relevantes típicamente para las reclamaciones ante autoridades administrativas y los posteriores recursos judiciales frente a sus resoluciones. Además, incorpora un régimen especial de competencia judicial internacional en relación con el derecho a la tutela de los interesados contra un responsable o encargado del tratamiento, por ejemplo para el ejercicio de

acciones de indemnización. La coordinación de esas reglas con otras normas de nuestro sistema, como el Reglamento Bruselas I bis, es objeto de análisis en el presente estudio, al igual que el significado de las nuevas normas en materia de conexidad entre procedimientos judiciales, así como las carencias de los instrumentos de la Unión sobre ley aplicable en relación con la tutela civil del derecho a la protección de datos.

**Palabras clave:** datos personales, Reglamento UE, autoridades de control, tribunales, competencia, ley aplicable.

### ABSTRACT

#### JURISDICTION AND APPLICABLE LAW IN THE NEW EU GENERAL DATA PROTECTION REGULATION

The new EU General Data Protection Regulation brings about a deep transformation of the previous legal framework based on the mere approximation of laws. As regards the cross-border dimension, it amends the territorial scope of application of EU data protection law to clarify that it covers the processing of data of subjects who are in the Union by a controller or a processor not established in the Union where the processing activities are related to offering goods or services to such data subjects. This article discusses the rationale that supports the new approach and the relevant criteria for its interpretation. Unlike the previous regime, the provisions of the Regulation on its territorial scope do not determine the competent national supervisory authority. The Regulation includes specific provisions on the distribution of competences between the supervisory authorities of the Member States with regard to cross-border situations. Such rules play also an important role concerning the right to a judicial remedy against a supervisory authority. Additionally, new special jurisdiction rules are established concerning private claims by data subjects against a controller or processor as a result of the infringement of the rights granted to them by the Regulation. Such rules are of special significance with respect to the right to compensation where a damage results from an infringement of the Data Protection Regulation. One of the main objectives of this article is to clarify the issues raised by the relationship of the new special rules on jurisdiction and related proceedings with other provisions, such as those of the Brussels I (Recast) Regulation. The shortcomings of EU conflict rules in the area of private enforcement of data protection law and the interplay between the new Regulation and the general EU framework on conflict of laws are also discussed.

**Keywords:** personal data, EU Regulation, supervisory authorities, competence, jurisdiction, applicable law.

## RÉGIMEN DE LAS RECLAMACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS EN EL NUEVO DERECHO EUROPEO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA Y EN LÍNEA DE LITIGIOS DE CONSUMO \*

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA

**SUMARIO:** 1. LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA: UN NUEVO ELEMENTO PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL CONSUMIDOR.—2. EL NUEVO DERECHO EUROPEO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA Y EN LÍNEA DE LITIGIOS DE CONSUMO.—2.1. Descripción general.—2.2. Funciones (y disfunciones) de la plataforma europea de resolución en línea de litigios.—2.3. Las entidades RAL acreditadas de los Estados miembros.—3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL NUEVO DERECHO EUROPEO.—4. RÉGIMEN DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO TRANSFRONTERIZOS.—4.1. Relaciones con las normas de competencia judicial internacional.—4.2. Cambios en la gestión de las reclamaciones transfronterizas derivados del nuevo marco institucional.—4.3. Cuestiones de Derecho aplicable.—4.3.1. Los modos de prestación del consentimiento para el inicio del procedimiento ante una entidad RAL.—4.3.2. Ley aplicable al sometimiento a entidades RAL: régimen general.—4.3.3. La determinación del Derecho aplicable a la enervación del carácter vinculante para el consumidor del pacto de arbitraje de consumo.—4.3.4. Régimen del consentimiento informado: cuestiones conflictuales y materiales.—4.3.5. El tratamiento de los pactos arbitrales de consumo por el Derecho europeo: relaciones entre el régimen del art. 10 DRAL y el de las cláusulas abusivas.—4.3.6. El nuevo valor del orden público en los pactos de sometimiento a tribunales arbitrales de consumo extranjeros.—4.3.7. La necesaria transposición del principio de libertad en todos los Estados miembros.—4.3.8. Ley aplicable al procedimiento ante las entidades RAL.—4.3.9. El respeto al Derecho imperativo aplicable al contrato de consumo.—5. CONCLUSIONES.

---

\* Fellow of *The National Center for Information Technology and Dispute Resolution* (University of Massachusetts). Asociado del Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho internacional. Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia DER2014-56742-P, titulado «La adaptación de la legislación española al nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo», del que es investigador principal el autor. El autor agradece la lectura del borrador y sugerencias de Pablo Cortés, Professor of Civil Justice, University of Leicester (Reino Unido). Fernando Esteban de la Rosa es Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. Su correo electrónico es [festeban@ugr.es](mailto:festeban@ugr.es).

## 1. LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA: UN NUEVO ELEMENTO PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL CONSUMIDOR

La revolución tecnológica ha supuesto una intensificación sin precedentes del comercio transfronterizo de consumo. Hoy cualquier consumidor puede celebrar contratos de compraventa o de servicios en línea, cuyo carácter transfronterizo en ocasiones resulta incluso de forma inopinada. Durante las últimas décadas del siglo xx el Derecho internacional privado europeo experimentó importantes avances en la regulación de los contratos de consumo. El Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Reglamento Roma I) y el Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Reglamento Bruselas I *bis*)<sup>1</sup> son solo el último exponente de la incorporación de elementos tuitivos en las normas de ley aplicable y en la acuñación de los foros de competencia internacional. Soluciones de ese corte gozan de buena salud en el Derecho comparado<sup>2</sup> y recientemente han obtenido el respaldo, a nivel mundial, a través de la Resolución 1/2016 de la *International Law Association*<sup>3</sup>. Es sabido que el interés del legislador europeo por la protección del consumidor y la integración de los mercados ha motivado avances en la armonización del Derecho de protección del consumidor y en la generación de vías procesales dispuestas para conseguir una mejor efectividad de los derechos reconocidos a los consumidores, especialmente en los litigios de escasa cuantía.

Estos avances no logran ocultar el desfase entre el formalismo inherente a la presentación de una reclamación judicial y la realidad de un comercio electrónico de consumo caracterizado por su carácter masivo y por la escasa cuantía de las reclamaciones que genera, que demandan soluciones flexibles y ágiles a fin de dar satisfacción a las partes en un plazo breve y acompasado con la inmediatez que caracteriza a las relaciones a través de la Tecnología de la Información y de la Comunicación (en adelante TIC). Por ello, respecto del comercio en línea transfronterizo, el dispositivo de protección del consumidor de la Unión Europea, aunque necesario, se revela como insuficiente.

---

<sup>1</sup> Véase la sección 4.<sup>a</sup> del capítulo II del Reglamento 44/2000, del Consejo, de 22 de diciembre, 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; la sección 4.<sup>a</sup> del capítulo II del Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), *DO L* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012; así como el art. 6 y relacionados del Reglamento (CE) 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.

<sup>2</sup> Véanse distintas referencias en el trabajo de RÜHL, G., «La protección de los consumidores en el Derecho internacional privado», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 91-120.

<sup>3</sup> La Resolución del ILA puede ser consultada en la siguiente página web: <http://tinyurl.com/grb-y65p> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

En el siglo XXI el desarrollo de la TIC ha supuesto la incorporación de nuevos debates a la estrategia de protección del consumidor, especialmente en el ámbito del comercio digital. En primer lugar se ha pretendido favorecer el desarrollo del comercio en línea estableciendo para él un Derecho propio, si bien opcional. Sin embargo, tras detectarse variadas dificultades para su implantación, la propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea fue finalmente abandonada<sup>4</sup>. En segundo lugar, el desarrollo de la TIC ha permitido la creación de sistemas que hacen posible la resolución en línea de litigios (*online dispute resolution* u *ODR* por sus siglas en inglés). Las TIC son utilizadas no solo como una herramienta de comunicación, sino también a través de la denominada «cuarta parte»<sup>5</sup>. En efecto, las funcionalidades ofrecidas por las TIC son múltiples y variadas. Las TIC permiten la solución de litigios a través de la negociación directa, la negociación asistida (*Assisted Negotiation*), la negociación automatizada (*Automated Negotiation*), los sistemas de subasta ciega (*blind-bidding*), o la mediación y el peritaje de un tercero<sup>6</sup>. El potencial de la tecnología para dar respuesta a las necesidades de un comercio en línea en crecimiento constante explica la aparición de plataformas informáticas dispuestas a ofrecer esos servicios. Algunos mercados en línea, como eBay o Amazon, cuentan con su propio sistema de resolución de reclamaciones. Pero también hay plataformas independientes del empresario, públicas, como ECODIR, que fue promovida hace años por la Unión Europea<sup>7</sup>, y privadas, entre las que cabe mencionar YJUSTICE<sup>8</sup>, eJustic<sup>9</sup>, Smartsettle<sup>10</sup>, MODRIA<sup>11</sup> o Juripax<sup>12</sup>. La incorporación de estos servicios de resolución en línea ha ido más allá del ámbito de la resolución alternativa de litigios, y ya existen ejemplos de tribunales judiciales virtuales<sup>13</sup>, así como proyectos para su puesta en marcha a corto plazo<sup>14</sup>.

---

<sup>4</sup> En su lugar la Comisión Europea ha lanzado sendas propuestas de directivas relativas, respectivamente, a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales [Documento COM (2015) 634 final, de 9 de diciembre de 2015], y a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes [Documento COM (2015) 635 final, de 9 de diciembre de 2015].

<sup>5</sup> Véase KATSH, E. y RIFKIN, J., *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001, pp. 93-117; SCHULTZ, T., «An Essay on the Role of Government for ODR. Theoretical Considerations about the Future of ODR», *ADR Online Monthly UMASS*, 2003, p. 6.

<sup>6</sup> Sobre la caracterización de estas diferentes funcionalidades, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., «Principios de protección del consumidor para una iniciativa europea en el ámbito de la resolución electrónica de diferencias (ODR) de consumo transfronterizas», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 25, 2011, pp. 7-9.

<sup>7</sup> <http://www.ecodir.org/> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

<sup>8</sup> <http://www.youstice.com/> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

<sup>9</sup> <http://www.ejustic.com/> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

<sup>10</sup> <http://www.smartsettle.com/> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

<sup>11</sup> <http://www.modria.com/> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

<sup>12</sup> <http://www.juripax.com/modria.html> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

<sup>13</sup> Sirva de ejemplo el tribunal virtual existente en la British Columbia canadiense, disponible en la web <https://justice.gov.bc.ca/cso/index.do> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

<sup>14</sup> En Reino Unido se ha anunciado la creación de un tribunal de resolución de litigios en línea para conocer de reclamaciones de hasta 25.000 libras. Véase CORTÉS, P., «The Digitalization of the Judicial System: Online Tribunals and Courts», *Computer and Telecommunications Law Review*, vol. 22(6), 2016, pp. 141-143.

Desde diversos organismos internacionales se advirtió muy pronto el interés por disponer de un marco normativo para la resolución en línea de litigios, con miras a excluir que quedara exclusivamente en manos de los proveedores del servicio y de la autorregulación. Entre los primeros intentos cabe mencionar el incorporado a la agenda de la Organización de Estados Americanos<sup>15</sup>, de cuyos trabajos no ha habido ulterior noticia. A nivel universal, el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI comenzó su andadura en 2010 con la intención de aprobar un marco legal para la resolución por vía informática de litigios derivados de transacciones electrónicas. La regulación vendría compuesta por cuatro instrumentos, a saber: un reglamento de procedimiento, unas directrices aplicables a los proveedores del servicio y a los terceros, unas reglas sustantivas aplicables a la solución de los litigios, adaptadas a la escasa cuantía y al pretendido carácter más simple de las reclamaciones y, por último, unas normas destinadas a facilitar la ejecución transfronteriza<sup>16</sup>. Los trabajos de la CNUDMI han finalizado en febrero-marzo de 2016 con un resultado menos exitoso del esperado. El consenso alcanzado se refiere a la aprobación de unas notas técnicas sobre la solución de controversias en línea que expresamente descartan su carácter de *soft law*<sup>17</sup>.

En el ámbito europeo, el 18 de junio de 2013 fueron adoptados el Reglamento 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (en adelante RRL) y la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante DRAL)<sup>18</sup>. La nueva normativa europea pretende dar respuesta a la necesidad de desarrollo del mercado interior del comercio en línea. Se ha dicho que el art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) no es la base más adecuada para esta legislación<sup>19</sup>. Sin embargo, tampoco sorprende, pues el fundamento de la construcción del mercado interior ha sido utilizado para promover la armonización de la protección del

---

<sup>15</sup> Véase DEL DUCA, L., RULE, C. y ROGERS, V., «Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value - High Volume Claims - OAS Developments», *Stanford Public Law Working Paper No. 1635463*, 6 de julio de 2010. El documento se encuentra disponible en la siguiente página web: <http://ssrn.com/abstract=1635463> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

<sup>16</sup> Para una aproximación crítica a la iniciativa legislativa de la CNUDMI, véase CORTÉS, P. y ESTEBAN DE LA ROSA, F., «Building a Global Redress System for Low-Value Cross-Border Disputes», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62-2, 2013, pp. 407-440.

<sup>17</sup> El último documento publicado, correspondiente al 33.º periodo de sesiones, celebrado en Nueva York, del 29 de febrero al 4 de marzo de 2016, está disponible en la siguiente web: <http://tinyurl.com/j2jthdo> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

<sup>18</sup> DO L núm. 165/1, de 18 de junio de 2013. Para un análisis sobre los elementos principales de la nueva normativa europea, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F. y CORTÉS, P., «Un nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (ed.), *La Protección del Consumidor en Dos Espacios de Integración - Una Perspectiva de Derecho Internacional, Europeo y Comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 514-563.

<sup>19</sup> Véase EIDENMÜLLER, H. y ENGEL, M., «Die Schlichtungsfälle: Verbraucherrechtsdurchsetzung nach der ADR-Richtlinie und der ODR-Verordnung der EU», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht - ZIP*, vol. 36, 2013, p. 1706, así como la STJ de 17 de marzo de 1993, asunto C-155/91, ECLI:EU:C:1993:98.



consumidor a través de directivas, cuyo alcance no ha quedado limitado a la regulación de situaciones intracomunitarias.

Este estudio tiene por objeto revisar el impacto del nuevo Derecho europeo sobre las soluciones de Derecho internacional privado para la resolución alternativa de litigios de consumo transfronterizos y, especialmente, el modo en que aquellas se ven afectadas como consecuencia de la puesta en marcha de la nueva plataforma europea. Nuestra atención se centrará en los sectores de la competencia internacional y del Derecho aplicable. Para los fines del estudio no es posible ignorar la variedad de métodos de solución que emplean las entidades de resolución alternativa de litigios (en adelante entidades RAL) de los Estados miembros. La nueva regulación europea apenas cuenta con un número limitado de disposiciones especiales para los supuestos transfronterizos. Más allá, no se contempla ni la posible existencia de conexiones entre la resolución alternativa y el objetivo de los foros de competencia internacional, especialmente los especiales para la materia de los contratos celebrados por los consumidores, ni tampoco se contiene un régimen completo para las variadas cuestiones de ley aplicable que el nuevo Derecho ha hecho aflorar. Por ello, resulta necesario hacer una construcción del sistema que, además de arrojar luz sobre el acoplamiento en concreto entre las soluciones especiales y las generales, permita una aproximación crítica. Para esta labor cabe adelantar el importante papel hermenéutico que corresponde a la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva que hacen el art. 47 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (en adelante CEDF) y el art. 19 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) a la hora de resolver diferentes cuestiones prácticas. Bajo esta orientación será posible valorar, por ejemplo, el acomodo que el nuevo sistema hace del arbitraje de consumo transfronterizo, que como veremos obliga a entender como superada la interpretación más frecuente hasta ahora del sistema general. O la respuesta que reciben en la regulación actual los problemas idiomáticos asociados al uso y gestión, respectivamente, de la plataforma europea y las plataformas nacionales de resolución alternativa de litigios de consumo. A la vista de esta aproximación crítica, el presente estudio incluye propuestas de *lege ferenda* con miras a conseguir respuestas más satisfactorias a las necesidades jurídicas de la gestión en línea de reclamaciones transfronterizas de consumo. Antes de pasar a la exposición del régimen de Derecho internacional privado (4), primeramente nos ocuparemos de describir los elementos principales de la nueva regulación europea (2), así como su ámbito de aplicación y las consecuencias que conlleva (3).

Una breve digresión antes de empezar sobre el impacto del reconocimiento de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de los servicios de resolución en línea de litigios. La posibilidad de que una entidad RAL acreditada en un Estado miembro pueda resolver litigios que involucren a consumidores con residencia en un Estado miembro distinto es algo que queda sobreentendido en la DRAL y en el RRL. En este punto el nuevo Derecho europeo no ha introducido innovación respecto del

sistema de colaboración que fue instaurado por la Red de Centros Europeos del Consumidor para la resolución de litigios transfronterizos y que daba a las entidades RAL del país del establecimiento del empresario la oportunidad de conocer de las reclamaciones presentadas por consumidores con residencia en otros Estados miembros. El art. 5.3 DRAL deja abierta la posibilidad de que una entidad RAL pueda estar establecida en un país que no coincida ni con el de la residencia del consumidor ni tampoco con el del establecimiento de la empresa reclamada. De ello debe poderse deducir que en este ámbito es reconocida la libre prestación de servicios sin establecimiento.

La DRAL, a su vez, crea una correlación entre el país de establecimiento de la entidad de resolución alternativa (art. 4.3 DRAL) y el país de acceso a la acreditación europea (art. 19 DRAL) de tal manera que cada entidad RAL que pretenda acceder a la acreditación deberá hacerlo en el país de su establecimiento. Esta posición viene refrendada por la legislación de algunos Estados miembros que han transpuesto la DRAL<sup>20</sup>. Sin embargo, el hecho de que otros Estados estén evitando esta especificación<sup>21</sup>, plantea la duda de si, a la vista de la jurisprudencia del TJ, será posible que una entidad RAL obtenga su acreditación en un país distinto al de su establecimiento, aprovechando unas condiciones de acceso a esta clase de actividad eventualmente más benévolas. Ello podría suponer la apertura de un mercado, a la baja (*race to the bottom*), para las acreditaciones de entidades RAL.

El reconocimiento de las libertades hace necesario valorar la compatibilidad con el Derecho europeo de las eventuales restricciones estatales que puedan establecerse a la acreditación. A falta de criterio europeo, entre los motivos que podrá tener en cuenta el TJ para considerar como compatibles con el Derecho de la Unión Europea tales restricciones cabrá invocar, por ejemplo, la necesidad de atribuir a una entidad RAL pública el monopolio de la resolución de litigios en un sector, con miras a evitar la confusión del consumidor, o la posibilidad de generar economías de escala en el funcionamiento de una entidad RAL, a fin de hacerlas más efectivas y permitir un mejor control y estudio de los problemas que surgen en un concreto sector económico. En este orden de cuestiones podrá ser necesario, por ejemplo, analizar si resulta en contradicción con las libertades mencionadas una normativa estatal que obligue a las empresas a quedar adheridas a entidades RAL acreditadas en su país, limitando la posibilidad de que puedan cumplir con esta obligación de adhesión a través de entidades acreditadas en otros

---

<sup>20</sup> Para el Reino Unido, véase la sección 9.4 de *The Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations 2015* (Reglamento 542 de marzo de 2015); Para el Derecho holandés véase el art. 1 letra *h* de la ley holandesa *Wetsvoorstel implementatie richtlijn RAL consumentengeschillen* de 16 de abril del 2015; para el Derecho irlandés véase el art. 7.1, parte tercera de la *European Union (Alternative Dispute Resolution for Consumer disputes) Regulations 2015*.

<sup>21</sup> Por ejemplo, el requisito no aparece en el art. 17 del Anteproyecto de Ley español de resolución alternativa de litigios de consumo, de 17 de abril de 2015, disponible en <http://tinyurl.com/jx794jy> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

países europeos. Este aspecto será especialmente relevante en los sectores económicos que ofrecen servicios a nivel transfronterizo, como es el caso de las aerolíneas de transporte aéreo que operan en varios países europeos. Al no aclarar demasiado la DRAL sobre estos puntos, cabe augurar interesantes decisiones del TJ con este objeto.

## **2. EL NUEVO DERECHO EUROPEO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA Y EN LÍNEA DE LITIGIOS DE CONSUMO**

### **2.1. Descripción general**

Las obligaciones del nuevo sistema recaen sobre la Comisión Europea, sobre los Estados y sobre los empresarios. El conjunto normativo pivota sobre la creación de la plataforma europea de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo, por una parte, y la necesidad de que los Estados cuenten con entidades RAL adaptadas al Derecho europeo. Las exigencias guardan relación con la cobertura por parte de entidades RAL de ciertos litigios, con el cumplimiento por estas entidades de unos estándares mínimos en su configuración y procedimiento seguido, y con la garantía de su conocimiento, para lo cual se contemplan obligaciones de información que recaen sobre los empresarios. Cada Estado, a través de sus autoridades competentes, ha de ocuparse de evaluar las solicitudes de acreditación de las entidades RAL y realizar sobre ellas una labor de supervisión sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas. Los Estados han de adaptar el régimen de la caducidad y prescripción a fin de que el ejercicio de acciones judiciales no quede impedido por el transcurso del tiempo. El Derecho europeo quiere orientar la legislación estatal a fin de que se promueva, lo más posible, el conocimiento por los consumidores de la lista de entidades de resolución alternativa de litigios que cuenten con la marca europea (art. 15 DRAL), la cooperación e intercambio de experiencias entre entidades de resolución alternativa (art. 16 DRAL), así como la cooperación entre entidades de resolución alternativa y autoridades nacionales encargadas de la aplicación de las normas europeas de protección de los consumidores (art. 17 DRAL).

El RRLLE entró en vigor el 8 de julio de 2013 y la puesta en marcha de la plataforma europea tuvo lugar el 15 de febrero de 2016<sup>22</sup>. Desde esta fecha los empresarios, también los establecidos en España, han de ofrecer en sus sitios de Internet un enlace electrónico a la plataforma de resolución de litigios en línea. Aunque el plazo para la transposición finalizó el 9 de julio de 2015, a día de hoy esta tarea está pendiente en tres Estados, entre ellos España. Como consecuencia no existen todavía entidades RAL españolas en la lista de la Comisión Europea. De las 17.500 quejas presentadas hasta el 26 de octubre, 1.500 lo fueron contra empresas españolas, de las cuales unas 1.000

---

<sup>22</sup> La plataforma está disponible en la siguiente página web: <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=ES> (consultada el 3 de diciembre de 2016).

correspondían a consumidores con residencia en España<sup>23</sup>. Pese a la falta de transposición, ha trascendido que la función de asistir a los consumidores en el caso de las reclamaciones derivadas de contratos transfronterizos ha sido encomendada al Centro Europeo del Consumidor en España.

## **2.2. Funciones (y disfunciones) de la plataforma europea de resolución en línea de litigios**

La plataforma europea de resolución de litigios en línea es gestionada directamente por la Comisión Europea. Para ello el RRLL contiene unas normas de procedimiento uniformes que regulan, entre otras cuestiones, la presentación de la reclamación, la comunicación a la parte reclamada, el acuerdo sobre la entidad RAL que conocerá del caso o las causas de cierre y archivo de la reclamación (arts. 8 y 9 RRLL). Las normas de procedimiento resultan parcas en la regulación de ciertas cuestiones. Por ejemplo, aunque se da por sobreentendido que las partes han de ponerse de acuerdo sobre la entidad RAL que habrá de conocer del litigio, no se contiene una regulación sobre el modo en que deberá habilitarse la prestación del consentimiento y, ante todo, sobre el grado de información que ha de facilitarse al consumidor en ese momento. Este acuerdo, una vez que haya tenido lugar, no precisará que sea reproducido ante la entidad RAL receptora del caso que, por ejemplo, lleve a cabo el procedimiento en línea.

La plataforma europea no incorpora herramientas de negociación en línea, como la negociación asistida o la negociación automatizada. Opera básicamente como una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen presentar una reclamación. Para este fin los interesados pueden cumplimentar su reclamación de manera electrónica, de forma gratuita y en todas las lenguas oficiales de la UE. Conviene advertir que, aunque la cumplimentación de la reclamación es gratuita, se permite que las entidades RAL puedan cobrar por el servicio ofrecido. La plataforma europea cuenta también con una herramienta de tramitación en línea. Con ella se permite la comunicación de las partes con la entidad RAL competente, al igual que se hace posible la aportación de documentación. Como toda la plataforma, esta herramienta no solo está disponible para las reclamaciones transfronterizas sino también para las domésticas, que representan hoy el 60 por 100 de las presentadas. La página *web* contiene también la información sobre las entidades RAL acreditadas por los Estados miembros<sup>24</sup> incluidas en la plataforma y en ella estarán disponibles los comentarios de las partes, con opiniones sobre su funcionamiento y sobre la entidad RAL que haya conocido del litigio.

---

<sup>23</sup> Información facilitada por personal de la Comisión Europea en la Jornada sobre el acceso del consumidor a los sistemas de resolución alternativa de conflictos organizada por la AECOSAN el día 26 de octubre de 2016.

<sup>24</sup> El 26 de octubre de 2016 había listadas 237 entidades RAL pertenecientes a 23 Estados miembros.

El idioma del procedimiento ante una entidad RAL representa una cuestión clave para los casos transfronterizos, por lo que el régimen a que quede sometido debe ser objeto de un análisis especial. El régimen europeo muestra aquí luces y sombras. Por una parte, la reclamación puede ser presentada en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea y, asimismo, se contempla una función de traducción electrónica automatizada, que cuenta con el apoyo logístico de los puntos de contacto nacionales. El objetivo es ayudar a las partes y a las entidades de RAL a intercambiar información. No obstante, la posibilidad de cumplimentar el formulario en cualquier idioma de la Unión Europea no significa que la entidad RAL seleccionada haya de tramitar la reclamación en ese idioma. En la operativa establecida, una vez que la queja es enviada a una entidad de RAL, la plataforma se ocupa simplemente de informar al consumidor acerca de la lengua en la que se llevará a cabo el procedimiento, a pesar de que los consumidores hayan podido tener la impresión de que podrán utilizar su idioma durante toda la tramitación.

La regulación actual de la plataforma europea genera una disfunción adicional. En la actualidad, en el 55 por 100 de los casos, si el empresario simplemente no responde a la invitación a participar en un procedimiento ante una entidad RAL, el asunto es archivado, sin que importe que aquel esté sometido por ley o por adhesión voluntaria a participar en el procedimiento. El hecho de que la plataforma, en estos casos, se limite a comunicar al consumidor el archivo del caso entraña el riesgo de generar en el consumidor la idea de que ha perdido la oportunidad de reclamar. Esta cuestión debería ser objeto de atención en una próxima revisión del RRLL a fin de facilitar al consumidor información de su interés sobre vías ulteriores de reclamación. En esta revisión cabría tener en cuenta las soluciones que ofrece en la actualidad el Protocolo para el tratamiento de reclamaciones de la Red de Centros Europeos del Consumidor (*Protocol on case handling for the European Consumer Centers Network*).

### 2.3. Las entidades RAL acreditadas de los Estados miembros

La resolución de los conflictos de consumo corresponde a las entidades RAL acreditadas en cada Estado miembro. Los Estados asumen la obligación de hacer disponibles entidades RAL suficientes para ofrecer una cobertura completa de los litigios incluidos en el ámbito de aplicación de ambos instrumentos. Las entidades RAL acreditadas han de disponer de una página *web* con información sobre sus procedimientos que, entre otras cosas, ha de permitir la presentación en línea de reclamaciones. A su vez, tienen que cumplir con unos estándares de calidad que se cifran en la exigencia de unos conocimientos especializados mínimos al personal que se ocupa de gestionar la reclamación, y en los provenientes de los principios de independencia e imparcialidad, de transparencia, de eficacia, de equidad, de libertad y de legalidad<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Véase CUENCA GARCÍA, A., «Los principios de transparencia, eficacia, libertad y legalidad en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolu-

Habida cuenta que la DRAL queda concebida como una Directiva de mínimos, los estándares aplicados a las entidades RAL pueden ser, a su vez, elevados en cada Estado miembro. A la hora de realizar la transposición de la DRAL casi todos los Estados han optado por incorporar las innovaciones del Derecho europeo manteniendo las estructuras de entidades RAL existentes<sup>26</sup>. Este modo de proceder ha sido posible como consecuencia de los márgenes muy amplios que la DRAL y el RRLC conceden a los Estados para su desarrollo. Desde esta perspectiva, ambos instrumentos vienen informados por un principio de respeto a la cultura jurídica y de invasión mínima en las tradiciones de los Estados miembros.

Para la DRAL resulta indiferente que los Estados miembros garanticen la cobertura material y territorial completa a través de una única, de varias o de múltiples entidades RAL. Tampoco se contienen opciones respecto del tipo de entidades, públicas o privadas, incluso con ánimo de lucro, con las que se va a garantizar la cobertura completa, ni un procedimiento a seguir. Por ejemplo, se concede a los Estados un margen amplio de libertad para la transposición en lo que respecta a las cuestiones de procedimiento que contempla el art. 5.4 DRAL, donde contará sobre todo el juicio de oportunidad que haga cada Estado. A su vez, dentro de cada Estado, es posible que las entidades RAL acreditadas tengan diferentes normas de procedimiento. En este punto la regulación europea se distancia de la legislación que se proyectó en el seno de la CNUDMI y del sistema seguido por la plataforma ECODIR, donde se concebía un procedimiento único y especial para las reclamaciones transfronterizas.

El Derecho europeo no obliga a los Estados a exigir la participación obligatoria, de empresas o consumidores, en procedimientos ante entidades RAL, ni tampoco a tomar una opción concreta entre los diferentes métodos de solución existentes. Desde esta perspectiva resultan compatibles con la DRAL los procedimientos que finalizan con una decisión que no posee carácter vinculante para ninguna de las partes, o cuyo carácter vinculante proviene de su aceptación<sup>27</sup>. Los Estados también pueden optar por atribuir a la decisión de la entidad RAL carácter vinculante exclusivamente para el empresario<sup>28</sup>. La DRAL también ofrece respaldo a los sistemas de arbitraje de consumo, así como a aquellos en los que el carácter vinculante de la solución

---

ción alternativa de litigios de consumo, y su incidencia en el sistema de arbitraje de consumo español», en PALAO MORENO, G. (ed.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo, su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Valencia, Tirant lo Blach, 2016, pp. 37-79.

<sup>26</sup> Para una aproximación a algunos de los modelos seguidos para la transposición de la DRAL, véase el informe preparado por CORTÉS, P. y ESTEBAN DE LA ROSA, F., «La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España: una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas en el Derecho comparado», Zaragoza, ADICAE, 2016.

<sup>27</sup> Por ejemplo, el sistema de las negociaciones representativas que se lleva a cabo en Italia a través de la *conciliazione paritetica*, o las decisiones de los *mediateurs* de empresa franceses.

<sup>28</sup> Es el caso de las decisiones de los *ombudsman* en el Reino Unido y en Irlanda.

deriva de su valor contractual<sup>29</sup>. Así se desprende del art. 2.4 DRAL en cuanto se faculta a los Estados miembros a admitir que los procedimientos ante entidades RAL finalicen con una decisión vinculante. Encuentran también encaje en la DRAL las entidades RAL que optan por métodos de solución mixtos, que comportan la combinación de métodos de carácter consensual y adjudicativo. El Derecho europeo solo excluye los métodos de solución en los que convergen dos circunstancias, a saber, el carácter obligatorio de la participación en el procedimiento ante una entidad RAL y el carácter vinculante de la decisión o, más exactamente, el hecho de que la decisión cierre la vía judicial<sup>30</sup>. No todos los métodos de solución han sido acogidos por los Estados miembros para ser empleados por sus entidades acreditadas. Países como Alemania o Italia, donde el arbitraje de consumo es bien conocido, solo permiten el acceso al proceso de acreditación a aquellas entidades RAL que no imponen una solución, lo que explica que los legisladores de estos dos países no hayan llevado a cabo la transposición de los arts. 10 y 11 DRAL. En cambio, en otros países, el método del arbitraje de consumo es expresamente previsto para sus entidades acreditadas (*ad. ex.* Bélgica, Portugal, Irlanda, Reino Unido). No todas las entidades RAL existentes en los Estados miembros han obtenido, o están en proceso de obtener, la acreditación europea.

### 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL NUEVO DERECHO EUROPEO

De precisar el ámbito de aplicación del nuevo Derecho europeo se ocupa el apartado primero del art. 2 DRAL. Esta «se aplicará a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios nacionales y transfronterizos relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa». Conviene recordar que, conforme al art. 4.1.h) DRAL, por entidad de resolución alternativa se entiende «toda entidad, establecida de manera duradera, que ofrece la resolución de litigios mediante un procedimiento de resolución alternativa y que está incluida en la lista con arreglo al art. 20, apartado 2». La RRLL solo incluye en su ámbito de aplicación a las reclamaciones surgidas del comercio en línea. Por tanto, sin perjuicio de las posibles disfunciones (*ad. ex.* el consumidor consigue el correo del empresario, burla a la máquina en el paso correspondiente y el empresario no pone objeción), no puede ser utilizada para la presentación de otra clase de reclamaciones.

<sup>29</sup> Este sistema es el seguido por entidades RAL holandesas.

<sup>30</sup> Esta interpretación se desprende del art. 1 *in fine* y art. 10.2 DRAL. Por esta razón cabe plantear la duda relativa a la compatibilidad con los métodos admitidos por la DRAL del arbitraje obligatorio contemplado en el sistema portugués para el ámbito de los servicios esenciales. Véase la Lei 6/2011, *dos serviços públicos essenciais*, de 10 de marzo. *Diário da República* núm. 49/2011, Série I de 2011-03-10.

Las exclusiones se contienen en el apartado segundo, que adoptan perspectivas muy diferentes, lo que dificulta la comprensión de su alcance. Resulta claro que para cumplir con la obligación que deriva del art. 5 DRAL de ofrecer una cobertura completa por entidades RAL, los Estados miembros no pueden apoyarse en entidades que no sean independientes del empresario reclamado, salvo que esta posibilidad haya sido expresamente autorizada, lo que ha ocurrido en el sistema francés. No reviste dificultad afirmar que la acreditación de una entidad RAL queda sometida a la condición de que esté establecida de manera duradera, de que pueda conocer de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios y de que dé cabida a las reclamaciones que se produzcan entre un empresario con establecimiento en la UE y un consumidor residente en la UE. Como consecuencia, no es posible que un Estado conceda la acreditación a una entidad RAL que no pueda conocer de esta clase de litigios<sup>31</sup>. En cambio, no existe problema para conceder la acreditación a entidades RAL cuya competencia se extienda sobre el conocimiento de litigios que no estén incluidos en el ámbito de aplicación de la DRAL, siempre y cuando también la posean para conocer de los primeros.

La intención de las exclusiones recogidas en las letras *h)* e *i)* del art. 2.2 DRAL es reducir el alcance de las obligaciones que pesan sobre los Estados de garantizar una cobertura completa por entidades RAL de los litigios relativos a contratos de prestación de esos servicios, por lo que nada obsta a extender sobre ellos la cobertura de las entidades RAL acreditadas. En Europa contamos ya con el precedente del Reino Unido, donde la referida extensión ha tenido lugar debido a que los estudiantes universitarios son considerados como consumidores. Una lectura similar merecen las exclusiones contenidas en las letras *d)* y *g)*. Resulta de interés traer a colación el sentido originario de la letra *g)* (procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor) en la tramitación del texto que fue presentado por la Comisión Europea. Al inicio se observó que muchas empresas no se adherían voluntariamente a los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo y se pensó que un buen modo de atraerlas podría consistir en obligar a las entidades RAL a conocer también de las reclamaciones presentadas por empresarios. Esta idea decayó muy tempranamente por entenderse que la mayoría de los servicios de resolución alternativa de litigios de consumo tienen una orientación hacia la protección del consumidor y, por tanto, poner a las empresas en pie de igualdad respecto de los consumidores ante las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo desnaturalizaría la razón de ser de estas entidades, financiadas en muchas ocasiones de forma pública. Por tanto, leída de este modo, la exclusión tiene por finalidad aclarar que una entidad RAL podrá acceder a la acreditación a pesar de que solo permita la presentación

---

<sup>31</sup> En el sistema español, cabe, por ejemplo, mencionar al jurado de la publicidad denominado AUTOCONTROL. Se trata de una entidad que fue notificada a la Comisión Europea como cumplidora de los principios contenidos en las Recomendaciones de 1998 y 2001 que, sin embargo, no tiene competencia para conocer de litigios de tipo contractual.



de reclamaciones por parte de los consumidores. Ello no obsta a la posibilidad de conceder la acreditación a entidades que permitan las reclamaciones en ambos sentidos. Esta interpretación queda avalada por la previsión que contiene el art. 2.2 RRL, que autoriza el uso de la plataforma para estas reclamaciones. De hecho, algunos Estados miembros, como Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Polonia, contemplan que las entidades RAL puedan conocer de las reclamaciones de un comerciante contra un consumidor.

Es sabido que la DRAL ha acogido como estándares de calidad mínimos para las entidades RAL acreditadas aquellos que fueron recopilados por las recomendaciones de 1998 y 2001<sup>32</sup>. Sin embargo, el alcance de los principios proclamados (conocimientos especializados, independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia, equidad, libertad y legalidad) tampoco resulta manifiesto de la lectura de la DRAL. Para la gran mayoría de la doctrina ha de entenderse que estos principios son obligatorios para aquellas entidades RAL que hayan accedido a la acreditación europea.

Sin embargo, esta interpretación no puede ser referida a la garantía jurídica enunciada bajo el principio de libertad, conforme a la cual queda excluido el efecto vinculante para el consumidor de un pacto que le prive del derecho a recurrir a tribunales y que haya sido celebrado antes de que surja el litigio. Limitar el alcance de esa garantía exclusivamente a aquellos supuestos donde la cláusula de sumisión remite a una entidad RAL acreditada, comporta el establecimiento de dos regímenes diferentes para las cláusulas de arbitraje de consumo en dependencia del carácter de la entidad designada. El problema interpretativo se desvanece cuando se comprueba que el principio de libertad es una garantía concedida por la DRAL a los consumidores con residencia en un Estado miembro. Viene aquí también a colación la interpretación que hemos propuesto para la letra g) del art. 2.2 DRAL (litigios iniciados por el comerciante contra el consumidor), pues de acuerdo con una interpretación cabría entender que el art. 10 DRAL no es de aplicación cuando la reclamación ha sido presentada por el comerciante<sup>33</sup>. Esta comprensión, sin embargo, no solo no se compadece con el objetivo de la exclusión, sino que conduciría al resultado de dotar a la cláusula arbitral de un régimen diferente dependiendo de cuál sea la posición, de demandante o de demandado, que asuman, consumidor y empresario, en cada caso, algo que no puede haber estado en la intención del legislador europeo.

---

<sup>32</sup> Véanse la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, *DO L* núm. 115, de 17 de abril de 1998; y la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, *DO L* núm. 109, de 19 de abril de 2001.

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, REICH, N., «A Trojan Horse in the Access to Justice - Party Autonomy and Consumer Arbitration in Conflict in the ADR-Directive 2013/11/EU?», *ERCL*, vol. 10, 2014, núm. 2, pp. 269-270. Quisiéramos complimentar nuestro sentido afecto al autor citado, jurista como pocos y cuya especial sensibilidad en el ámbito del Derecho europeo de la protección del consumidor siempre fue un placer seguir. Lamentablemente nos ha dejado hace pocas fechas, por lo que quisiéramos brindar este estudio a modo de humilde homenaje a su memoria.

De la lectura de la DRAL tampoco resulta fácil dilucidar el alcance de las obligaciones que asigna a los empresarios el art. 13 relativas a informar sobre las entidades RAL a las que se encuentran adheridos o en cuyos procesos están obligados a participar. Según la interpretación más al uso, que toma como fundamento el art. 4.1.h) DRAL, esta obligación solo existiría cuando la entidad RAL en cuestión haya obtenido la acreditación europea, de tal manera que los empresarios adheridos a entidades RAL no acreditadas no quedarían obligados a informar a los consumidores sobre su adhesión. Sin perjuicio de que los Estados, en su legislación, pueden hacer extender la obligación sobre tales empresarios, el carácter externo de este deber de información respecto a la configuración de las entidades RAL hace posible mantener que, en realidad, la DRAL asigna este deber a todos los empresarios, en todo el ámbito de aplicación a que se refiere el art. 2.1 DRAL.

#### **4. RÉGIMEN DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO TRANSFRONTERIZOS**

##### **4.1. Relaciones con las normas de competencia judicial internacional**

La DRAL no contiene normas sobre competencia internacional de las entidades RAL para conocer de los asuntos transfronterizos, ni tampoco una remisión al Reglamento Bruselas I *bis*, de manera análoga a la remisión que hace el art. 11 DRAL al art. 6 del Reglamento Roma I. En favor de la preterición de estas reglas de competencia internacional cabe argüir el carácter voluntario, por regla general, del sometimiento del consumidor al procedimiento ante una entidad RAL, a quien le corresponde la apertura de la reclamación. A este argumento cabe replicar fácilmente que, en la práctica, el consumidor poco tiene que decir al respecto pues es la empresa quien está obligada a participar ante el procedimiento ante una concreta entidad RAL o, en su caso, ha elegido a una entidad RAL que le pueda ser más benévola que, en los supuestos transfronterizos, incluso puede ser la de un Estado diferente al de la residencia del consumidor y del establecimiento de la empresa.

En los procedimientos ante entidades RAL que finalizan con una decisión no vinculante para el consumidor este mantiene intacta la posibilidad de acudir a la vía judicial, por lo que no perdería la opción de los foros especiales de protección del consumidor contenidos en el Reglamento Bruselas I *bis*. En la visión seguida por la DRAL, la garantía que supone para el consumidor participar en un proceso que obliga a la entidad RAL a informarle, de acuerdo con el principio de equidad, de que puede dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, de que tiene la opción de aceptar o rechazar la solución propuesta, de que la solución propuesta puede ser distinta del resultado determinado por un órgano jurisdiccional que aplique normas jurídicas, y que obliga también a la entidad RAL a otorgar a las partes, antes de dar su consentimiento a una solución propuesta o a un acuerdo amistoso, un pla-

zo de reflexión razonable (art. 9 DRAL), son considerados como elementos de protección suficientes para compensar la pérdida de la vía judicial. Esta regulación de la DRAL creemos que no resulta completamente satisfactoria para los supuestos transfronterizos. En un supuesto doméstico poco cabe reprochar a este silogismo. Pero en uno transfronterizo, en el que la tramitación de la reclamación tendrá probablemente lugar en un idioma extranjero para el consumidor, la regulación ofrecida por el Derecho europeo no ofrece garantías suficientes, lo cual va en detrimento del derecho de acceso a tribunales. Por ello resulta necesario exigir que la información importante de cara a la preservación del derecho del consumidor de proseguir un procedimiento por la vía judicial, en muchas ocasiones ante los jueces de su domicilio, haya de ser objeto de una traducción específica a fin de que se garantice que sea facilitada, siempre y en todo caso, en el idioma del consumidor o, al menos, en el idioma en el que ha sido presentada la reclamación.

Para los casos en los que la decisión que pone punto y final al procedimiento resulta vinculante para el consumidor la DRAL contempla dos elementos adicionales de protección del consumidor en los arts. 10 y 11. Por una parte, se obliga a los Estados a garantizar el carácter no vinculante para el consumidor de una cláusula arbitral contenida en un acuerdo celebrado antes de que surja el litigio. Por la otra, se obliga a los Estados a garantizar la aplicación por las entidades RAL de las normas imperativas de protección del consumidor. En la mayoría de las entidades RAL de los Estados miembros la presentación de reclamaciones corresponde en exclusiva a los consumidores. Esta circunstancia se alinea de forma positiva con el régimen del art. 10 DRAL puesto que, en ese caso, el convenio cumplirá con el requisito de haber sido celebrado con posterioridad al surgimiento del litigio. Por ello resulta legítimo plantear si con la cautela del art. 10 DRAL resulta suficiente para dar respuesta satisfactoria a las exigencias que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 47.1 CEDF y el art. 19 TUE<sup>34</sup>. Por ejemplo, en opinión del Profesor Norbert Reich, la incorporación del arbitraje de consumo al sistema europeo de entidades RAL provoca una desactivación desafortunada del marco de protección previsto por los foros especiales para la materia de los contratos celebrados por los consumidores.

Resulta difícil valorar en este momento si las garantías que ofrece la DRAL para los supuestos de arbitraje de consumo (principio de libertad y de legalidad) son suficientes para dar respuesta a las exigencias de los derechos fundamentales mencionados; si con ulteriores garantías dicho método sería aceptable; o si este método ha de ser considerado en contradicción con ellos. Si bien es cierto que existen razones para poner en duda la idoneidad del arbitraje como método para la resolución de litigios de consumo<sup>35</sup>, el hecho

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 258-280.

<sup>35</sup> Estas críticas se pueden resumir en cuatro puntos. En primer lugar, los beneficios que proporciona en términos de ejecutividad de la decisión pierden gran parte de su significado como consecuencia del alto porcentaje de cumplimiento voluntario de las decisiones; en segundo lugar, el arbitraje implica el sometimiento del litigio a normas rígidas de procedimiento que no favorecen la resolución

de que este método sea utilizado en muchos Estados miembros y de que la DRAL le haya dado respaldo en el nuevo Derecho europeo es algo que no se puede ignorar. Ahora bien, en aras de la optimización de los derechos mencionados, merecerá la pena considerar la incorporación al Derecho europeo de garantías adicionales. A este fin resultan adecuadas las propuestas que se cifran en someter la validez del acuerdo arbitral a tribunales, dejando al margen en este ámbito la regla según la cual corresponde al órgano arbitral decidir sobre su competencia, y en permitir la impugnación del laudo por infracción de normas imperativas de protección del consumidor. Pero puede haber más, como las relacionadas, como veremos, con la facilitación al consumidor, en su propio idioma o en el idioma de presentación de la reclamación, al menos de aquella información mínima que sea de relevancia para poder mantener el derecho de acudir a la vía judicial.

Las finalidades de la plataforma europea no guardan relación con los criterios de competencia judicial internacional para los contratos de consumo. Ello explica que la admisión de reclamaciones transfronterizas a través de la plataforma europea no quede sometida a los mismos principios de las reglas de competencia de los contratos celebrados por consumidores. El uso de la plataforma está reservado para las reclamaciones procedentes de compras de bienes y servicios en línea. En cambio, para determinar la operatividad del foro del domicilio del consumidor hay que tener en cuenta «si, antes de la celebración del contrato con el consumidor, de las citadas páginas *web* y de la actividad global del vendedor se desprendía que este último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar contrato con ellos»<sup>36</sup>. Sin perjuicio de la finalidad diversa, creemos que hay razones para proponer la conveniencia de habilitar la utilización de la plataforma RLL, en el caso de las reclamaciones transfronterizas, también a los consumidores que tengan derecho a la utilización del privilegio procesal. De este modo, se evitaría la necesidad de considerar un elemento fortuito, y de difícil prueba, como la realización del encargo a través de la Red. Por otra parte, con el criterio ahora acogido, los consumidores «pasivos» que no hayan realizado el encargo a través de la Red no disponen de la opción de utilizar la plataforma para presentar sus reclamaciones, una opción que ayudaría a evitar la presentación de una reclamación judicial ante los tribunales de su domicilio.

---

de los casos; en tercer lugar, el método del arbitraje impide por definición el diálogo entre las partes para tratar de encontrar una solución, lo que puede provocar decisiones con ganador y perdedor; por último, detrás del arbitraje no hay otra cosa que la renuncia a tribunales, a quienes corresponde la garantía última del cumplimiento de las normas imperativas de protección del consumidor.

<sup>36</sup> STJ de 7 de diciembre de 2010, asuntos C-585/08 y C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740. Véanse también las decisiones del TJ de 6 de septiembre de 2012, asunto C-190/11, ECLI:EU:C:2012:542, y de 17 de octubre de 2013, asunto C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666. Véase un comentario a esta decisión en ESTEBAN DE LA ROSA, F., «El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿Una condición para el olvido?», *La Ley Unión Europea*, mes 11, 2014, pp. 5-17.

## 4.2. Cambios en la gestión de las reclamaciones transfronterizas derivados del nuevo marco institucional

Aunque también es de aplicación a las reclamaciones domésticas, el completo diseño del marco institucional creado encuentra explicación en las necesidades especiales de las reclamaciones transfronterizas. La mayor innovación del Derecho europeo es la creación y puesta en marcha de la plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo. Los consumidores residentes en un país miembro de la Unión Europea pueden presentar sus reclamaciones vía Internet en la *web* gestionada por la Comisión Europea, que serán dadas a conocer al empresario reclamado y transmitidas, en su caso, para ser tramitadas, a una entidad RAL de un Estado miembro.

Sin embargo, hay que tener presente que la disponibilidad de la plataforma es limitada. En primer lugar, en ella solo se pueden presentar las reclamaciones de consumidores residentes en la UE contra empresas establecidas en un Estado miembro. De lo contrario, a través de los datos sucesivos que requiere la propia plataforma en el momento de presentar la reclamación, esta posibilidad queda excluida. En principio, ante unos datos falsos aportados por el consumidor (*ad. ex.* reside en Marruecos pero indica que reside en España) no refutados por el empresario, parece difícil que la Comisión Europea pueda decretar el archivo del caso una vez que haya sido transmitido a una entidad RAL con el acuerdo de ambas partes. Esta entidad RAL, salvo que disponga de normas que limiten su competencia territorial, que no suelen ser frecuentes, tampoco detendrá su actuación. En segundo lugar, como hemos visto, la plataforma solo admite las reclamaciones procedentes del comercio en línea (art. 2.1 RRL).

Otro de los cambios en el tratamiento de las reclamaciones transfronterizas de consumo consiste en que las nuevas entidades RAL acreditadas no pueden rechazar el conocimiento de una reclamación transfronteriza, para por ejemplo reenviarla al CEC<sup>37</sup>. De hecho, esta es la operativa que está siendo seguido por la mayoría de las entidades RAL españolas, entre ellas las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (en adelante OMIC), cuando se enfrentan a una reclamación de ese tipo. A través de los CEC es posible localizar a la entidad RAL competente en el país del empresario para resolver la reclamación, o incluso se lleva a cabo cierta actividad de mediación. La asimilación que propone la DRAL entre reclamaciones transfronterizas y domésticas determina que sobre las nuevas entidades RAL acreditadas recaiga la obligación, más compleja, de gestionar las reclamaciones transfronterizas. Esta mayor complejidad se presenta como consecuencia de que

---

<sup>37</sup> Conviene advertir que esta transmisión a los CEC tenía lugar *de facto*, pues la mayoría de las entidades RAL existentes en España no explicitaban el alcance de su competencia sobre los litigios transfronterizos. La excepción la encontramos en el Reglamento de Confianza Online. Véase la página *web* <https://www.confianzaonline.es/consumidores/guia-practica-de-consumidores-faq/> (consultada el 5 de diciembre de 2016).

el consumidor no dominará en muchos casos el idioma en el que se sigue el procedimiento y el gestor del caso también deberá enfrentarse a documentos en idioma extranjero. La DRAL no obliga sin embargo a las entidades RAL estatales al empleo de todos los idiomas, sino simplemente a hacer público los idiomas en que será posible tramitar las reclamaciones.

Junto a estos elementos, la DRAL contiene disposiciones que sirven a las necesidades especiales de las reclamaciones transfronterizas, como la obligación de facilitar información sobre la participación de la entidad RAL en redes de entidades de resolución alternativa que facilitan la resolución de litigios transfronterizos [art. 7.1.e) DRAL], sobre las lenguas en las que pueden presentarse las reclamaciones a una entidad de resolución alternativa y en las que se desarrolla el procedimiento de resolución alternativa [art. 7.1.h) DRAL] y sobre la cooperación de las entidades de resolución alternativa en redes de entidades de resolución alternativa que facilitan la resolución de litigios transfronterizos, en su caso [art. 7.2.h) DRAL]. Para el caso de reclamaciones transfronterizas se obliga a los Estados a habilitar puntos donde los consumidores puedan obtener asistencia para acceder a la entidad de resolución alternativa que opere en otro Estado miembro y a velar porque las entidades RAL cooperen en la resolución de litigios transfronterizos (art. 16 DRAL). Dado que en algunos Estados miembros las entidades RAL pueden conocer de litigios presentados por los empresarios contra los consumidores, el RRLC prevé la posibilidad de que sea usada la plataforma para canalizar estas reclamaciones, siempre que la ley del país de la residencia del consumidor así lo permita.

### 4.3. Cuestiones de Derecho aplicable

#### 4.3.1. *Los modos de prestación del consentimiento para el inicio del procedimiento ante una entidad RAL*

El nuevo sistema europeo permite que las reclamaciones sean presentadas por tres vías, a saber, directamente ante una entidad RAL extranjera sin utilizar el recurso en línea<sup>38</sup>, a través de la utilización del acceso en línea que está obligada a habilitar cada entidad RAL acreditada<sup>39</sup> y, por último, la que se supone que será preferida por permitir el empleo del idioma del consumidor, mediante la utilización de la plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo. En todos los casos el presupuesto para la actuación de la entidad RAL es la existencia de una obligación legal de participar, un acuerdo válido entre las partes o una combinación de ambas<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Véase el art.5.2.c) DRAL.

<sup>39</sup> Véase el art. 5.2.a) DRAL.

<sup>40</sup> Dejamos al margen la posibilidad de presentar la reclamación ante los Centros Europeos del Consumidor en la forma que se ha venido haciendo hasta ahora. Si bien es cierto que con la entrada en vigor del Reglamento RRLC los Centros Europeos del Consumidor han asumido funciones específicas

### 4.3.2. *Ley aplicable al sometimiento a entidades RAL: régimen general*

La DRAL no proporciona un régimen para la validez internacional de los pactos de sumisión a entidades RAL, por lo que hay que recurrir a las reglas generales de Derecho internacional privado. Este régimen depende fundamentalmente del método de solución empleado por la entidad RAL. Cuando el procedimiento ante la entidad RAL no finaliza con una decisión vinculante para ninguna de las partes, por seguirse un procedimiento de mediación o de conciliación, se impone una calificación contractual, de tal manera que será de aplicación el Reglamento Roma I a los litigios relativos a la validez e interpretación del acuerdo de sometimiento a mediación<sup>41</sup>. El Reglamento Roma I también se aplica para determinar la validez del acuerdo en virtud del cual las partes se someten a la decisión vinculante de un tercero que no posea más que fuerza contractual, y no arbitral, tal y como sucede en algunas entidades RAL existentes en Holanda. Esta misma ley es de aplicación para decidir sobre la incorporación al contrato de una cláusula contenida en un clausulado general de la contratación, incluso contenido en los términos y condiciones de una página *web*, que el consumidor ha aceptado en el momento de la celebración del contrato que ha dado origen a la reclamación. En este caso podrá cobrar relevancia la invocación de la ley del país de la residencia habitual en conformidad con el art. 10.2 del Reglamento Roma I cuando, conforme al Derecho de ese país, no sea posible asociar al comportamiento de esa parte el efecto de prestar su consentimiento. La emisión de declaraciones de voluntad a través de medios electrónicos hoy no reviste graves dificultades pues la mayoría de los sistemas estatales han acogido esta posibilidad. En el ámbito de la Unión Europea el art. 9 de la Directiva sobre comercio electrónico impone a los Estados la obligación de no entorpecer la utilización de la vía electrónica<sup>42</sup>.

En ocasiones las empresas, todas o las de un concreto sector de actividad, quedan obligadas a participar en el procedimiento ante una entidad RAL o incluso a aceptar su decisión. Los supuestos de arbitraje obligatorio en el ámbito de los servicios esenciales bajo el sistema portugués es paradigmática de esta opción. Para tales casos podrá ser necesario comprobar el alcance de esta obligación legal. Para determinar la validez de la adhesión del consumidor sigue siendo de aplicación el Reglamento Roma I, lo que queda facilitado al formar parte también de la materia contractual los supuestos en los que cabe identificar una obligación jurídica libremente consentida por una perso-

---

relacionadas con la gestión de las reclamaciones, sin embargo, las funciones que tenían hasta ahora no han sido modificadas. Véase la información disponible en la *web* [http://www.cec.consumo-inc.es/secciones.php?id\\_sec=5&id\\_subsec=16](http://www.cec.consumo-inc.es/secciones.php?id_sec=5&id_subsec=16) (consultada el 3 de diciembre de 2016).

<sup>41</sup> En este sentido, véase ESPLUGUES MOTA, C., «El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, enero-abril de 2013, núm. 136, pp. 181-182.

<sup>42</sup> LARA AGUADO, A., «La formación del contrato de consumo electrónico», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 285-286.

na respecto a otra<sup>43</sup>. Ni la DRAL ni el sistema general definen la ley a la que corresponde decidir en torno a la existencia de una eventual obligación legal de adhesión al procedimiento ante una entidad RAL. De forma implícita, la DRAL apunta a la ley del país del establecimiento de la empresa<sup>44</sup>. Pero no es algo que realmente esté regulado, y ni siquiera los Estados se han ocupado de definir, de forma unilateral, el alcance de estas obligaciones. La existencia de un volumen importante de actividad de una empresa en un país distinto al de su establecimiento podría proporcionar argumentos para extender sobre tales empresas las mencionadas obligaciones. En tal caso habrá que esperar para determinar si tal extensión ha de ser considerada como una restricción injustificada a la libre prestación de servicios reconocida por el Derecho europeo.

Por otra parte, aunque pueda resultar extraño, en algunos sistemas el consumidor es obligado a participar en un procedimiento de mediación preceptivo para poder emprender acciones judiciales. Esta posibilidad ha quedado abierta tras la decisión del TJ de 18 de marzo de 2010 dictada en el asunto *Alassini*<sup>45</sup>. La DRAL no se pronuncia sobre cuál ha de ser la ley aplicable para determinar si el consumidor ha de quedar sometido a esta mediación de carácter obligatorio. A la vista del carácter procesal de la cuestión, y de los efectos que esta mediación posee, fundamentalmente, sobre el proceso posterior, resulta difícil excluir una calificación de ese tipo y la aplicación del Derecho del foro. Sin embargo, la desigualdad existente en Europa en torno a esta cuestión, y la posibilidad de dar una mejor respuesta a la expectativa del consumidor con residencia fuera del país del foro, podría alinearse a favor de acoger la aplicación de la ley del país de la residencia habitual del consumidor. De esta manera, cabría seguir un criterio de protección análogo al establecido en el art. 2.2 RRL para decidir si es posible que el empresario reclame contra el consumidor a través de la plataforma europea.

Los problemas de validez del convenio arbitral en reclamaciones transfronterizas quedan en cambio sometidos al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante CNY)<sup>46</sup>. El art. II exige la existencia de un acuerdo por escrito y fija las condiciones en que este requisito se entiende satisfecho a través de un régimen mixto compuesto, por un lado, de una regulación uniforme y, por otro, de una remisión al Derecho nacional aplicable según la norma de conflicto contenida en el art. V.1.a) del CNY<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Véanse las SSTJ de 20 de enero de 2005, asunto C-27/02, ECLI:EU:C:2005:33, y de 14 de marzo de 2013, asunto C-419/11, ECLI:EU:C:2013:165.

<sup>44</sup> Véase, por ejemplo, el art. 13 DRAL.

<sup>45</sup> Asuntos C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08, ECLI:EU:C:2010:146. En la actualidad estamos a la espera de que el TJ se pronuncie sobre la conformidad con el Derecho europeo de una mediación obligatoria para el consumidor en la que este ha de soportar el coste de ser asistido de letrado antes de emprender acciones judiciales. Se trata de la cuestión prejudicial C-75/16, planteada el 10 de febrero de 2016 por el Tribunal Ordinario de Verona.

<sup>46</sup> BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

<sup>47</sup> Sobre la interpretación que ha de hacerse del convenio de Nueva York a fin de convertir la norma sobre reconocimiento del art. V en una norma de conflicto referida a la validez del convenio arbi-



Respecto de las reclamaciones que sean presentadas ante la plataforma europea, o también eventualmente a través del recurso electrónico habilitado por una entidad RAL estatal de arbitraje de consumo, el cumplimiento de los requisitos no ha de revestir excesiva dificultad, a pesar de la exigencia del acuerdo por escrito. La proliferación del comercio electrónico, y el uso frecuente de cláusulas arbitrales en correos electrónicos o en sitios *web* interactivos, tales como la plataforma europea, ha motivado que, también en este ámbito, se proponga la asimilación entre ambos tipos de comunicaciones<sup>48</sup>. Habida cuenta del régimen protector que incorpora el art. 10 DRAL, según el cual el pacto ha de ser posterior al surgimiento del litigio, será difícil que aparezca la oportunidad de dar validez a un acuerdo de arbitraje contenido en condiciones generales de la contratación. Si fuera el caso, para la incorporación de la cláusula al contrato será de aplicación el propio sistema del CNY<sup>49</sup>.

El orden público es un límite con el que tradicionalmente ha contado el acuerdo arbitral en presencia de consumidores. En estos casos la validez de los acuerdos arbitrales ha solido ser impugnada desde dos frentes, a saber, el de las cláusulas abusivas<sup>50</sup> y el de la imposibilidad de desactivar los foros de protección del consumidor mediante la sumisión a un arbitraje extranjero<sup>51</sup>. Como vamos a ver la entrada en vigor del nuevo sistema europeo hace necesario reformular el modo en que operan ambos límites de orden público, determinando la necesidad de definir la relación entre el régimen de las cláusulas abusivas y el que proviene del art. 10 DRAL, por una parte, y la necesidad de superar la interpretación seguida en el otro caso pues, de otro

---

tral, véase VIRGÓS SORIANO, M., «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 14, 2006, pp. 16-21.

<sup>48</sup> En este sentido, véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2.ª ed., 2009, p. 655. La proliferación de los convenios arbitrales electrónicos contenidos en contratos celebrados en línea, y la falta de certeza que puede existir respecto de su validez y eficacia en todas las jurisdicciones, ha hecho preciso que el organismo que elaboró el convenio de Nueva York, Naciones Unidas, haya puesto su atención en este tema. Una primera actuación ha consistido en la elaboración de una Recomendación relativa a la interpretación del párr. 2) del art. II y del párr. 1) del art. VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39.º periodo de sesiones, donde, teniendo en cuenta la posibilidad del convenio arbitral electrónico, se recomienda considerar que no son exhaustivas las circunstancias que describe el párr. 2 del art. II del Convenio de Nueva York. La segunda se refiere a la regulación proyectada, pues la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que ha sido aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, incluye en su art. 20 una disposición que hace extensiva su regulación al convenio de Nueva York de 1958. En cualquier caso, la posibilidad de recuperación a efectos de prueba es lo que dota al convenio arbitral electrónico de su equivalencia con el celebrado en soportes tradicionales. A este fin responde, entre los medios de prueba, la firma electrónica, dado que permite efectuar la comprobación de la identidad del origen y de la integridad de los mensajes intercambiados en Internet.

<sup>49</sup> Véase VIRGÓS SORIANO, M., *op. cit.*, nota 47, pp. 16-21.

<sup>50</sup> Es sabido que la legislación de muchos Estados miembros considera inválidos, por abusivos, a los pactos arbitrales de consumo celebrados antes del surgimiento del litigio. Véase la información contenida en CORTÉS, P. y ESTEBAN DE LA ROSA, F., «Building a Global Redress System for Low Value Cross-Border Disputes», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, 2013, pp. 428-429.

<sup>51</sup> Véase VIRGÓS SORIANO, M., *op. cit.*, nota 47, pp. 22-23.

modo, se pone en cuestión el propio funcionamiento de la plataforma para las reclamaciones transfronterizas de consumo.

#### **4.3.3. *La determinación del Derecho aplicable a la enervación del carácter vinculante para el consumidor del pacto de arbitraje de consumo***

La incidencia de la DRAL sobre el régimen del acuerdo de sometimiento de litigios a entidades RAL es solo parcial y no afecta a las cuestiones de validez, salvo en lo relativo a la exigencia especial de consentimiento informado. Cuando el pacto de sumisión a una entidad RAL ha sido celebrado antes del surgimiento del litigio y, sin embargo, dicho pacto no cierra la vía judicial, el régimen de validez y eficacia del pacto se mantiene, de forma intacta, sobre la ley aplicable hallada en la forma más arriba indicada. Ello no significa, pero es una cuestión distinta, que no pueda plantearse la conformidad con el Derecho europeo de un concreto sistema estatal<sup>52</sup>.

El interés mayor se encuentra en los casos en los que la resolución tiene carácter vinculante. El art. 10 DRAL declara que no serán vinculantes para el consumidor los pactos, celebrados antes del surgimiento del litigio, que tienen por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a tribunales, lo que sucede singularmente con el arbitraje de consumo. Habida cuenta que la DRAL no goza de aplicación directa, en los casos de reclamaciones transfronterizas se hace necesario determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a la posibilidad de enervar el carácter vinculante de un pacto de arbitraje de consumo celebrado con anterioridad al surgimiento del litigio. De esta cuestión no se ocupa la DRAL. A pesar de que la calificación contractual parece la más razonable, la aplicabilidad del Reglamento Roma I debe ser descartada, pues en su art. 1.1.e) excluye de su ámbito de aplicación «los convenios de arbitraje». Como consecuencia hemos de dirigirnos de nuevo al régimen del CNY, el cual se ocupa no solo de las cuestiones de validez del acuerdo arbitral sino también de su ineficacia o su inaplicabilidad (art. II.3). Conforme a la interpretación que es posible hacer del art. V.1 CNY, la cuestión queda sometida a la ley elegida por las partes y, en su defecto, a la ley del Estado en el que vaya a tener lugar el arbitraje<sup>53</sup>, lo que en el caso de las entidades RAL de consumo reconduce la cuestión a la ley del país de la sede de la entidad, de cuya concreción se ocupa el art. 4.3 DRAL.

Esta solución resulta sin embargo inadecuada, pues a través de la elección de la ley aplicable no se llega a garantizar la aplicación del Derecho de un Estado miembro, de tal manera que, a través de la designación del Derecho aplicable, puede llegar a ser inoperativa la regla europea según la cual el pacto de arbitraje de consumo no ha de ser vinculante para el consumidor cuando

---

<sup>52</sup> Para lo cual resulta de interés conocer los criterios que han sido establecidos por el TJ en su decisión de 18 de marzo de 2010, asuntos C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08, ECLI:EU:C:2010:146.

<sup>53</sup> Véase VIRGÓS SORIANO, M., *op. cit.*, nota 47, p. 21.

ha sido celebrado con anterioridad al surgimiento del litigio. Aflora de este modo un ámbito en el que es necesario invocar el carácter de orden público de la regulación europea de protección del consumidor en la regulación del art. 10.1 DRAL. Para facilitar esta operación sería del mayor interés contar en la DRAL con una disposición a fin de obligar a los Estados a garantizar el carácter no vinculante del pacto arbitral para el consumidor en los supuestos transfronterizos, en un modo análogo al seguido por otras Directivas europeas. Una norma de este tipo será también de utilidad para los supuestos en los que la decisión de la entidad RAL pone carácter vinculante para las partes pero carece de los atributos del laudo arbitral.

#### **4.3.4. Régimen del consentimiento informado: cuestiones conflictuales y materiales**

El apartado segundo del art. 10 DRAL contiene una nueva exigencia que es de aplicación cuando la decisión de la entidad RAL resulta vinculante para las partes. Este efecto puede darse tanto en los supuestos de arbitraje de consumo como, también, cuando la decisión vinculante posee fuerza meramente contractual. El art. 10.2 DRAL incorpora un nuevo requisito de validez para el convenio arbitral. El régimen especial de consentimiento informado que se contiene en el art. 10.2 DRAL tampoco cuenta con criterios espaciales de aplicación por lo que, para la determinación del Derecho estatal aplicable cobran valor las mismas consideraciones que acabamos de hacer.

Finalmente, creemos necesario poner de relieve una exigencia que el mencionado requisito debería tener sobre la configuración de la prestación del consentimiento a través de la plataforma europea. Si bien el RRL se refiere a la necesidad de que las partes acuerden en torno a la entidad RAL que conocerá de la reclamación (art. 6, apdos. 3 y 4), no se proporciona información sobre si se contempla, por parte de la plataforma, un modo especial de prestación del consentimiento que garantice el consentimiento informado a que se refiere el apartado segundo del art. 10 DRAL<sup>54</sup>. A expensas de lo que pueda ser interpretado por el TJ, la garantía de dicho consentimiento aconseja habilitar la posibilidad de hacer clic en sendos botones que permitan declarar, por una parte, que se acepta el arbitraje como método de solución y, por otra, que el consumidor conoce que la decisión tendrá para él carácter vinculante. Dada la trascendencia de estas declaraciones, de las cuales deriva la renuncia a tribunales y, eventualmente, a la posibilidad de acogerse el consumidor a los foros del país de su domicilio, se debería exigir, en los supuestos transfronterizos, que tales declaraciones hayan de ser realizadas en el idioma del consumidor o, como mínimo, en el idioma en el que la reclamación fue presentada, no siendo suficiente que se arbitre la posibilidad de utilizar el idio-

---

<sup>54</sup> Sin entrar en la cuestión, sí quisiéramos dejar constancia de la diferencia existente entre las versiones lingüísticas de la DRAL. Mientras que en la española o en la alemana lo que se requiere es una aceptación expresa, en la versión en lengua inglesa se exige una *specific acceptance*.

ma en el que tuvo lugar la transacción que ha generado la reclamación. Esto tiene como consecuencia que, en los supuestos transfronterizos, la prestación del consentimiento debería admitirse solo a través de la plataforma europea. Debería excluirse por tanto la posibilidad de dar eficacia a una declaración de aceptación del arbitraje de consumo a través de plataformas habilitadas por entidades RAL extranjeras que no permitan el empleo del idioma del consumidor a tal fin. Como garantía adicional del derecho de acceso a tribunales, el defecto idiomático respecto de esta cuestión debería abrir la posibilidad de impugnar la validez el convenio arbitral de consumo.

#### **4.3.5. *El tratamiento de los pactos arbitrales de consumo por el Derecho europeo: relaciones entre el régimen del art. 10 DRAL y el de las cláusulas abusivas***

El régimen que proporciona la DRAL a los pactos de remisión a entidades RAL no tiene por finalidad afectar a la aplicación de las normas europeas de protección del consumidor frente a cláusulas abusivas. Ambos regímenes son autónomos y, dependiendo de la compatibilidad concreta entre ellos, pueden ser complementarios, por lo que resulta del mayor interés averiguar el ámbito de aplicación de cada uno de ellos y el modo en que se determina la legislación estatal aplicable en cada caso.

En ocasiones el régimen del art. 10 DRAL y el de la abusividad de los pactos de arbitraje se solapa, quedando cubierto el segundo por el primero. Si el pacto de arbitraje de consumo no produce efecto cuando ha sido celebrado antes del surgimiento del litigio y no se ha hecho constar en un acuerdo separado, tal y como contempla el sistema alemán de cláusulas abusivas, de igual modo tampoco producirá ese efecto por el hecho de que no ha sido celebrado con posterioridad al surgimiento del litigio. La detección de este solapamiento invita a afirmar que el régimen del art. 10 DRAL ha sustituido al régimen de las cláusulas abusivas. En el sistema español, hasta 2014 el art. 57.4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, consideraba como nulos a los pactos de arbitraje de consumo pactados con anterioridad al surgimiento del litigio que remitieran la solución del caso a entidades de arbitraje privadas no establecidas por la ley. En atención a la redacción actual de ese precepto, que proviene de la transposición del art. 10 DRAL, no resultan vinculantes para el consumidor los pactos de arbitraje de consumo celebrados con anterioridad al surgimiento del litigio, ya sea a entidades establecidas por ley o a entidades privadas. En atención a los problemas suscitados en el pasado, no habría sido descabellado que el legislador español hubiera mantenido la consideración como abusiva del pacto de arbitraje de consumo que remita a una entidad privada, a pesar de su carácter posterior al surgimiento del litigio. Ello no solo cuadra con las posibilidades de regulación de la DRAL, sino también con la circunstancia de que el propio legislador español contempla en el anteproyecto de ley de resolución alternativa de litigios de consumo la

reserva a favor de entidades públicas, establecidas por la ley, del método de solución del arbitraje de consumo.

A favor del mantenimiento de la norma anterior se encuentra también el diferente alcance internacional de una y otra regulación en conformidad con las exigencias de los dos diferentes marcos de regulación europeos de procedencia. Respecto del propio de las cláusulas abusivas hay que estar a lo dispuesto por las normas nacionales de transposición del art. 6.2 de la Directiva 93/13/CE. En cuanto al segundo, con arreglo al criterio de interpretación que hemos propuesto, a la ubicación de la residencia del consumidor en un Estado miembro y el establecimiento del empresario en un Estado miembro. Los casos no cubiertos por el régimen del art. 10 DRAL deberían poder caer, en su caso, bajo la aplicación de los criterios de aplicabilidad establecidos para la Directiva 93/13/CE, algo que no será posible en el sistema español.

Por otra parte, la sustitución operada en el régimen español provoca otra consecuencia, a la vista de la incertidumbre razonable en torno a si la regulación precedente del art. 10 DRAL podrá ser apoyada con el acervo europeo sobre protección del consumidor frente a cláusulas abusivas<sup>55</sup>, algo a lo cual solo cabrá llegar como consecuencia de una operación interpretativa no exenta de dificultades. A la vista del ámbito de aplicación internacional diferente de uno y otro régimen, y mientras se descifra si al nuevo le han de resultar aplicables los procedimientos establecidos para el control judicial de las cláusulas abusivas, creemos que habría sido prudente conservar tal cual el régimen anteriormente en vigor.

#### **4.3.6. *El nuevo valor del orden público en los pactos de sometimiento a tribunales arbitrales de consumo extranjeros***

La admisión que hace el Derecho europeo del arbitraje de consumo como método de solución de las entidades RAL tiene un efecto importante sobre el sistema general. Hasta ahora ha sido unánimemente aceptado que resulta en contradicción con el orden público la sumisión del consumidor a un arbitraje extranjero en cuanto ello supone la renuncia a las competencias propias de los contratos celebrados por los consumidores. Aquí aparece uno de los mayores impactos del nuevo Derecho europeo sobre el tratamiento de las reclamaciones transfronterizas, algo que ha pasado casi desapercibido a través de la mención que se ha hecho en el art. 2.4 DRAL a los procedimientos que finalizan con una decisión vinculante para el consumidor. Aunque es posible discutir si las garantías ofrecidas por la DRAL son suficientes, una vez que el legislador ha admitido al arbitraje como método de solución que puede ser utilizado por las entidades RAL acreditadas, en el actual marco normativo generado no tiene cabida la referida limitación del orden público. Ello no significa que no sea posible proponer garantías adicionales de cara a mejorar la posición del

---

<sup>55</sup> SSTJ de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615; y de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675.

consumidor en los procedimientos de arbitraje de consumo respecto de reclamaciones transfronterizas, tales como las que han sido indicadas.

#### **4.3.7. *La necesaria transposición del principio de libertad en todos los Estados miembros***

La existencia del régimen particular existente respecto de la validez y el carácter vinculante del acuerdo de arbitraje de consumo como el descrito hará necesario adaptar, aunque sea de manera interpretativa, la regulación de la declinatoria por acuerdo de arbitraje. En el caso del sistema español la regulación relativa a los pactos de arbitraje ha de alterar el funcionamiento del art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo ser especialmente objeto de control la existencia de un consentimiento informado. Será asimismo necesario que aquellos Estados que, como Alemania, van a prescindir de acreditar a entidades RAL de arbitraje de consumo, no obvien, como parecen estar haciéndolo, la necesidad de realizar también la transposición del art. 10 DRAL para disponer de esta herramienta especialmente para el caso de los supuestos transfronterizos.

Por poner un ejemplo gráfico, si un consumidor con residencia en Alemania realiza una compra en línea de un vendedor con establecimiento en España, con arreglo al sistema actualmente en vigor en Alemania el juez alemán podrá estimar la excepción de arbitraje, y dejará de conocer, como consecuencia de la existencia de un acuerdo que haya sido celebrado con anterioridad al surgimiento del litigio en la medida en que este pacto haya sido celebrado a través de un acuerdo separado. Se da así lugar a una solución diferente a la que contempla el nuevo Derecho europeo, bajo el cual no son vinculantes para el consumidor los pactos de arbitraje de consumo celebrados antes del surgimiento del litigio. Solo a través de una previsión en el sistema alemán, y en el del resto de los Estados miembros, será posible conseguir que se corrija esta disfunción para dar respuesta a los supuestos transfronterizos.

#### **4.3.8. *Ley aplicable al procedimiento ante las entidades RAL***

A pesar de que el régimen general suele permitir que, en lo referido al procedimiento, las partes elijan la ley aplicable, en la práctica, la adhesión del consumidor al procedimiento ante una entidad RAL establecida en un Estado miembro determinará que sea de aplicación la ley de este país. La ley aplicable al procedimiento aparecerá así convertida en la ley del país de la acreditación de la entidad RAL. Cada Estado habrá de decidir el procedimiento que habrá de ser seguido por sus entidades RAL y, en su caso, establecer las variaciones respecto de lo dispuesto por la DRAL que sean permitidas por esta. La ley aplicable, por ejemplo, determinará el uso que el Estado hace del art. 5.4 DRAL, estableciendo la posibilidad del rechazo de la reclamación si antes no ha sido presentada al empresario, o si es posible rechazar reclamaciones extemporáneas o frívolas.

#### **4.3.9. *El respeto al Derecho imperativo aplicable al contrato de consumo***

Respecto del fondo del litigio, la introducción del principio de legalidad representa una de las garantías adicionales que la DRAL ha considerado importantes para admitir los métodos de solución que finalizan con una decisión vinculante para las partes, como ocurre también en el caso del arbitraje de consumo. El legislador europeo no ha tenido, sin embargo, excesiva fortuna a la hora de acuñar el principio, no teniendo en cuenta, por ejemplo, que el Reglamento Roma I ha incluido un nuevo apartado cuarto en el art. 3 con el propósito de garantizar la aplicación del Derecho europeo de protección de los consumidores cuando el contrato presenta todos los puntos de contacto con países miembros de la Unión Europea, o que hay Directivas, como la 1993/13/CE o la 1999/44/CE, que constituyen el fundamento para soluciones especiales de ley aplicable que existen en las legislaciones de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea<sup>56</sup>. Para que el arbitraje de consumo pueda tener un acomodo en el sistema europeo de resolución alternativa de litigios de consumo más conforme con las garantías que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva, creemos necesario que el principio de legalidad que se proclama aparezca protegido mediante un dispositivo que permita la posibilidad de que el laudo pueda ser impugnado por infracción de las normas imperativas de protección del consumidor; especialmente en los supuestos en los que la decisión de los árbitros es dictada en equidad, algo que es hartamente frecuente tal y como ocurre en el sistema español actual. De otro modo, en aras de la resolución ágil creemos que se cierra en falso la efectividad de los derechos reconocidos a los consumidores por el sistema europeo. Todo apunta a que será la ley del país de la sede de la entidad RAL la que deberá decidir sobre los motivos de impugnación del laudo. Por otra parte, a pesar de que dicha garantía no es establecida por la DRAL, la ley del país de la sede de la entidad RAL deberá decidir si cabe o no la impugnación del acuerdo de mediación alcanzado por su carácter lesivo o por suponer una renuncia, contraria al orden público de los derechos del consumidor.

## **5. CONCLUSIONES**

El nuevo Derecho europeo sobre resolución alternativa y en línea de litigios de consumo representa una regulación inédita en Europa y pionera a nivel mundial a la hora de establecer un marco institucional decidido a favorecer la resolución en línea de litigios de consumo. Queda sin embargo por ver cuál será el éxito de la nueva regulación, pues por ahora no todos

---

<sup>56</sup> Sobre la construcción compleja del sistema europeo de ley aplicable a los contratos de consumo electrónicos, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado», *Aranzadi Civil*, vol. 2, 2009, pp. 15-45.

los Estados miembros cuentan con entidades acreditadas y el número de quejas que ha recibido la plataforma europea no es numeroso. A partir de ahora será preciso la colaboración de todos en la difusión y en la detección de errores y problemas, algunos de los cuales han sido apuntados por este estudio.

La estructura creada está llamada a producir un efecto multiplicador del número de las reclamaciones transfronterizas, lo que abre nuevos retos para la regulación del sistema de Derecho internacional privado desde dos perspectivas diversas. Por una parte, resulta necesario hacer una puesta a punto, y comprobar con qué sistema nos encontramos en la actualidad mediante la combinación de las soluciones especiales y las generales. Por otra, resulta necesario revisar si las soluciones actuales responden a las exigencias especiales que provienen del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en conformidad con los arts. 47 CEDF y 19 TUE.

En la revisión efectuada hemos detectado insuficiencias en las soluciones de Derecho internacional privado existentes a fin de garantizar la aplicación del art. 10 DRAL en todo su ámbito de aplicación espacial, así como la conveniencia de seguir contando con un régimen especial para los pactos de arbitraje de consumo desde el ámbito de las cláusulas abusivas, habida cuenta de los términos de aplicabilidad diferentes de ambos regímenes en el plano internacional. Hemos indicado la necesidad de entender superada, para el funcionamiento de la plataforma europea, la interpretación según la cual resulta en contradicción con el orden público el sometimiento a un arbitraje de consumo extranjero. El nuevo régimen hace también aflorar algunas lagunas de regulación que han de ser integradas, como la relativa a la determinación del Derecho aplicable a la obligación de participar en procedimientos ante entidades.

En el plano de la conformidad del nuevo régimen con el derecho a la tutela judicial efectiva creemos que resulta necesario proporcionar un mejor acomodo en el sistema europeo a la institución del arbitraje de consumo, a través del establecimiento, en cada Estado miembro, de un dispositivo de impugnación del laudo por infracción de normas imperativas de protección del consumidor. Solo de este modo es posible dar respaldo y garantía a la proclamación que se hace del principio de legalidad. Por otra parte, hemos advertido la necesidad de contar con una regulación sobre el idioma del procedimiento que logre salvaguardar la efectividad de los principios de equidad y de libertad en los supuestos transfronterizos. Para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos respecto de reclamaciones transfronterizas resulta necesario que cierta información mínima sea transmitida en el idioma del consumidor o, al menos, en el idioma en que la reclamación fue presentada. En ningún caso debería ser suficiente el empleo para este fin del idioma en el que fue realizada la transacción. Los elementos mejorables detectados no logran ocultar la trascendencia de la nueva regulación europea, que está llamada a ser un instrumento indispensable para la generación de confianza en el comercio electrónico del futuro.



## RESUMEN

### RÉGIMEN DE LAS RECLAMACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS EN EL NUEVO DERECHO EUROPEO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA Y EN LÍNEA DE LITIGIOS DE CONSUMO

El carácter global del comercio de consumo en línea ha hecho aparecer nuevas estrategias para la garantía de los derechos de los consumidores, como la consistente en permitir la propia resolución en línea de los litigios. El nuevo Derecho europeo, contenido en la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento 524/2013/UE, ha supuesto la acogida a nivel regional de esta tendencia. Este estudio analiza el impacto de los nuevos textos europeos sobre el sistema de Derecho internacional privado. Por una parte, revela la necesidad de hacer ajustes en el referido sistema a fin de conseguir, entre otros objetivos, un ámbito de aplicación espacial para el principio de libertad acorde con la intención perseguida por el legislador europeo, de superar la interpretación que descarta la remisión a un arbitraje de consumo extranjero o de integrar las lagunas de regulación que ha hecho aflorar el nuevo sistema. Por otra, pone el foco en la necesidad de comprobar si el régimen actual resulta en conformidad con las exigencias que provienen de los derechos proclamados por el art. 47 CEDF y el art. 19 TUE. En esta perspectiva se proponen soluciones de *lege ferenda* asociadas a las necesidades especiales de la gestión en línea de reclamaciones transfronterizas a través de la plataforma europea.

**Palabras clave:** Derecho europeo, resolución en línea de litigios, protección del consumidor, Derecho internacional privado.

## ABSTRACT

### CONSUMER COMPLAINTS' REGIME IN THE NEW EUROPEAN LAW ON ALTERNATIVE AND ONLINE CONSUMER DISPUTE RESOLUTION

The global nature of online consumer trade has given rise to new strategies guaranteeing consumer rights, such as enabling online dispute resolution. The new European law, namely Directive 2013/11/EU and Regulation 524/2013/EU, has boosted regional acceptance of this trend. The present study analyses the impact of the new European legislation on the system of private international law. The study reveals, on the one hand, the need to make systematic adjustments in order to achieve a spatial scope of application for the principle of liberty according with the EU legislator's intention, to avoid the interpretation excluding the reference to foreign consumer arbitration or to integrate some regulatory gaps inherent to the newly established system. On the other hand, it focuses on the need to verify whether the current regime complies with the requirements derived from the recognition of the right proclaimed by art. 47 ECFR and art. 19 TEU. In this perspective the study contains *de lege ferenda* solutions intertwined with the peculiarities of the online management of cross-border claims via the European platform.

**Keywords:** European Law, online dispute resolution, alternative dispute resolution, consumer protection, international private law.



## LA REFUNDICIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS II *BIS*: DE NUEVO SOBRE LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO\*

Elena RODRÍGUEZ PINEAU

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. SEIS INTERVENCIONES FUNDAMENTALES.—2.1. La sustracción internacional de menores.—2.1.1. Mejoras en el proceso de restitución de menores.—2.1.2. Refuerzo del sistema de retorno (mecanismo de última palabra).—2.1.3. Valoración. 2.2. Medidas para la eliminación del *exequatur*.—2.2.1. Reconocimiento y ejecución automáticos (salvaguardando los derechos procesales).—2.2.2. Valoración.—2.3. Medidas para la mejora de la ejecución.—2.3.1. Desarrollo del proceso de ejecución.—2.3.2. Motivos de oposición a la ejecución.—2.3.3. Valoración.—2.4. Acogimiento transfronterizo.—2.5. Derecho de audiencia del menor.—2.6. Medidas de cooperación adicionales.—3. OTRAS MODIFICACIONES.—3.1. Reglas de CJI revisadas.—3.1.1. Competencia general.—3.1.2. Prórroga de la competencia.—3.1.3. Competencia residual y cuestiones accesorias.—3.2. En materia de medidas provisionales y cautelares. 3.3. Relaciones con otros actos.—4. CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

Después de meses de trabajos preparatorios en junio de 2016 se publicó la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II *bis*<sup>1</sup>. Como indica la propuesta, este texto resulta de un proceso de consulta pública y de un informe sobre la aplicación del Reglamento realizado por la Comisión en 2014. De igual modo, en la doctrina se habían apuntado ya sugerencias de reforma que señalaban algunos de los elementos más problemáticos de la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *La evolución de las instituciones jurídicas de protección de menores*, DER2015-69261 (MINECO-FEDER). Elena Rodríguez Pineau es Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: [elena.rodriguez@uam.es](mailto:elena.rodriguez@uam.es).

<sup>1</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia matrimonial y a la responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), COM(2016) 411 final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0411&rid=1> (consultado el 21 de octubre de 2016). Los artículos de la propuesta se citan solo con su número para distinguirlos de los del Reglamento Bruselas II *bis*, que se acompañan de la abreviatura RBII *bis*: así, art. 1 (de la propuesta), art. 1 RBII *bis* (del Reglamento en vigor).

a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000<sup>2</sup>, en adelante, RBII *bis*<sup>3</sup>. En este sentido, el texto presentado no trae grandes sorpresas puesto que recoge buena parte de los puntos débiles o de más difícil aplicación del Reglamento, incorporando igualmente algunos desarrollos resultantes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>4</sup>. Con todo, puede cuestionarse que se haya limitado su revisión a la parte relativa a la responsabilidad parental (y sustracción internacional de menores) y se haya mantenido intacta toda la sección relativa a los litigios matrimoniales<sup>5</sup>.

Como explica el propio documento, esta propuesta pretende mejorar la protección de los menores, en particular en aquellos supuestos en los que se han verificado fallos de funcionamiento del sistema tal y como han sido puestos de manifiesto por estudios académicos<sup>6</sup> o realizados a instancia de las propias instituciones europeas<sup>7</sup>. El resultado de estos trabajos previos permi-

<sup>2</sup> DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>3</sup> En España, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II *bis* sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (Análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)», *La Ley-Unión Europea*, 2014, pp. 5-22; allende nuestras fronteras, KRUGER, Th. y SAMYN, L., «Brussels II *bis* : successes and suggested improvements», *JPIL*, vol. 12, 2016, núm. 1, pp. 132-168; CARPANETO, L., «On the Recast of Brussels II-*bis* Regulation's Regime on Parental Responsibility: few Proposals *de iure condendo*», en HEIDERHOFF, B. y QUEIROLO, I. (eds.), *Party Autonomy in European Private (and) International Law*, t. I, Aracne, 2015, pp. 247-288; DE BOER, Th. M., «What we should not expect from a recast of the Brussels II *bis* Regulation», *NiPR*, 2015, núm. 1, pp. 10-19; VAN LOON, H., «The Brussels IIa Regulation: towards a review?», en *Cross-border activities in the EU- Making life easier for citizens*, Workshop for the JURI Committee, 2015, pp. 178-207 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL\\_STU\(2015\)510003\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf), consultado el 21 de octubre de 2016).

<sup>4</sup> El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en veintiséis decisiones sobre el Reglamento Bruselas II *bis*, y solo en cuatro de ellas se trataba de cuestiones relativas a los procedimientos matrimoniales, lo que refuerza la idea de que la parte más problemática (y necesitada en su caso de revisión) es la relativa a la responsabilidad parental. A lo largo del trabajo se hará referencia a algunas de las decisiones más relevantes que están en la base de algunos de los cambios que se proponen en la refundición del texto. Para una visión de conjunto (hasta 2013) sobre la jurisprudencia del TJUE en interpretación de las reglas de responsabilidad parental del Reglamento nos remitimos a DUTTA, A. y SCHULZ, A., «First Cornerstones of the Rules on Cross-Border Child Cases: the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIA Regulation from *C* to *Health Service Executive*», *JPIL*, vol. 10, 2014, núm. 1, pp. 1-40.

<sup>5</sup> Así, KRUGER, Th. y SAMYN, L., *op. cit.*, nota 3, pp. 134 y ss.; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *El divorcio internacional en la UE (Jurisdicción y ley aplicable)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.*, nota 3.

<sup>6</sup> En el ámbito anglosajón y en materia de sustracción internacional de menores son varios los trabajos que han precedido a esta revisión, notablemente la monografía de TRIMMINGS, K., *Child Abduction within the European Union*, Hart, 2013; o el informe del profesor BEAUMONT, P., «Conflicts of EU Courts on Child Abduction» financiado por la Nuffield Foundation ([http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPL\\_Working\\_Paper\\_No\\_2016\\_1.pdf](http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPL_Working_Paper_No_2016_1.pdf), consultado el 21 de octubre de 2016) publicado recientemente en BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLIDAY, J., «Conflicts of EU courts on EU child abduction: the reality of Articles 11(6)-(8) Brussels IIA proceedings accross the EU», *JPIL*, vol. 12, 2016, núm. 2, pp. 211-260.

<sup>7</sup> Así, desde el Parlamento Europeo se han comisionado varios informes sobre cuestiones propias del Reglamento 2201/2003 como la sustracción internacional de menores dentro de la Unión Europea («Cross-border Parental Child Abduction in the EU», *Study for the LIBE Committee*, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL\\_STU%282015%29510012\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU%282015%29510012_EN.pdf),

te a la Comisión identificar seis cuestiones principales que considera preciso abordar: la sustracción internacional de menores, la eliminación del *exequatur*, la ejecución de las decisiones extranjeras, la cooperación de autoridades, el acogimiento transfronterizo y la intervención del menor. Como indica la propuesta, la finalidad de esta revisión en última instancia sería la de proteger el interés superior del menor ya que los retrasos en los procedimientos, la mala cooperación entre las autoridades involucradas o la existencia de procedimientos intermedios, dificultan atender debidamente a esta consideración.

*Prima facie* pues la intención del legislador está clara. Ahora bien, cabe preguntarse si esta revisión no esconde otros fines menos centrados en el menor y que responden a intereses de naturaleza más política o relacionada con la integración europea. La propia propuesta, cuando presenta con detalle las seis áreas de intervención, las reformula de la siguiente manera<sup>8</sup>:

1. Sustracción internacional de menores: introducción de medidas para aumentar la eficacia y mejorar el funcionamiento del mecanismo de prevalencia.

2. Eliminación del *exequatur*: con las salvaguardias adecuadas, que deberán invocarse en la fase de ejecución, es decir, para impugnar el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en el Estado de origen o impugnar las medidas de ejecución concretas dictadas por el Estado en el que se solicita la ejecución, en el mismo y único procedimiento en el Estado en que se solicita la ejecución.

3. Ejecución efectiva de las resoluciones: introducción de medidas específicas destinadas a mejorar la eficacia de la ejecución propiamente dicha.

4. Acogimiento transfronterizo: creación de un procedimiento de aprobación autónomo que debe aplicarse a todos los acogimientos transfronterizos, acompañado de un plazo de ocho semanas para que el Estado miembro requerido dé curso a la petición.

5. Introducción de la obligación de que se dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones.

6. Cooperación de autoridades: clarificación [*rectius*, aclaración] de las tareas de las autoridades centrales y otras autoridades requeridas y adición de un artículo sobre los recursos adecuados.

La formulación de estas propuestas presenta un perfil bastante «armador» donde lo que se plantea de hecho es una homogeneización de los procedimientos para alcanzar una mayor eficacia en los procedimientos relativos a los menores. Y sin que esto sea necesariamente un punto de partida criticable, puesto que algunos de los elementos identificados son realmente un problema no solo desde el punto de vista de la integración europea sino

---

consultado el 21 de octubre de 2016, elaborado por el Institut Suisse de Droit Comparé, 2015) o el acogimiento transfronterizo («Cross-border placement of children in the European Union», disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL\\_STU\(2016\)556945\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL_STU(2016)556945_EN.pdf), dirigido por L. CARPNETO, 2016, consultado el 21 de octubre de 2016).

<sup>8</sup> Propuesta, pp. 14-18.

también desde la posición de los particulares, los menores y sus progenitores, que ven cómo se dilatan en el tiempo situaciones de crisis cuyo retraso siempre es perjudicial para el menor; lo cierto es que en muchas ocasiones la propuesta parece tener más en mente la construcción de un espacio judicial armonizado que la satisfacción de los derechos de las partes. En otros términos, es posible apreciar una tensión entre las dos finalidades del Derecho internacional privado europeo y puede cuestionarse si en determinados aspectos la propuesta no confiere una preeminencia a las políticas integradoras frente a la tutela de las situaciones jurídico-privadas que afectan al menor.

El trabajo analizará en primer lugar las seis áreas de intervención previstas por el legislador europeo, presentando sus elementos esenciales y los cambios que suponen frente a la normativa actual (*infra* 2). En segundo lugar, se contemplarán otros cambios que no responden a estas áreas de intervención pero que igualmente suponen cambios relevantes en el Reglamento Bruselas II (*infra* 3). Este análisis nos permitirá comprobar si realmente la refundición del RBII *bis* responde al interés superior del menor o, más bien, a una integración más armonizada que permita potenciar el principio del reconocimiento y la confianza mutuos (*infra* 4).

## 2. SEIS INTERVENCIONES FUNDAMENTALES

### 2.1. La sustracción internacional de menores

Resulta evidente que uno de los puntos más controvertidos de la reforma del RBII *bis* fue la introducción del ahora denominado mecanismo de «última palabra» del tribunal de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención. La práctica ha demostrado, además, que este mecanismo no ha encontrado una aplicación adecuada en la Unión Europea<sup>9</sup>. De igual modo se constata que los procedimientos de restitución dentro de la UE no consiguen eliminar algunos de los problemas que se plantean en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (CH1980). La propuesta pretende responder a estos dos grandes puntos así como a la mejora de la ejecución de las decisiones de retorno (*infra* 2.3). La propuesta reforma estructuralmente el Reglamento al introducir un capítulo III (nuevo) dedicado exclusivamente a la sustracción (mejor hubiera sido decir procedimientos de retorno) si bien las reglas de competencia judicial internacional, *i. e.* cómo la sustracción afecta a la competencia del tribunal de la residencia habitual del menor anterior al desplazamiento o retención, se siguen regulando en el capítulo II (en el art. 9, que apenas modifica el texto del art. 10 RBII *bis*)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> En este sentido, BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLIDAY, J., *op. cit.*, nota 6, pp. 224 y ss.; TRIMMINGS, K., *op. cit.*, nota 6. Más positiva en la valoración de estas normas, CARPANETO, L., *op. cit.*, nota 3, pp. 279 y ss.

<sup>10</sup> El nuevo apartado (b)(iii) introduce una condición alternativa a las ya existentes para considerar que el menor ha adquirido nueva residencia habitual: por el transcurso de un año desde la localiza-

### 2.1.1. *Mejoras en el proceso de restitución de menores*

Los arts. 26 y ss. constituyen una nueva sección que incorpora varias novedades: i) la concentración de la competencia para conocer de las acciones de restitución; ii) la imposición de un plazo uniforme para la resolución de la solicitud de restitución; iii) la posibilidad de adoptar medidas provisionales y cautelares y iv) la introducción de la mediación en el marco de los procesos de retorno. A ello se añade el refuerzo de disposiciones ya existentes anteriormente como la colaboración entre las autoridades involucradas en estos procesos v).

i) La propuesta de la concentración de la competencia, acompañada en muchos casos de la de la especialización, ha sido sostenida como un medio para mejorar los procedimientos de retorno<sup>11</sup>. El art. 22 de la propuesta introduce la concentración territorial, sin referencia a la especialización: «los Estados miembros garantizarán que su competencia [...] se concentre en un número limitado de órganos jurisdiccionales». Serán los Estados miembros los que comuniquen qué autoridades son las competentes en cada Estado<sup>12</sup>. De este modo, el legislador europeo introduce una armonización relativa, al imponer una obligación a los Estados miembros pero que, como indica el cdo. 26, se realizará «teniendo en cuenta en su caso, las estructuras internas de las correspondientes administraciones de justicia».

ii) Constatado que en el plazo de seis semanas previsto por el CH1980 y asumido por el RBII *bis* no es posible concentrar las fases de un procedimiento de restitución, *v. gr.* el proceso judicial de retorno, un eventual (y ahora único, art. 25.4) recurso y la ejecución de la decisión en su caso, la propuesta opta por una revisión pragmática, extendiendo los plazos hasta doce semanas (art. 23.1, seis semanas para cada instancia judicial desde la interposición de la demanda o recurso)<sup>13</sup> a las que sumar unas potenciales seis adicionales para la ejecución (art. 32.4).

iii) A la luz de los problemas observados en algunos de los casos que llegaron al TJUE, así como de las sugerencias realizadas para mejorar la tutela cautelar y provisional en estos supuestos, el art. 25.1 introduce una disposición relativa a las medidas provisionales y cautelares que pueden adoptarse durante este procedimiento. La práctica judicial ha demostrado en estos años la necesidad de aclarar qué medidas puede adoptar el juez del Estado

---

ción del menor, integración en el nuevo entorno y *denegación de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia por motivos distintos de los contemplados en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980*.

<sup>11</sup> VAN LOON, H., *op. cit.*, nota 3, p. 204. Esta tendencia viene impulsada también desde la Conferencia de La Haya (véase el punto 5 de la *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores. Parte II: Medidas de aplicación*, 2003) y en esta línea se enmarca la reciente reforma de la legislación española [art. 778 *quater* (2) LEC].

<sup>12</sup> En España podría serlo el juzgado de primera instancia con competencia familiar en la capital de provincia donde esté el menor, en línea con la modificación de la LEC.

<sup>13</sup> Cdos. 26 y 27. Esta posibilidad se había sugerido en la doctrina por VAN LOON, H., *op. cit.*, nota 3, p. 205, y CARPANETO, L., *op. cit.*, nota 3, p. 282.

donde ha sido trasladado el menor. Pero también se había observado la necesidad de reforzar la posición de este juez para potenciar la restitución del menor en los supuestos en que se invocara el art. 13 (b) CH1980 y hubiera que adoptar medidas que garanticen la protección del menor tras su restitución. Que el juez del Estado donde se halla el menor pueda adoptar estas medidas, ejecutables en el Estado de origen del menor, permite favorecer el retorno del menor<sup>14</sup>.

iv) La introducción explícita de la mediación en el nuevo art. 23.2 como sistema que puede ayudar a resolver las sustracciones debe ser bienvenida<sup>15</sup>. Sin embargo, esta novedad resulta algo escasa en su formulación ya que no se aportan muchos elementos que permitan pergeñar el perfil de esta mediación: el órgano jurisdiccional examinará *tan pronto como sea posible en el procedimiento*<sup>16</sup> si las partes, en interés superior del menor, están dispuestas a acudir a la mediación siempre que ello *no retrase indebidamente el procedimiento*. A estas consideraciones añade el cdo. 28 que será conveniente apoyarse en estructuras especializadas en mediación internacional. De este modo la disposición, que tampoco remite a la normativa de los Estados miembros, no permite concretar de manera clara quién y cómo debería procederse con esta mediación. Tal vez las diferencias existentes entre los Estados miembros impiden llegar más lejos, pero precisamente para potenciar este mecanismo sería conveniente que el legislador europeo fuera más concreto<sup>17</sup>.

v) La propuesta incluye como uno de sus puntos fuertes la cooperación entre autoridades centrales o incluso la comunicación directa entre las autoridades judiciales (*infra* 2.6). En el marco de los procedimientos de retorno de menores esta colaboración se plasma en el art. 25.1 que debe leerse en conjunción con lo previsto en los arts. 63 y 64: facilitando la localización del menor, informando y ayudando a los progenitores que quieren ejecutar resoluciones relativas al retorno, facilitando las comunicaciones entre autoridades involucradas en el procedimiento de retorno, informando sobre el menor, etcétera.

<sup>14</sup> Sobre la necesidad de introducir reglas específicas en tutela cautelar/provisional en el marco de los procedimientos de sustracción internacional, VAN LOON, H., *op. cit.*, nota 3, pp. 193-194.

<sup>15</sup> La importancia de la mediación en los litigios de familia también se ha señalado en la Conferencia de La Haya (*Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores: Mediación*, 2012). El reciente informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM (2016) 542 final] ha puesto de manifiesto que el ámbito primordial donde ha tenido impacto la Directiva ha sido, precisamente, en el de las disputas familiares (p. 5).

<sup>16</sup> Sin embargo, en la explicación detallada de la propuesta se establece que es en las semanas en las que la autoridad central tiene que recibir y tramitar la solicitud, donde se debería proponer la mediación, velando por que esto no retrase el proceso (p. 14).

<sup>17</sup> Algunos ordenamientos han desarrollado sistemas exitosos de mediación, como el holandés (véase el *Centrum Internationale Kinderontvoering*, <http://www.kinderontvoering.org/>, consultado el 21 de octubre de 2016), que podrían servir de pauta para una mínima armonización europea que terminara de asentar los esfuerzos que se están haciendo en algunos Estados miembros, v. gr. España [véase art. 778 *quinquies* (12) LEC].



### 2.1.2. Refuerzo del sistema de retorno (mecanismo de última palabra)

El sistema diseñado en los arts. 11(6) a 11(8) RBII *bis* ha sido criticado tanto en lo teórico como en su funcionamiento práctico, siendo uno de los puntos que más peticiones de reforma ha suscitado. El legislador europeo parece haber escuchado las objeciones concretas, pero no atiende a la de fondo, que cuestiona la necesidad y utilidad de un sistema que, hasta la fecha, no se ha revelado particularmente efectivo en los fines que perseguía<sup>18</sup>. Algunas de las críticas más estructuradas exigen restringir el procedimiento a los supuestos en que se invoque el art. 13(b) CH1980 y que se revise el art. 42 RBII *bis* para que el tribunal de origen haga constar en qué circunstancias se dio audiencia a las partes, por qué no se escuchó al menor y en qué sentido se valoraron las pruebas sobre las que se fundamenta el no retorno del menor. Adicionalmente se sugiere que esta decisión pudiera ser revisable en el Estado requerido por contrariedad con los derechos fundamentales<sup>19</sup>.

El nuevo art. 26 retoma en sus apartados 2 y 3 en términos casi idénticos los arts. 11.6 y 11.7 RBII *bis*, añadiendo la posibilidad de que las autoridades judiciales se comuniquen a través de la Red judicial europea, y la obligación de traducir la resolución a una lengua que acepte el Estado requerido. Las novedades más notables se incorporan en los apartados 1 y 4. En el primero se introduce la obligación de especificar el artículo del CH1980 en el que se fundamenta la denegación de retorno. Por su parte, el apartado 4 revisa el art. 11.8 RBII *bis* para exigir que el Estado de la residencia habitual del menor analice la cuestión de la custodia teniendo en cuenta el interés superior del niño y las razones que se invocan en la resolución para denegar el retorno del menor. Al añadir la referencia al litigio sobre la *custodia* en el Estado de origen del menor, que deberá realizarse *tras un cuidadoso examen del interés superior* del niño<sup>20</sup>, la propuesta refuerza el correcto sentido del mecanismo europeo, evitando que cualquier resolución sirva para exigir el retorno del menor<sup>21</sup>. Pero la gran novedad se regula fuera del capítulo III, al incorporar el art. 40 la posible oposición a la ejecución de esta decisión (véase *infra* 2.3.2).

### 2.1.3. Valoración

Las objeciones de fondo al mecanismo introducido por el RBII *bis* para reforzar el CH1980 han encontrado escaso eco en el legislador europeo. La propuesta no solo no elimina los elementos más problemáticos del sistema

<sup>18</sup> BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLIDAY, J., *op. cit.*, nota 6, p. 258; VAN LOON, H., *op. cit.*, nota 3, pp. 202-203.

<sup>19</sup> BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLIDAY, J., *op. cit.*, nota 6, p. 258.

<sup>20</sup> Cdo. 30.

<sup>21</sup> La formulación del art. 11.8 RBII *bis* podía hacer entender que el Estado de origen del menor ofrecía una «segunda instancia» para el progenitor *left behind* tras la denegación del retorno del menor secuestrado por el tribunal del Estado requerido. Esta percepción parecía haberse agudizado por el propio TJUE con su decisión en el asunto C-211/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:400, paras. 51-67. Una reforma en este sentido había sido postulada por VAN LOON, H., *op. cit.*, nota 3, p. 199.

de retorno sino que lo refuerza, sin incorporar medidas que puedan matizar algunos excesos que una aplicación de estas normas puede producir, en particular teniendo en cuenta el profundo cambio social que se ha producido, siendo ahora en su gran mayoría el cuidador primario (la madre, generalmente) quien sustrae al menor. La reforma no introduce consideraciones de derechos fundamentales (en la línea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH) ni medidas de apoyo (como sugiere la Conferencia de La Haya)<sup>22</sup>. Antes bien, refuerza un mecanismo que apuntala la preferencia por el tribunal de origen del menor desplazado (aunque se explicita que no tiene la última palabra sobre el retorno sino sobre la custodia) y que puede percibirse como poco compatible con el principio de confianza mutua, percepción que se agudiza cuando, en sede de ejecución, se abre una posible vía de oposición en el Estado requerido<sup>23</sup>. En otros términos, a pesar de que algunas de las medidas que se incorporan pueden servir para mejorar la situación actual (la concentración de la competencia o la tutela cautelar), la regulación sobre el proceso de restitución europeo parece seguir más orientada a resolver el equilibrio entre tribunales dentro de la UE que a asegurar que se persigue el interés superior del menor en estos supuestos.

## 2.2. Medidas para la eliminación del *exequatur*

### 2.2.1. Reconocimiento y ejecución automáticos (salvaguardando los derechos procesales)

Desde la UE se constata que el *exequatur* cuesta dinero y supone retrasos que no favorecen la situación del menor y su interés (a relacionarse con los progenitores, a estar en un entorno estable...) <sup>24</sup>. A pesar de las dudas que la desaparición del *exequatur* suscita <sup>25</sup>, el legislador europeo propone eliminarlo con carácter general aunque incorporando un sistema de oposición a la ejecución similar al establecido en otros textos europeos como el Reglamento Bruselas I *bis* <sup>26</sup>. La abolición del *exequatur* supone difuminar la especificidad que dentro del RBII *bis* presentan las resoluciones en materia de restitución de menores o ejecución del derecho de visita, que hasta ahora eran las únicas beneficiarias de una ejecución directa. Con todo, estas resoluciones siguen disfrutando de un régimen algo diferenciado en este nuevo esquema <sup>27</sup>.

El nuevo capítulo IV se divide en cuatro secciones que regulan el reconocimiento (arts. 27-29), la «ejecutoriedad» (arts. 30-36), la denegación del reco-

<sup>22</sup> VAN LOON, H., *op. cit.*, nota 3, p. 189.

<sup>23</sup> Véase *infra* 2.3.2.

<sup>24</sup> Propuesta, p. 8.

<sup>25</sup> VAN LOON, H., *op. cit.*, nota 3, p. 201.

<sup>26</sup> Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DO L núm. 351, de 20 diciembre de 2012.

<sup>27</sup> Véanse los arts. 40 y 49 y las remisiones internas a otros artículos que estos realizan.

nocimiento y la ejecución (arts. 37-47) y las disposiciones comunes (arts. 48-54). La eliminación del *exequatur* tiene incidencia fundamentalmente en las últimas secciones.

Antes de abordar la eliminación del *exequatur* procede hacer referencia al sistema de reconocimiento. Una rápida revisión de la propuesta permite comprobar que se mantiene esencialmente el sistema de reconocimiento automático de resoluciones dictadas por tribunales de Estados miembros así como el reconocimiento incidental. Como novedad se refleja explícitamente la posibilidad de declarar la decisión no reconocible (art. 27) tal y como el TJUE había afirmado en el asunto *Rinau*<sup>28</sup>. En caso de oposición al reconocimiento se prevé la apertura de un procedimiento de oposición (*i. e.* el mismo que se tramita para oponerse a la ejecución, arts. 41 a 47) con unas causas tasadas de oposición (art. 28). La propuesta prevé igualmente la posibilidad de suspender este procedimiento en determinadas circunstancias (art. 29) incorporando a la impugnación de la decisión en el Estado miembro de origen otras dos situaciones: i) que se haya solicitado la tramitación del procedimiento de reconocimiento a título principal, o ii) que exista un proceso pendiente en otro Estado miembro para modificar la resolución o producir una nueva sobre la responsabilidad parental de un menor ante el tribunal competente sobre el fondo. Esta última incorporación puede resultar conveniente teniendo en cuenta que la resolución posterior sobre el menor recoge de manera más ajustada su situación actual.

La eliminación del *exequatur* conlleva un refuerzo del sistema de certificados, de modo que las decisiones que circulen lo hagan en condiciones de ser identificadas como ejecutivas de forma sencilla al tiempo que se garantiza que la persona frente a la que se solicita la ejecución pueda oponerse a esta para garantizar su derecho de defensa en el correspondiente procedimiento<sup>29</sup>. La obtención del certificado para la ejecución retoma algunos de los elementos ya existentes en el RBII *bis* para las resoluciones en materia de sustracción de menores y derecho de visita, pero teniendo en cuenta que es aplicable a un número mayor de situaciones. El certificado para decisiones de responsabilidad parental se emitirá conforme al formulario del anexo II y el juez lo expedirá de oficio cuando la resolución adquiera fuerza ejecutiva si la situación tiene carácter transfronterizo; si la internacionalización del caso es sobrevenida a la resolución, la parte interesada deberá instar la solicitud del certificado (art. 53.2). Para poder expedir este certificado el juez deberá controlar que se han respetado los derechos de defensa. Esto presupone que verifique que se ha dado audiencia a las partes o, en caso de rebeldía, que se ha producido una notificación adecuada o, si no es el caso, que conste que el notificado ha aceptado de forma inequívoca la resolución (art. 53.4). Además, en los casos sobre responsabilidad parental el menor deberá haber tenido una auténtica y efectiva posibilidad de expresar sus opiniones (conforme al

<sup>28</sup> Asunto C-195/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:406.

<sup>29</sup> Véase el cdo. 36.

art. 20, véase *infra* 2.5). Y si la resolución es relativa al retorno del menor, habrá que comprobar además que el juez ha tenido en cuenta las razones y pruebas en que se fundamenta la resolución anterior dictada en otro Estado miembro en virtud del art. 13 CH1980 (art. 53.6). La expedición del certificado no es susceptible de recurso (art. 54.4) si bien, al igual que prevé actualmente el RBII *bis*, es posible su rectificación que, ahora se aclara, procede si existe un error material que suponga discrepancias entre la resolución y el certificado (art. 54.1). Novedosa, sin embargo, es la posibilidad de revocación del certificado cuando su emisión sea *manifestamente indebida* conforme a los requisitos del Reglamento, lo que viene a introducir, de hecho, un posible recurso contra el certificado. El procedimiento de rectificación y de revocación están sujetos a la legislación del Estado miembro de origen del certificado (art. 54.3). Estos dos añadidos reproducen exactamente el tenor del art. 10 del Reglamento del título ejecutivo europeo<sup>30</sup>.

Una vez obtenido el certificado será posible su ejecución en los términos que prevé la sección III del capítulo (*infra* 2.3). Ahora bien, al igual que sucede con el reconocimiento, la parte frente a la que se solicite la ejecución podrá oponerse a esta en un procedimiento que la propuesta regula en términos similares a lo previsto en el actual RBII *bis*: se identifica un órgano competente (el art. 42 especifica que será el mismo ante el que se solicite la ejecución), se prevé la posibilidad de recurrir la decisión (arts. 44-45), así como la suspensión del procedimiento [art. 46, con un nuevo apdo. c) que refleja la causa de suspensión incluida en materia de reconocimiento, *i. e.* que esté pendiente un procedimiento ante el juez del fondo que pueda resultar en una decisión que modifique la pendiente de ejecución] y la ejecución parcial (art. 47)<sup>31</sup>. También se prevén motivos tasados de denegación de la ejecución (art. 40)<sup>32</sup>.

### 2.2.2. Valoración

Para la Comisión parece evidente que la eliminación del *exequatur* es un proceso inevitable, aunque sin argumentos contrastados con la realidad para fundamentar la adopción de esta medida, salvo tal vez los económicos del coste del procedimiento<sup>33</sup>. Lo cierto es que la renuncia al *exequatur* presupone un grado de integración más profundo entre los Estados miembros, que

---

<sup>30</sup> Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DO L núm. 143, de 30 de abril de 2004. En este sentido tal vez pueda apuntarse, al igual que para este Reglamento, que la falta de respeto de las condiciones mínimas previstas por Bruselas II para otorgar el certificado sea motivo para solicitar la revocación.

<sup>31</sup> Sobre esta modificación, véase CARPNETO, L., *op. cit.*, nota 3, p. 277.

<sup>32</sup> *Infra* 2.3.2

<sup>33</sup> Véanse pp. 14-15 de la propuesta, donde se alude a la madurez de la cooperación judicial y del nivel de confianza entre los Estados miembros, referencias que contrastan con las inquietudes reflejadas sobre el alcance del principio de confianza mutua tras casos como *Aguirre Zarraga* (asunto C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828) o *Purrucker II* (asunto C-296/10, ECLI:EU:C:2010:665). Sobre esta tensión, CARO GÁNDARA, R., «De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa

en materia de Derecho de familia puede no haberse alcanzado, y un nivel de confianza mutua que dista de estar presente como se verá de inmediato al analizar las salvaguardas a la ejecución. Más aún, la necesidad de incorporar medidas para la mejora de la ejecución pone de manifiesto que, probablemente, la parte más necesitada de mejora no fuera la del *exequatur* sino la de la ejecución en sentido estricto. En otros términos, cabe preguntarse si la eliminación del *exequatur* no es una medida que debe leerse en clave de integración más que de protección del interés superior del menor.

### 2.3. Medidas para la mejora de la ejecución

El legislador europeo es consciente de que la sola desaparición del *exequatur* no basta para resolver los problemas que actualmente encuentran los particulares: la tutela judicial no es efectiva porque existen problemas en la fase ejecutiva del proceso. Es por ello por lo que la propuesta introduce una serie de medidas en materia de ejecución, si bien el legislador europeo es consciente de las reticencias que los Estados miembros tienen a incorporar normas comunes en este punto<sup>34</sup>. Por ello, para abordar una mejora en esta fase del procedimiento, combina la remisión a la normativa nacional con reglas armonizadoras. Estas medidas son el objeto de la sección II del capítulo III de la propuesta, en lo que se denomina «ejecutoriedad» (arts. 30-36).

#### 2.3.1. Desarrollo del proceso de ejecución

La ejecución de una decisión extranjera queda sujeta a la normativa del Estado miembro de ejecución, que determina el procedimiento en general, los medios de ejecución y sus modalidades en la medida en que no estén establecidas por el Reglamento (art. 31). Así, la competencia para la ejecución se determina por cada Estado miembro conforme a su normativa y se comunica a la Comisión (art. 32). Basta con la presentación del certificado (junto con una copia de la resolución que pretende ejecutarse en su caso) ante esta autoridad para que se pueda instar la ejecución en el Estado requerido; sin embargo, la autoridad solo podrá adoptar el primer acto de ejecución después de que se haya notificado a la parte requerida el certificado y la resolución (art. 35.1). Como el certificado se expide en la misma lengua que se redacta la resolución, la parte frente a la que se insta la ejecución puede solicitar su traducción y en tanto esta no llega, solo podrán adoptarse medidas cautelares (art. 35.2). También introduce una cierta armonización el art. 36 al regular la suspensión de la ejecución, que puede solicitar la parte frente a la que se pre-

---

transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas)», *Diario La Ley*, 31 de mayo de 2011, núm. 7641, Ref. D-226.

<sup>34</sup> Véase *Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment*, Final Report: Analytical annexes [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl\\_ia\\_final\\_report\\_analytical\\_annexes.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_ia_final_report_analytical_annexes.pdf) (consultado el 21 de octubre de 2016), p. 156.

tende dicha ejecución si se verifica que: i) se ha suspendido la fuerza ejecutiva de la resolución en el Estado miembro de origen, o ii) existen circunstancias temporales que podrían poner en peligro el interés superior del menor (*v. gr.* una enfermedad grave).

Esta incursión del legislador europeo es también evidente en lo relativo al límite temporal del procedimiento de ejecución, que se establece en seis semanas (art. 32.4). Es obvio que la demora en la efectiva ejecución puede resultar de las peculiaridades procesales de cada Estado, pero resulta evidente que aquí se procede a una armonización que obliga a los Estados miembros a asegurar que en ese plazo la parte podría oponerse, interponer posibles recursos —cuya viabilidad, al no estar expresamente limitados, dependería de la normativa de los Estados miembros— y proceder al cumplimiento voluntario. El plazo puede ser razonable en general pero puede suscitar más dudas la viabilidad del respeto a este plazo en los supuestos de sustracción internacional de menores, donde se verifica que esta es, sin duda, la parte más complicada del procedimiento.

Por último, estas reglas confieren al juez de la ejecución un poder adicional en la medida en que le permiten que adapte las medidas del juez de origen a su ordenamiento si es preciso (art. 33), precisión que solo se contempla en el RBII *bis* respecto de las decisiones relativas al derecho de visita<sup>35</sup>, para las que, de igual modo, se prevé la posibilidad de que sean declaradas provisionalmente ejecutivas aunque no lo sean conforme a la legislación del Estado miembro de origen (art. 30)<sup>36</sup>.

En esencia, aunque en lo fundamental se mantiene la aplicación del Derecho procesal de los Estados miembros, en estas primeras medidas se observa ya una incursión uniformadora del legislador europeo que se acentúa en lo relativo a la oposición a la ejecución.

### 2.3.2. *Motivos de oposición a la ejecución*

El procedimiento de ejecución no prevé un momento para oponerse a la ejecución sino que la parte frente a la que se solicita dicha ejecución deberá incoar el procedimiento de denegación de la ejecución en el que sí están previstos unos motivos de oposición (art. 32.3). A este procedimiento hemos hecho referencia *supra* 2.2.2, por lo que ahora centraremos el análisis en los citados motivos. Los motivos de oposición a la ejecución están tasados: los previstos en los arts. 38.1 (motivos de denegación de reconocimiento en materia de responsabilidad parental) y 40 (motivos de denegación de la ejecución). Los previstos en los apartados *a)*, *b)* y *c)* del art. 38 (*v. gr.* la contrariedad con el orden público, teniendo en cuenta el interés superior del menor, la indefensión producida por una incorrecta notificación y la falta de audiencia

<sup>35</sup> Véanse el cdo. 35 y el art. 33, que retoma el art. 48 RBII *bis*.

<sup>36</sup> De hecho, esta disposición ya existe en el art. 41.1 RBII *bis*.

de quien invoca su derecho de responsabilidad parental) no pueden invocarse frente a las resoluciones relativas a un derecho de visita o la restitución del menor (art. 40.1) que, en este sentido, siguen gozando de una especie de carácter preferente respecto del resto de decisiones en materia de responsabilidad parental. Paradójicamente, y al contrario de lo que ha sucedido hasta la fecha en los textos relativos a la ejecución de decisiones de otros Estados miembros, la propuesta no contempla la posibilidad de invocar motivos de oposición a la ejecución basados en la normativa estatal<sup>37</sup>, lo que pone de manifiesto la evidente voluntad del legislador europeo de evitar las tensiones entre Estados miembros derivadas de las diferentes percepciones en este sector del Derecho de familia.

En cuanto a los motivos del art. 38.1, además de los ya señalados, se mantiene la incompatibilidad de la resolución cuyo reconocimiento se solicita con la de otra posterior dictada en el foro o un tercer Estado, apartados *d)* y *f)*. De este modo, el art. 38.1 retoma esencialmente el art. 23 RBII *bis*, aunque de este desaparecen los apartados *b)*, relativo a la audiencia del menor (ahora cubierta por la obligación de controlar por parte del juez que emite el certificado que dicha audiencia se ha producido en los términos del Reglamento, art. 53.5) y *g)* relativo al respeto del procedimiento previsto en el art. 56 (cuya desaparición se vincula a la profunda revisión que sufre este artículo en el nuevo art. 65, véase *infra* 2.4). Por su parte, el art. 40.2 incorpora una combinación de las cláusulas de orden público y del interés superior del menor. Conforme al art. 40.2 un cambio de circunstancias o la manifestación de la voluntad del menor pueden hacer manifiestamente incompatible la ejecución con el interés superior del menor, resultando manifiestamente contraria al orden público. Con esta disposición, el legislador europeo altera el juego habitual de las cláusulas generales del orden público y del interés superior del menor. Así, en el art. 38.1 este último es un elemento de ponderación del orden público, mientras que en el art. 40.2 el interés superior del menor se convierte en parte integrante de ese orden público. Esto no deja de ser llamativo cuando se trata de ejecutar resoluciones relativas al derecho de visita o al retorno de un menor secuestrado, para las que no puede invocarse el orden público (conforme al art. 38.2) pero sí un cambio de circunstancias tal que ponga en juego el interés superior del menor y haga la ejecución contraria al orden público.

De este modo el legislador europeo corrige el automatismo actual de la ejecución (a la que solo puede oponerse la existencia de una resolución posterior) con una valoración de carácter más sustantivo que considere el interés superior del menor. En este sentido, el artículo incorpora una petición reiterada, *v. gr.* la consideración de elementos posteriores a la obtención de la resolución, teniendo en cuenta la naturaleza esencialmente dinámica de la

---

<sup>37</sup> Cdo. 37; véanse el art. 21.1 del Reglamento (CE) 4/2009 (relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de alimentos, DO L núm. 7, de 1 de 10 enero 2009), o el art. 41.2 del Reglamento Bruselas I *bis*, *op. cit.*, *supra* nota 26.

protección del menor<sup>38</sup>. Y de igual modo puede entenderse que el legislador europeo es sensible a las indicaciones del TEDH en cuanto a la necesidad de incorporar el interés superior del menor en la aplicación de las normas sobre restitución de menores. Pero estas nuevas disposiciones también pueden leerse como un mecanismo para reequilibrar la posición de los tribunales de los Estados miembros —en cierto modo sacrificada por la confianza mutua— en particular, suavizando los efectos del mecanismo de última palabra (*supra* 2.1.2).

### 2.3.3. Valoración

El análisis de las disposiciones refleja las contradicciones del legislador europeo: por una parte se puede constatar cómo la propuesta reconoce que el reconocimiento mutuo sin más no funciona<sup>39</sup>, lo que viene a confirmar que el proceso de ejecución directa del RBII *bis* no estaba lo suficientemente maduro (como ya se evidenció en el asunto *Aguirre Zarraga*)<sup>40</sup> y que, probablemente aún ahora va a suscitar problemas. Así pues, el legislador europeo debe introducir un procedimiento uniforme de mínimos para la ejecución, procedimiento que necesita necesariamente del Derecho de los Estados miembros. Ahora bien, este margen de actuación que se deja a los ordenamientos nacionales, teniendo en cuenta las diferencias entre legislaciones, podría resultar peligroso si permite eludir la ejecución directa, por lo que el legislador europeo, al contrario de lo que ha hecho hasta la fecha, refuerza la armonización en materia de motivos de denegación de la ejecución, excluyendo toda remisión al Derecho nacional. Ciertamente, la modificación en lo relativo al interés superior del menor puede verse como una concesión al margen de valoración de los Estados miembros, pero esta percepción queda inmediatamente limitada cuando el legislador europeo exige que la valoración del interés superior del menor sea de entidad semejante a una vulneración del orden público. En esencia, a pesar de la referencia al interés superior del menor, estas modificaciones parecen reflejar más las tensiones entre integración y confianza mutua que una política de atender al citado interés del menor.

## 2.4. Acogimiento transfronterizo

Actualmente la regulación del acogimiento transfronterizo se limita al art. 56 RBII *bis*. Su remisión a la normativa nacional y las distintas formas

<sup>38</sup> Con este posicionamiento la propuesta enmienda la jurisprudencia del TJUE, que había excluido toda posibilidad de considerar estas circunstancias sobrevenidas por el juez del Estado requerido, permitiendo tal posibilidad solo ante el tribunal del Estado de origen de la resolución. Véase el asunto C-211/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:800, párrs. 80 a 83.

<sup>39</sup> Como indica la propia introducción a la propuesta, «se requiere una armonización mínima para alcanzar el objetivo del reconocimiento mutuo de decisiones», p. 7.

<sup>40</sup> *Supra* nota 32.



de resolver su aplicación en los Estados miembros ha generado problemas concretos de aplicación<sup>41</sup>. Así se evidenció en el asunto *HSE*, que llegó al TJUE en 2012<sup>42</sup>. En particular, la principal dificultad se ha observado respecto de cómo debe producirse la aprobación por parte del Estado donde va a ser trasladado el menor para ser acogido procedente de otro Estado miembro donde se dicta la medida de protección. En la Sentencia *HSE* el TJUE introdujo una serie de aclaraciones relevantes: el Estado miembro requerido no puede oponerse a la petición del Estado de origen y debe asegurarse de que su normativa no impide el efecto útil del Reglamento (párrs. 82 y 79). El TJUE diferencia entre Estado miembro que exige intervención de autoridad pública, en cuyo caso esta deberá prestar su consentimiento, y el que no, bastando entonces con que sea informado. Estas actuaciones quedan sujetas a la ley del Estado miembro requerido, pero en todo caso deben realizarse por una autoridad pública y obtenerse con anterioridad al acogimiento. Cuando no se ha interpretado correctamente el alcance de la aprobación debería ser posible remediarla *a posteriori*, no así cuando dicha aprobación no se ha obtenido en absoluto, en cuyo caso habría que recomenzar el procedimiento.

El segundo elemento dudoso, una vez obtenida la aprobación del Estado requerido, se refería a la necesidad de obtener la homologación de la decisión del Estado de origen que ordena el acogimiento transfronterizo. El TJUE aclaró que el reconocimiento de esta medida es automático, a menos que se dicte una orden de no reconocimiento<sup>43</sup>. Sobre la necesidad de obtener el *exequatur* de la decisión del Estado miembro de origen, el TJUE impuso su obtención a la vista de que el acogimiento puede suponer el ejercicio de medidas coactivas sobre un menor por parte del Estado requerido y ello exigiría el *exequatur*, incluso cuando la situación fuera de gran urgencia. Para mejor proteger al menor en estas circunstancias, el TJUE estima que el recurso contra la declaración de ejecutoriedad no puede tener efecto suspensivo y que el Estado requerido puede adoptar medidas provisionales conforme al art. 20 RBII *bis* mientras dure el procedimiento<sup>44</sup>. En todo caso, es conveniente recordar las especiales circunstancias del caso *HSE*, que suponía ingresar a la menor en un centro de internamiento, lo que limitaba su libertad de movimientos, circunstancia que no se dará necesariamente en todos los supuestos de acogimiento transfronterizo.

Con estas premisas de partida, el legislador europeo aborda la reforma del art. 56 RBII *bis* en un nuevo art. 65 que introduce un proceso uniforme con una serie de elementos fundamentales<sup>45</sup>. En primer lugar se impone la

---

<sup>41</sup> Véase el informe del Parlamento, *op. cit.*, *supra* nota 7. En la doctrina, HERRANZ BALLESTEROS, M., «Cross-border Placement of Children: the Current Situation in Spain», *YPIL*, vol. 17, 2015-2016, pp. 449-461; FORCADA MIRANDA, J., «Revision with respect to the cross-border placement of children», *NiPR*, 2016, pp. 36-42.

<sup>42</sup> Asunto C-92/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:255.

<sup>43</sup> DUTTA, A. y SCHULZ, A., *op. cit.*, nota 4, pp. 33-34.

<sup>44</sup> Asunto C-92/12 PPU, *HSE*, cit., *supra* nota 42, párrs. 107-133.

<sup>45</sup> Sobre la necesidad de armonizar el procedimiento a nivel europeo, FORCADA MIRANDA, J., *op. cit.*, nota 41. El nuevo art. 65 alinea el Reglamento con el art. 33 del Convenio de La Haya relativo a la

obtención de la aprobación de la autoridad competente del Estado miembro requerido mediante el conducto de las autoridades centrales de los dos Estados miembros (párr. 1). Este procedimiento queda sujeto al Derecho del Estado miembro requerido (párr. 5) y solo tras esta aprobación podrá el Estado miembro requirente dictar la correspondiente decisión sobre el acogimiento (párr. 3). La autoridad requirente tendrá que presentar los documentos y solicitud traducidos a una lengua que el Estado requerido haya declarado que acepta y la autoridad requerida dispondrá de plazo de ocho semanas para decidir sobre la aprobación, salvo que circunstancias excepcionales lo impidan (párrs. 2 y 4). De este modo el nuevo artículo recoge parte de la jurisprudencia del asunto *HSE* en lo relativo a la obtención de la aprobación de la autoridad competente del Estado requerido. La ubicación de este precepto, dentro de la cooperación de autoridades, explica que no se haga referencia alguna a la declaración de ejecutoriedad de la medida una vez adoptada. Pero a la luz de las consideraciones realizadas *supra* [en particular la eliminación del art. 23.1.g) RBII *bis*], resulta evidente que no será preciso el *exequatur* tampoco para estos supuestos, quedando así anulada la jurisprudencia del TJUE<sup>46</sup>.

Tampoco se alude en el cuerpo del Reglamento a cómo se va a garantizar el respeto de los derechos del menor a la luz de lo previsto en la Convención de Derechos del niño (arts. 8 y 9) y la Carta de derechos fundamentales de la Unión (art. 24.3) a los que sí se refiere el cdo. 51 y que suponen el derecho a mantener contacto con ambos progenitores así como la continuidad en la educación del menor, su contexto étnico, religioso, cultural y lingüístico. Esta garantía de los derechos del menor parece pasar a un segundo plano frente a una necesaria coordinación de las autoridades que mejore el sistema de acogimiento transfronterizo. Y de nuevo podemos preguntarnos si esta actuación, en un orden procesal o de cooperación de autoridades (pues esta disposición se inserta en el capítulo V), refleja o concreta el interés superior del menor<sup>47</sup>. Si en toda actuación relativa al menor la protección de sus derechos es fundamental, en este caso es especialmente relevante puesto que un acogimiento transfronterizo puede tener unas consecuencias radicales en lo que respecta al contacto con los progenitores, el desarrollo educativo del menor, etcétera.

---

competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996, *BOE* núm. 291, de 2 diciembre de 2010, pp. 99837 y ss.

<sup>46</sup> Tal vez el alcance de esta solución sea excesivo, pues quienes habían postulado la eliminación del *exequatur* lo sugerían para aquellos supuestos en que se solicite el acogimiento sin privación de libertad del menor; véase DUTTA, A. y SCHULZ, A., *op. cit.*, nota 4, p. 37.

<sup>47</sup> Insistiendo sobre la importancia de que el interés superior del menor y el ejercicio de sus derechos fundamentales sean consideración primaria en la regulación de esta materia, HERRANZ BALLESTEROS, M., *op. cit.*, nota 41, pp. 460-461.

## 2.5. Derecho de audiencia del menor

Desde el asunto *Aguirre Zarraga*<sup>48</sup> es evidente que el tema del derecho de audiencia del menor es una cuestión muy sensible y para la que no existe un consenso sobre su alcance entre los Estados miembros. Recordando rápidamente el asunto *Aguirre Zarraga*, la menor de padre español y madre alemana, había sido llevada por su madre a Alemania. El padre solicitó su retorno y la madre se opuso, lo que dio lugar al inicio de un procedimiento en España para establecer la custodia (y retorno) de la menor a favor del padre. A este procedimiento se convocó a madre e hija, pero no comparecieron por el temor de la madre de que no pudiera salir posteriormente de España. Solicitada la ejecución de la decisión española en Alemania, el tribunal alemán consideró que, a pesar de la obligatoria ejecución de la medida conforme al Reglamento, podía oponerse a dicha ejecución por la vulneración del derecho de audiencia del menor, que es parte fundamental del orden público alemán. El TJUE rechazó esta interpretación estableciendo que lo importante no es la audiencia efectiva del menor (porque el art. 24 de la Carta europea no impone necesariamente esta audiencia) sino la posibilidad de que el menor pueda expresar su opinión de manera genuina y efectiva, atendiendo a su edad y madurez teniendo en cuenta su interés superior. Estas pautas dejan un margen de apreciación al tribunal que debe realizar la audiencia.

El nuevo art. 20 de la refundición del Reglamento se titula «Derecho del menor a expresar sus opiniones» pero en la explicación que precede a la propuesta resulta convenientemente reformulado como «obligación de que se dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones». Este punto de la reforma es muy sensible puesto que están en juego la protección de derechos fundamentales y el principio de confianza mutua. Conviene señalar que en el texto actual del RBII *bis* la obligación solo existe en los procedimientos de restitución del menor sustraído (tal y como se mantiene ahora en el art. 24), mientras que la propuesta incorpora con carácter general este derecho/obligación al final de la sección III del capítulo II (relativo a las disposiciones comunes en sede procesal).

La propuesta asegura que el Reglamento no tiene por objeto definir cómo debe oírse al menor (si por juez en persona o por un experto que informe al juez, si en audiencia o en otro lugar, etc.)<sup>49</sup> de manera que «no modifica en absoluto las normas y prácticas de los Estados miembros sobre la audiencia de los menores, pero exige el reconocimiento mutuo de los ordenamientos jurídicos». Esta nueva obligación, sugiere la propuesta, no lo es realmente puesto que los Estados miembros están vinculados por la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño (CDN) y, por tanto, es ya una imposición

<sup>48</sup> Asunto C-491/10 PPU *Aguirre Zarraga*, *supra* nota 33, párrs. 60-67.

<sup>49</sup> Véase el cdo. 23, complementado por la referencia prevista en el cdo. 24 a los procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (DO L núm. 174, de 27 de junio de 2001), si procede.

asumida por los Estados miembros. Adicionalmente la propuesta establece que esta obligación debe interpretarse a la luz de la Carta de derechos fundamentales de la UE, que distingue entre cuándo debe darse al menor la oportunidad de manifestar su opinión (*i. e.* si el menor tiene un juicio y edad suficientes) y cómo debe valorar el juez esta (dependiendo de la edad y madurez del menor). Estos extremos deben recogerse en la resolución, de manera que el juez que emite el certificado pueda constatar su cumplimiento.

En esencia, el derecho del menor a ser escuchado, que es un elemento fundamental para establecer cuál es su interés superior, se plantea como una obligación cuyo cumplimiento debe asegurar para toda la Unión Europea el juez del Estado que dicta la resolución, sin que ningún otro Estado pueda controlar la actuación del juez de origen de la sentencia (*supra* 2.3.2). Y precisamente este enfoque pone de manifiesto cómo el legislador europeo necesita forzar la confianza mutua con una medida armonizadora que evite las tensiones que existen entre los Estados miembros a la hora de valorar este derecho del menor.

## 2.6. Medidas de cooperación adicionales

La introducción explicativa de la propuesta pone de relieve que la actual norma sobre cooperación entre autoridades, art. 55 RBII *bis*, no resulta satisfactoria en distintos sentidos: no es suficientemente clara, no proporciona base jurídica en los Estados miembros para muchas actuaciones y ello ha provocado retrasos que van en perjuicio del interés superior del menor<sup>50</sup>. Es por ello que la propuesta introduce una serie de medidas relativas a la intervención de las autoridades centrales y otras autoridades, con la idea de que una efectiva tutela de los intereses del menor pasa por la colaboración entre autoridades ya que ello facilita la adopción de medidas, reduce los tiempos, etcétera<sup>51</sup>.

Estas modificaciones vienen además refrendadas por la intervención del TJUE, que ha sido particularmente activo en la promoción de esta colaboración entre autoridades. Ya en el asunto *A*<sup>52</sup> indicó la pertinencia de comunicar al tribunal competente sobre el fondo la adopción de una medida cautelar, bien de manera directa, bien indirecta a través de las autoridades centrales o la red judicial europea; también en *Purrucker II*<sup>53</sup> se señala la conveniencia de comunicación para establecer quién es el primer tribunal y poder aplicar la regla de la litispendencia.

El resultado de esta intervención se plasma en el capítulo V (arts. 60-67) que pretende responder a cuatro preguntas fundamentales: quién puede soli-

---

<sup>50</sup> Propuesta, p. 5.

<sup>51</sup> Véanse los cdos. 41 y ss.

<sup>52</sup> Asunto C-523/07, *A*, ECLI:EU:CL:2009:225, párrs. 54-56.

<sup>53</sup> Asunto C-296/10, *supra* nota 33, párr. 81.

citar ayuda, qué puede pedir, a quién y cómo hacerlo. Así, tras identificar a las autoridades centrales de cada Estado miembro (art. 60), se procede a delimitar cuáles son las tareas generales (art. 62) y las específicas de cooperación en casos de responsabilidad parental (arts. 64 y 65). Si las tareas generales estaban ya identificadas en el art. 54 RBII *bis* (nuevo art. 62), las actuaciones de cooperación específica resultan más precisadas, de manera que se incluyen algunas como facilitar la localización de un menor [apdo. *a*)] y garantizar que el expediente incoado por la Autoridad Central en materia de sustracción se complete en un plazo de seis semanas [apdo. *g*)]. La cooperación en la recogida e intercambio de información [art. 62.1.*b*)] se desarrolla ampliamente en el art. 63 para incluir la elaboración de informes sobre la situación del menor (por ejemplo, respecto de procedimientos pendientes o resoluciones adoptadas sobre este), informes recabados para proteger al menor (en relación con sus familiares, progenitores, hermanos...) o para garantizar el ejercicio del derecho de visita o la posibilidad de acceder a dicho derecho por parte de una persona que así lo desee<sup>54</sup>.

Junto a una mayor precisión de cuáles sean las posibles medidas y vías de colaboración, hay dos elementos esenciales para que se mejore dicha colaboración: el lingüístico y el temporal, que la propuesta recoge debidamente. Así, se prevé la traducción de los documentos pertinentes a un idioma del Estado requerido o que este acepte (art. 64.4) y un límite temporal de dos meses para que la autoridad preste la colaboración requerida desde otro Estado miembro salvo que existan circunstancias excepcionales. Por último, y de no menor entidad que los elementos anteriores, el art. 61 introduce una disposición muy relevante sobre la financiación de estas medidas, ya que se prevé que los Estados miembros dedicarán los medios (personales y patrimoniales) necesarios para llevar a cabo las disposiciones que les impone el Reglamento. Estas disposiciones ponen de manifiesto que hay una voluntad de mejora pero que, en última instancia, su efectividad depende de los Estados miembros, puesto que si no dotan de medios económicos y personales a las Autoridades Centrales, todas estas disposiciones carecerán de resultado práctico alguno.

### 3. OTRAS MODIFICACIONES

Sin ser parte del bloque de las seis medidas «estrella» de revisión del reglamento, la propuesta introduce una serie de modificaciones que en algunos casos responden a la incorporación de la jurisprudencia del TJUE en interpretación del RBII *bis*.

---

<sup>54</sup> Estas disposiciones alinean claramente la propuesta de refundición del Reglamento con las disposiciones del Convenio de La Haya de 1996 en materia de cooperación de autoridades (véanse en particular los arts. 30-35).

### 3.1. Reglas de CJI revisadas

#### 3.1.1. *Competencia general*

La regla fundamental del sistema RBII *bis* en materia de responsabilidad parental permanece inalterada, puesto que la residencia habitual del menor es el elemento que determina la competencia judicial sobre dicho menor. Ahora bien, sí se modifica de manera relevante la interpretación de la actual regla sobre el alcance de la jurisdicción de este tribunal. En efecto, el legislador europeo introduce en la propuesta un cambio respecto de la *perpetuatio iurisdictionis* del tribunal de la residencia habitual. El art. 8 del RBII *bis* impone la competencia del tribunal de la residencia habitual del menor al tiempo de la presentación de la demanda, de manera que un cambio legal en dicha residencia no altera la jurisdicción de este tribunal. Esta regla de la *perpetuatio iurisdictionis*, muy asentada en los ordenamientos occidentales-europeos, no es la que recoge, por el contrario, el Convenio de La Haya de 1996 en su art. 5.2, donde un cambio legal de residencia del menor supone una modificación de la competencia judicial incluso si el procedimiento estuviera pendiente. Esta discrepancia había suscitado algunas voces críticas, en particular cuando el menor trasladara su residencia a un Estado contratante del citado convenio<sup>55</sup>. El nuevo art. 7 (art. 8 RBII *bis*) introduce esta nueva regla aunque con alguna matización que incorpora el cdo. 15: el cambio de competencia deberá producirse esté o no iniciado un procedimiento respecto del menor. Ahora bien, en aquellos casos en que la causa esté pendiente, puede resultar conveniente que el tribunal que está conociendo mantenga su competencia (en particular, si el procedimiento está cercano a la conclusión) si ello redundaría en el interés superior del niño. Como indica el citado considerando, esta previsión puede ser de especial relevancia en los casos de reubicación transfronteriza. Esta solución merece una valoración positiva, teniendo en cuenta además que alinea las soluciones del Reglamento con las del Convenio de La Haya, evitando así posibles conflictos que ahora pueden producirse.

#### 3.1.2. *Prórroga de la competencia*

A diferencia de la regla general, el actual art. 12 RBII *bis* en materia de prórroga de la competencia (presentada en la propuesta como «elección de órgano jurisdiccional para los procedimientos autónomos y accesorios») es objeto de una revisión más evidente en el nuevo art. 10, que incorpora parte de la jurisprudencia del TJUE<sup>56</sup>. A pesar de estos cambios la esencia del art. 12 RBII *bis* se mantiene en el art. 10.

<sup>55</sup> DE BOER, Th. M., *op. cit.*, nota 3, pp. 15-18; VAN LOON, H., *op. cit.*, nota 3, p. 192.

<sup>56</sup> Así los asuntos C-436/13, ECLI:EU:C:2014:2246; C-656/13, ECLI:EU:C:2014:2364; C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710.

El art. 12 RBII *bis* contempla dos supuestos de sumisión: i) a los tribunales de la acción matrimonial para que conozcan conjuntamente de la acción matrimonial y de la relativa a la responsabilidad parental (apdo. 1), y ii) a los tribunales que elijan las partes, con determinadas limitaciones, para la acción de responsabilidad parental (apdo. 3). La propuesta no altera esta estructura, aunque sí incorpora algunos elementos novedosos. En cuanto a la sumisión (por conexidad) a los tribunales del Estado miembro que conocen de una acción matrimonial conforme al art. 3 RBII *bis* para los litigios relativos a la responsabilidad parental, el art. 10.1 solo matiza el actual texto (art. 12.1 RBII *bis*) con la introducción de una condición adicional para entender que existe la sumisión: «A más tardar, en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional o, cuando la ley de dicho Estado lo establezca, durante el procedimiento». Idéntica matización se incorpora para el supuesto del art. 10.3<sup>57</sup>. Este apartado también se modifica en su primer párrafo, simplificando su tenor (se elimina la referencia a «en procedimientos distintos de los contemplados en el apartado 1») de manera que no quepa duda de la posibilidad de recurrir a este foro aunque el tribunal elegido no esté conociendo de otra acción a la que acumular la relativa a la responsabilidad parental, tal y como había aclarado el TJUE en su jurisprudencia y se había pedido por la doctrina<sup>58</sup>.

El cdo. 16 insiste en el carácter excepcional de este foro, que supone una quiebra al principio de proximidad, lo que explica la necesidad de cesar la competencia en cuanto exista una resolución definitiva sobre el menor y poder retornar así a la exigencia de la proximidad. En este sentido deben entenderse los dos apartados que se incluyen en el nuevo art. 10, que incorporan i) una regla sobre la cesación de competencia en los supuestos del apartado 3 (*v. gr.* cuando el procedimiento resulte en una decisión final)<sup>59</sup>, del mismo modo que en el apdo. 2 se contemplan las causas que implican la cesación de la competencia en los supuestos en que conoce el tribunal de la acción matrimonial, y ii) una obligación de recoger por escrito («hará constar en acta») el acuerdo de sumisión de las partes de conformidad con la ley del Estado miembro del tribunal prorrogado. El TJUE había establecido la necesidad de interpretar de manera estricta el carácter inequívoco de la aceptación de la competencia, lo que supone, como mínimo, conocimiento de que se está desarrollando el proceso, sin que este conocimiento por sí mismo suponga una aceptación<sup>60</sup>. En este sentido, esta exigencia de un acuerdo recogido en acta permite salvaguardar todas las dificultades interpretativas de una «aceptación inequívoca» de la competencia del tribunal prorrogado.

---

<sup>57</sup> Con esta formulación el legislador europeo establece en términos más flexibles para los Estados miembros la fijación temporal que había realizado el TJUE en el asunto C-656/13, cit., *supra* nota 56, párr. 56, al establecer que el límite se halla «en el momento en que se presente ante el tribunal elegido el escrito de demanda o un documento equivalente».

<sup>58</sup> Asunto C-656/13, cit., *supra* nota 56, párrs. 40-52; CARPANETO, L., *op. cit.*, nota 3, p. 266.

<sup>59</sup> Tal como resulta de la jurisprudencia del asunto C-436/13, cit., *supra* nota 56.

<sup>60</sup> Asunto C-215/15, cit., *supra* nota 56, párrs. 41 y 42.

El art. 10 concluye con un sexto apartado, que corresponde al art. 12.4 RBII *bis*, que permite entender que la sumisión ante los tribunales de un Estado miembro (en las condiciones previstas en el artículo) es en interés superior del menor aun cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado no contratante del CH1996. Sobre esta extensión del alcance de la sumisión en el ámbito del RBII *bis* ya se hizo crítica en su momento<sup>61</sup>, y resulta revelador que se mantenga este foro en la propuesta de refundición. Por el contrario, la propuesta delimita mejor el juego de las reglas de sumisión del Reglamento y del CH1996 en el art. 75 (actual art. 61 RBII *bis*), introduciendo una regla que asegura la aplicación del Convenio en casos de sumisión regulados en dicho texto (*infra* 3.3).

### 3.1.3. Competencia residual y cuestiones accesorias

La propuesta mantiene en el art. 13 (art. 14 RBII *bis*) la regla sobre la posible asunción de competencia (residual) por los tribunales de los Estados miembros conforme a su normativa si ningún tribunal de la Unión pudiera declararse competente para conocer de la acción de responsabilidad parental conforme a las normas del RBII *bis*. Sí resulta novedosa, por el contrario, la aclaración que el legislador introduce en el cdo. 19: «Siempre que se haga referencia a la “competencia en virtud del presente Reglamento” en las cuestiones de responsabilidad parental, dicha referencia debe incluir los artículos 7 a 14, es decir, abarcar asimismo la competencia residual en virtud del Derecho nacional permitida por el artículo 13 del presente Reglamento y la competencia establecida en virtud de una transferencia de competencia». De este modo se refuerza la interpretación de que las normas estatales en cierto modo han dejado de serlo en la medida en que su aplicación depende de la autorización del propio Reglamento.

Para concluir apuntaremos cómo el legislador europeo introduce un nuevo art. 16 fuera de la sección relativa a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, que permite atribuir competencia *accesorias* a un tribunal que esté conociendo de una causa no incluida en el ámbito de aplicación del RBII *bis* pero que deba resolver con carácter incidental/previo una cuestión que sí lo esté. El cdo. 22 aclara que la competencia así conferida (incluso si no tuviera competencia conforme al Reglamento) producirá una resolución con efectos solo para el procedimiento de que se trate, ejemplificando con un caso de litigio en materia de sucesiones que afecta al niño y para el que sea preciso designar a un tutor *ad litem* para que lo represente en el marco de dicho procedimiento<sup>62</sup>. Esta nueva regla, que se

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, E., «El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», *La Ley-actualidad*, núm. 5944, 2004, pp. 1721-1731. Igualmente DE BOER, Th. M., *op. cit.*, nota 3, pp. 13-14, critica el extenso ámbito de aplicación territorial del RBII *bis*, considerando que no favorece la tutela de las partes, al resultar más complicado que fuera de la UE se reconozca la sentencia dictada sobre este (y otros) foro(s) de competencia.

<sup>62</sup> Esta explicación remite directamente al asunto C-404/14, ECLI:EU:C:2015:653, si bien en este asunto el TJUE parece apuntar que la competencia se asumiría por el juego del art. 12.3 RBII *bis* (párr. 37).



acerca a una regla de conexidad procesal (pero sin conferir realmente una competencia a título principal, puesto que su alcance está limitado al proceso para el cual se abre la competencia), puede servir para evitar las dilaciones que supondría tener que suspender el procedimiento hasta que el tribunal competente para decidir sobre el menor (en otro Estado) adoptara la correspondiente medida. Así pues, el legislador introduce una regla que efectivamente favorece al menor en tanto permite la resolución del litigio que afecta al menor de manera más rápida<sup>63</sup>.

### 3.2. En materia de medidas provisionales y cautelares

La regulación de las medidas provisionales y cautelares es objeto de una importante revisión en la propuesta. No solo se añade el ya citado art. 25 (contemplando la adopción de medidas provisionales y cautelares en sede de sustracción internacional de menores) sino que el actual art. 20 RBII *bis* es reubicado, quedando como art. 12 en la sección relativa a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Este cambio, unido a la nueva formulación del artículo, que alude solo a las medidas que se adopten sobre el niño o sus bienes, suscita una duda relevante acerca de qué ocurre respecto de las medidas que se puedan solicitar en los procedimientos relativos a la crisis matrimonial. Ciertamente los menores son los principales destinatarios de estas medidas incluso en el marco de los procedimientos matrimoniales pero no cabe descartar que se solicitara alguna medida provisional respecto de uno de los cónyuges.

El nuevo art. 12 se ve afectado por la interpretación que del art. 20 RBII *bis* ha hecho el TJUE, en buena medida realizando una lectura restrictiva del alcance de la competencia del tribunal de la tutela provisional/cautelar<sup>64</sup>. Hasta el momento presente, el art. 20 RBII *bis* permite, en caso de urgencia, la adopción de medidas provisionales sobre personas o bienes presentes en un Estado miembro conforme a la legislación de dicho Estado miembro por un tribunal de ese Estado, aunque no sea el competente para el fondo. Las medidas tienen un carácter provisional en tanto dejarán de aplicarse cuando el tribunal competente para el fondo adopte la medida que considere apropiada.

El TJUE ha abordado el alcance del art. 20 RBII *bis* en varios asuntos, incorporando una serie de precisiones importantes: así, es necesaria la presencia del menor en el territorio de ese Estado, aunque no sea el de su residencia habitual<sup>65</sup>; estas medidas solo pueden adoptarse en caso de urgencia,

---

<sup>63</sup> El hecho de que la competencia del tribunal pueda derivar de materias fuera del ámbito de aplicación de los reglamentos europeos no altera esta valoración precisamente por su carácter limitado (temporal y territorialmente) y discrecional (el art. 16 formula esta solución como una posibilidad: «podrá resolver esa cuestión»), de manera que permite que, si el juez así lo prefiere, suspenda el procedimiento y remita la cuestión accesoria al juez competente para el fondo de la acción de responsabilidad parental conforme al reglamento.

<sup>64</sup> DUTTA, A. y SCHULZ, A., *op. cit.*, nota 4, p. 20.

<sup>65</sup> Asunto C-523/07, cit., *supra* nota 52, párr. 47.

*i. e.*, cuando no sea posible acudir al tribunal del fondo del asunto<sup>66</sup> y es conveniente que la autoridad del Estado que adopta la medida comunique a la autoridad competente sobre el fondo la adopción de dicha medida<sup>67</sup>. Precisamente el art. 12 añade un párrafo al apartado 1, introduciendo la obligación de informar al Estado miembro cuyos tribunales son competentes para el fondo del asunto de la adopción de una medida cautelar sobre el menor de conformidad con los cauces que prevé el propio artículo (bien directamente, bien a través de la autoridad central). Esta obligación existirá cuando el interés superior del niño lo exija, lo que confiere un cierto margen de apreciación al juez que adopta la medida.

Adicionalmente el TJUE ha establecido que las medidas provisionales adoptadas conforme a reglas de Derecho autónomo no pueden ser objeto de reconocimiento y ejecución conforme a las reglas del RBII *bis* (aunque no se excluye que puedan serlo conforme a la normativa nacional)<sup>68</sup>. Y también, en una lectura muy limitadora del art. 20 RBII *bis*, el TJUE ha indicado que la referencia del artículo a «las personas» incluye no solo al menor sino también a sus progenitores, lo que implicaría que para poder adoptar una medida provisional deberían estar todos presentes<sup>69</sup>. Esta exigencia, que ha sido muy criticada<sup>70</sup>, se corrige en la propuesta al exigir el art. 12 que la medida se adopte en relación con «el niño» presente en el territorio de la autoridad del Estado miembro.

Más allá de los efectos de la jurisprudencia del TJUE, el art. 12 incorpora una regla de competencia judicial internacional provisional al establecer que las autoridades «tendrán competencia para adoptar medidas...», lo que explica el nuevo art. 48, que permite reconocer y ejecutar en otro Estado miembro las medidas cautelares adoptadas en virtud del art. 12, salvo que se hubieran dictado *inaudita parte debitoris*<sup>71</sup>, y con independencia de si la medida adoptada fue comunicada al juez del fondo del asunto<sup>72</sup>. La introducción de un foro de tutela cautelar alinea la propuesta con las reglas del CH1996, y sin duda redundante en una mejor protección del menor puesto que facilita la adopción de medidas cuando el tribunal del fondo no las haya dictado (y esto puede ser particularmente útil en supuestos de sustracción).

<sup>66</sup> Asunto C-403/09 PPU, ECLI: EU:C:2009:810, párr. 42.

<sup>67</sup> Asunto C-523/07, cit., *supra* nota 52, párrs. 54-56.

<sup>68</sup> Asunto C-256/09, ECLI:EU:C:2010, párrs. 64-76.

<sup>69</sup> Asunto C-403/09 PPU, cit., *supra* nota 66, párrs. 50-52.

<sup>70</sup> En particular en casos de sustracción de menores, puesto que salvo que el progenitor *left behind* compareciera en ese procedimiento cautelar, no se podría otorgar la medida, KRUGER, TH. y SAMYN, L., *op. cit.*, nota 3, p. 149.

<sup>71</sup> Esta salvaguardia se alinea con las reglas existentes en el marco de Bruselas I. Del cdo. 40 puede colegirse que el reconocimiento de una medida provisional dictada *inaudita parte* quedará sujeto a las normas de Derecho autónomo de los Estados miembros, en línea con la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Purrucker I*, tal y como se aclara en el cdo. 33 del Reglamento Bruselas I *bis* en el ámbito civil.

<sup>72</sup> Conforme al cdo. 17, el incumplimiento de la obligación de comunicar la adopción de la medida no supone un motivo para negar el reconocimiento a dicha medida cautelar.

### 3.3. Relaciones con otros actos

La propuesta de Reglamento incorpora un nuevo capítulo VIII donde se regulan las relaciones del Reglamento con otros actos. Los arts. 72 a 77 recogen parte de las disposiciones ya existentes a estos efectos en el RBII *bis*, en lo relativo a los tratados con la Santa Sede (art. 77 RBII *bis*), a los convenios entre Estados miembros (art. 59 RBII *bis*) y los convenios multilaterales (art. 60 RBII *bis*), si bien en este caso se elimina la referencia al Convenio de La Haya de 1980 del listado de textos sobre los que el Reglamento «primará» para introducir un nuevo art. 74 en el que se aclara que entre los Estados miembros será de aplicación el Convenio «de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del presente Reglamento».

De igual modo, el nuevo art. 75 (que retoma parte del presente art. 61) establece las relaciones entre el Reglamento y el Convenio de La Haya de 1996, aclarando la prioridad de las reglas de este último en los supuestos de sumisión, transferencia de competencia y litispendencia. Así, cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro (y por tanto, se cumple la condición de la aplicación del Reglamento) será posible que, de conformidad con las reglas del CH1996, las partes se sometan a los tribunales de un Estado contratante del Convenio (art. 10 CH1996), o que el tribunal de un Estado miembro (de la residencia habitual del menor) pueda transferir su competencia a un tribunal de un Estado contratante del convenio (conforme al art. 9 CH1996) o inhibirse a favor del tribunal de un Estado contratante del convenio (art. 13 CH1996). Esta revisión servirá para resolver las dudas que hasta la fecha podían plantearse y que la actual formulación del RBII *bis* conduce a resolver a favor de la aplicación del Reglamento frente al Convenio, lo que había generado peticiones de reforma en el sentido ahora recogido en la propuesta de refundición<sup>73</sup>.

## 4. CONCLUSIÓN

Una vez estudiada la propuesta procede valorar su alcance. En este sentido podemos retomar los objetivos que esta se propone y contrastar si se logran o no. Así, la introducción explica que «el objetivo de la refundición es seguir desarrollando el espacio europeo de justicia y derechos fundamentales basado en la confianza mutua, suprimiendo los obstáculos que subsisten a la libre circulación de las resoluciones, en consonancia con el principio de reconocimiento mutuo, así como proteger mejor el interés superior del niño mediante la simplificación de los procedimientos y la mejora de su eficacia»<sup>74</sup>. Así pues, desde el inicio es manifiesta la concurrencia de dos principios subyacentes en las modificaciones de las reformas propuestas. Cabe preguntarse, pues, si y en qué medida se alcanzan.

<sup>73</sup> Así, KRUGER, TH. y SAMYN, L., *op. cit.*, nota 3, pp. 152 y 154.

<sup>74</sup> Propuesta, p. 2.

Son numerosas las ocasiones en que la propuesta alude al interés superior del menor. En algunas este interés tiene una clara vertiente procesal, así cuando se retoma la idea del RBII *bis* de que las reglas de competencia judicial internacional reflejan el interés superior del menor (cdo. 14), o cuando se establecen medidas para facilitar la cooperación entre autoridades (*v. gr.* cdos. 17, 18 y 46). En otras, tiene un contenido más sustantivo, como cuando se identifica la audiencia del menor (art. 20) o la posibilidad de expresar su opinión (por ejemplo, oponiéndose a la ejecución, art. 40) como un derecho que debe garantizarse en su interés. Es posible también encontrar referencias al interés superior del menor como criterio de interpretación (cdo. 13). Es decir, podría afirmarse que la propuesta de refundición del RBII *bis* adopta las pautas que establece el art. 3 de la CDN, en línea con lo estipulado en el citado cdo. 13. Lamentablemente otros aspectos que inciden en su protección y que están directamente vinculados con el ejercicio de derechos fundamentales (*v. gr.* en materia de acogimiento transfronterizo) no han recibido suficiente atención.

Por otra parte, es evidente que en ocasiones las reformas introducidas persiguen objetivos más relacionados con la integración europea (así cuando las reglas permiten alinear el texto con otros reglamentos europeos) y el reforzamiento del principio de confianza mutua aunque «vistan» como protección del interés del menor: esto es evidente en toda la regulación del procedimiento de retorno de menores tras una sustracción (arts. 25-26), en la eliminación del *exequatur* (arts. 30 ss.) o en la armonización de determinadas reglas (*v. gr.* arts. 32, 36, 38). Estas medidas reflejan en buena medida que la citada confianza mutua aún está lejos de alcanzarse y genera tensiones que incluso en este momento no pueden superarse sin una intervención del legislador europeo que, en cierta medida, refuerza soluciones mecánicas que no siempre pueden responder a la realidad.

De este modo, aunque abandonando todo esfuerzo simplificador, la propuesta de refundición del RBII *bis* consigue un objetivo realista y positivo: ofrecer soluciones para aquellos fallos identificados del sistema. Pero estas soluciones reflejan en ocasiones que aún estamos lejos de alcanzar el objetivo de la confianza mutua, y ello supone que la función integradora del Derecho internacional privado europeo se manifieste en muchas de las reglas de la propuesta con más fuerza que la consecución de los objetivos privatistas de la norma, *i. e.* la protección de los menores.

## RESUMEN

### LA REFUNDICIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS II *BIS*: DE NUEVO SOBRE LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

Cumplidos diez años desde la entrada en vigor del Reglamento (CE) 2201/2003, y con numerosos pronunciamientos del TJUE en estos años que han ido perfilando sus disposiciones, ha llegado el momento de revisar este Reglamento en profundidad. La Comisión ha presentado en 2016 una versión refundida del texto en la que se identifican seis problemas

fundamentales que considera preciso abordar: la sustracción internacional de menores, la eliminación del *exequatur*, la ejecución de las decisiones extranjeras, la cooperación de autoridades, el acogimiento transfronterizo y la intervención del menor. Como indica la propuesta, la finalidad de esta revisión en última instancia sería la de proteger el interés superior del menor. Ahora bien, muchas de las nuevas disposiciones introducen medidas que conllevan una armonización de las normas procesales de los Estados miembros, produciendo una integración más intensa que sin duda permite potenciar el principio del reconocimiento y la confianza mutuos. Este trabajo analiza las novedades introducidas (en los seis puntos previstos y en otros muchos elementos del Reglamento) y la tensión entre la protección del interés superior del menor y el refuerzo del reconocimiento mutuo en el espacio judicial civil europeo.

**Palabras clave:** Reglamento Bruselas II *bis*, refundición, interés superior del menor, reconocimiento y confianza mutuos.

### ABSTRACT

#### REGULATION BRUSSELS II *BIS* RECAST: REFLECTIONS ON THE ROLE OF EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Ten years after the Regulation (EC) 2201/2003 entered into force, and bearing in mind the jurisprudence of the European Court of Justice on the Regulation, the Commission believes that the time is ripe for a Regulation recast. Thus, in 2016 the Commission has presented its proposal. The text identifies six basic problems that are deemed to be in need of a thorough revision: international child abduction, the disposal of *exequatur*, the enforcement of foreign decisions, cooperation between authorities, cross-border placement of children and the hearing of the child. As the proposal highlights, the recast would aim at better protecting the best interest of the child. However, many of the new rules included entail direct harmonisation of procedural rules of Member States, which will result in a deeper integration that will foster the principles of mutual recognition and mutual trust among Member States. This article deals with the novelties of the Brussels II recast (both as to the six items previously identified as well as other new elements of the Regulation) and tackles the tension between the protection of the best interest of the child and the reinforcement of the principle of mutual recognition in the European area of civil justice.

**Keywords:** Brussels IIa Regulation, recast, best interest of the child, mutual recognition and trust.



## EL CONCEPTO Y EFECTOS DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INTERESES GENERALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL \*

Ángel J. RODRIGO  
Marta ABEGÓN

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA NOCIÓN DE TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INTERESES GENERALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.—3. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INTERESES GENERALES.—3.1. El objeto y fin: la protección de intereses generales de la comunidad internacional.—3.2. La estructura integral de algunas de sus obligaciones.—3.3. La vocación de universalidad.—3.3.1. La flexibilización en la participación y la apertura de los tratados.—3.3.2. La contribución a la creación de normas jurídicas de alcance universal.—3.3.3. La ampliación subjetiva y territorial de sus efectos.—4. LOS EFECTOS DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INTERESES GENERALES EN LA EVOLUCIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS TRATADOS.—4.1. La democratización en el proceso de elaboración y adopción de los tratados.—4.2. La erosión del papel del consentimiento.—4.3. La capacidad de adaptación al cambio a través de la creación de regímenes internacionales generales.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

La comunidad internacional ha evolucionado desde sus orígenes y se ha convertido en una comunidad social, política y jurídica a la vez. Estamos ante una comunidad que es *internacional* porque no solo está integrada por Estados, sino también por otros miembros que mantienen entre sí un mayor grado de sociabilidad en las relaciones internacionales en la medida en que han surgido intereses y valores generales compartidos y en la que se ha forjado un sentimiento de pertenencia a la misma. Además, es una comunidad *política* porque sus miembros pueden participar, con diferente grado de auto-

---

\* Queremos agradecer sinceramente las observaciones y sugerencias formuladas a una versión previa de este trabajo por los dos revisores anónimos que han intervenido en el proceso de aceptación del mismo en esta Revista. Todas ellas han servido para mejorar el resultado final del mismo. Ángel J. Rodrigo ([angel.rodrigo@upf.edu](mailto:angel.rodrigo@upf.edu)) es Profesor Titular de Derecho internacional público de la Universitat Pompeu Fabra, y Marta Abegón ([marta.abegon@upf.edu](mailto:marta.abegon@upf.edu)) es Profesora visitante doctora de Derecho internacional público de la Universitat Pompeu Fabra.

nomía, en el proceso de identificación, protección y regulación de tales intereses en el espacio público internacional por medio de políticas públicas globales y de normas e instituciones jurídicas internacionales. Dicha comunidad es también una comunidad *jurídica* cada vez más compleja en la que, junto a las tradicionales estructuras bilateral e institucional, existe una creciente estructura comunitaria integrada por normas e instituciones destinadas a la protección y regulación de los intereses y valores generales de la comunidad internacional en su conjunto. La suma de las aportaciones jurídicas que constituyen esta estructura comunitaria ha transformado cualitativamente el Derecho internacional convirtiéndolo en un auténtico Derecho internacional *público*<sup>1</sup>.

En dicha comunidad, junto a los intereses particulares de sus miembros y a los intereses comunes de algunos de ellos, se puede identificar un creciente número de intereses generales cuya gobernanza política y protección jurídica plantea en la actualidad importantes retos<sup>2</sup>. Los intereses generales de la comunidad internacional, el interés público global, son cualitativamente diferentes porque no son el resultado de la agregación de intereses particulares sino que son «una abstracción construida racionalmente» en el espacio público internacional. A su vez, algunos de estos intereses están protegidos y regulados por normas jurídicas internacionales, a las que se puede denominar *normas de interés público internacional*. Este tipo de normas se caracterizan, principalmente, por su objeto y fin, la protección de alguno de los intereses generales que la comunidad internacional haya reconocido como tales y considerado necesario otorgarles regulación jurídica; y porque de ellas se derivan obligaciones de estructura integral. Tales normas pueden ser creadas por medio de cualquiera de los procedimientos que existen en el ordenamiento jurídico internacional. No obstante, dadas las características específicas que tienen cada uno de dichos procedimientos, algunos de ellos parecen más adecuados para la protección del interés público global.

Los tratados de protección de intereses generales de la comunidad internacional<sup>3</sup>, por sus particulares rasgos, se revelan como unos de los instru-

<sup>1</sup> RODRIGO, A. J., «Entre *Westfalia* y *Worldfalia*: La comunidad internacional como comunidad social, política y jurídica», en GARCÍA, C. (dir.), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 23-63; CASANOVAS, O., «La dimensión pública del Derecho internacional actual», en BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRIGO, Á. J. (dirs.) y PAREJA, P. (coord.), *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Barcelona, Tecnos, 2015, pp. 57-75.

<sup>2</sup> GAJA, G., «The Protection of General Interests in the International Community», *R. des C.*, vol. 364, 2013, pp. 1-185; también BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRIGO, Á. J. (dirs.) y PAREJA, P. (coord.), *op. cit.*, nota 2.

<sup>3</sup> La doctrina ha utilizado denominaciones diversas («tratados colectivos», «tratados multilaterales generales...») para dar cuenta de aquellos tratados con vocación universal donde participan un número indeterminado de partes en contraposición con otros tratados multilaterales de naturaleza más restringida. No obstante, para poner de relieve la voluntad de este tipo de tratados de establecer normas jurídicas de alcance general y obligatorias para sus destinatarios, es preferible el término «tratado normativo general» o mejor el de «tratado multilateral normativo». La adición «de protección de intereses generales de la comunidad internacional» pretende destacar la función de las normas que incorpora,



mentos más adecuados para llevar a cabo tal función. Por ello, el presente trabajo tiene por objeto contribuir a perfilar y profundizar en su noción y características. En este sentido, en el primer apartado se examina la noción de tratados de protección de intereses generales de la comunidad internacional (2), a los que se define como tratados multilaterales que tienen por objeto la regulación y protección de intereses generales de la comunidad internacional mediante la creación de algunas normas de interés público de las que se derivan obligaciones de estructura integral que tienen una vocación universal. En el siguiente apartado (3) se identifican y analizan sus características principales: la protección y regulación de intereses generales de la comunidad internacional como su objeto y fin; la estructura integral de algunas de sus obligaciones; y la vocación de universalidad, en especial, de las normas sustantivas de interés público en ellos contenidas. A continuación, se examinan algunas de las consecuencias que los tratados objeto de estudio tienen en la evolución y flexibilización del Derecho de los tratados como son, entre otras, la democratización en el proceso de elaboración y adopción de tratados; la erosión del papel del consentimiento; y su capacidad de adaptación al cambio a través de la creación de regímenes internacionales generales (4). Finalmente, el trabajo concluye con unas consideraciones finales (5).

## 2. LA NOCIÓN DE TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INTERESES GENERALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Los tratados de protección de intereses generales son un tipo de instrumento normativo utilizado por los miembros de la comunidad internacional para la protección y regulación del interés público global. En la doctrina iusinternacionalista se han elaborado diferentes propuestas de definición que han contribuido a refinar progresivamente su noción. Así, en 1962, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) definió los tratados multilaterales generales como aquellos tratados relativos «a normas generales de Derecho internacional o referentes a asuntos de interés general de todos los Estados»<sup>4</sup>.

Por su parte, Alejandro J. Rodríguez Carrión afirmó que dichos tratados:

«Serían uno de los medios más corrientemente utilizados para establecer reglas de conducta para el conjunto de Estados, no solamente en sus relaciones recíprocas, sino también no recíprocas respecto de los individuos, de los espacios comunes o de la humanidad en su conjunto. Mediante ellos, los Estados contribuyen al desarrollo del Derecho internacional, haciéndose intérpretes de las exigencias generales de la comunidad internacional»<sup>5</sup>.

---

así como su objeto de protección. Por razones de fluidez, en este estudio se utilizará indistintamente el término completo, el de «tratados multilaterales normativos de protección de intereses generales» o, preferentemente, el más sintético de «tratados de protección de intereses generales».

<sup>4</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1962 (A/CN.4/SER.A/1962/Add. 1), p. 186.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., «Un supuesto de superación del contractualismo en Derecho internacional: los tratados colectivos», en *VVAA, Política y Sociedad. Estudios en Homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, Madrid, CIS/CEC, 1987, pp. 325-345, p. 330.

De un modo similar, Lea Brilmayer utiliza el término «promesas» (*pledges*) para hacer referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos y sobre protección del medio ambiente en los que no hay un intercambio recíproco de contraprestaciones sino «promesas independientes y paralelas para respetar normas morales preexistentes»<sup>6</sup>.

Una propuesta más reciente, de carácter descriptivo, los considera como:

«Tratados multilaterales que tienen una vocación universal, resultado de su adopción en el marco de foros más o menos institucionalizados abiertos a la participación de todos los Estados mediante un método colectivo de negociación, en los que la condición de parte está abierta a todos, o a prácticamente todos los Estados, y cuyo objetivo es regular y proteger los intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto mediante la creación de obligaciones de naturaleza integral»<sup>7</sup>.

A partir de este primer ensayo, se propone una definición más sintética de los *tratados de protección de intereses generales* como:

«Los tratados multilaterales que tienen por objeto la regulación y protección de intereses generales de la comunidad internacional mediante la creación de algunas normas de interés público de las que se derivan obligaciones de estructura integral que tienen una vocación universal».

Esta concepción pone de manifiesto que estos tratados son una de las fuentes de creación de normas de interés público internacional y que se caracterizan, desde el punto de vista sustantivo, porque su objeto y fin primordial es la regulación de intereses generales de la comunidad internacional; desde el punto de vista de las obligaciones incluidas, porque algunas de ellas tienen una estructura integral; y, por sus características formales, porque tienen una vocación de universalidad, en especial, las normas de interés público en ellas contenidas. Este tipo de tratados, como se verá más adelante, suponen un reto para las reglas tradicionales del Derecho de los tratados porque deben dar respuesta a nuevas necesidades y, a la vez, contribuyen a su evolución. Además, las exigencias sustantivas y funcionales inherentes a la protección de los intereses generales demandan la incorporación de mecanismos para la adaptación al cambio y para su gestión activa que suelen dar origen a regímenes internacionales generales, que son auténticos laboratorios jurídicos en los que se ensayan nuevas respuestas sustantivas, institucionales y procedimentales.

---

<sup>6</sup> BRILMAYER, L., «From “Contract” to “Pledge”: The Structure of International Human Rights Agreements», *British Yearbook of International Law*, vol. 77, 2006, pp. 163-202, en particular, pp. 168-172. No obstante, tanto el término *pledges* como su definición suscitan, en nuestra opinión, dificultades. El término «promesas» (*pledges*) puede interpretarse como que no se trata de obligaciones jurídicas sino de compromisos políticos. Y la definición como instrumentos para positivizar «normas morales preexistentes» presupone que todos los intereses generales de la comunidad internacional son de carácter moral y objetivo derivados de una filosofía de valores que generan obligaciones por sí mismos. Como se verá, los intereses generales son «construcciones sociales racionales» que pueden ser objeto de decisiones normativas por parte de los miembros de la comunidad internacional.

<sup>7</sup> ABEGÓN, M., *Los efectos de los conflictos armados en los tratados multilaterales normativos de protección del medio ambiente*, tesis doctoral inédita, leída el 12 de diciembre de 2012 en la Universitat Pompeu Fabra, p. 252.

### 3. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INTERESES GENERALES

Los principales rasgos que caracterizan los tratados de protección de intereses generales son tres: su objeto y fin, la regulación y protección de los intereses generales de la comunidad internacional; la estructura integral de las obligaciones derivadas de las normas de interés público en ellos contenidas, vinculada a su consideración de tratados *normativos*; y su vocación de universalidad, derivada de su condición de tratados *multilaterales* y, en especial, de las normas de interés público. A continuación se examinan en detalle dichas características.

#### 3.1. El objeto y fin: la protección de intereses generales de la comunidad internacional

La conclusión de tratados multilaterales normativos se explica por su especial función en el marco de la estructura comunitaria del Derecho internacional a cuya construcción y conformación contribuyen de forma decisiva. Por ello, el primer rasgo definitorio de los mismos, y el que los caracteriza desde un punto de vista sustantivo, es su objeto y fin: la protección y regulación de intereses generales de la comunidad internacional.

En la comunidad internacional actual se encuentran presentes diferentes tipos de intereses: los intereses particulares de sus miembros en alcanzar sus objetivos; los intereses comunes de algunos de ellos, muy especialmente de los Estados; y los intereses colectivos, de un grupo de Estados o bien generales de la comunidad internacional. Estos últimos no tienen un carácter objetivo, no están predeterminados ni poseen un contenido fijo e inamovible, sino que son una construcción social que es el resultado de la interacción entre todos los miembros de la comunidad internacional (y no solo los Estados), entre normas jurídicas e instituciones ya existentes, entre ideas socialmente compartidas y entre las identidades de dichos miembros.

Los intereses generales de la comunidad internacional se caracterizan por varios rasgos: porque tienen una dimensión comunitaria ya que son cualitativamente diferentes a la mera agregación de intereses individuales; porque se trata de «construcciones sociales racionales» fruto de la deliberación racional en el espacio público internacional para dar respuesta a problemas y necesidades concretas; porque tienen una dimensión intergeneracional; porque no son una fuente autónoma de obligaciones internacionales sino que, por el contrario, están sujetos a decisiones normativas de la comunidad internacional; porque su protección afecta a todos y no se encuentra subordinada a la satisfacción de los intereses estatales individuales ni a la reciprocidad mutua entre los Estados; y porque se encuentran regulados a través de una gran diversidad de técnicas jurídicas que han dado origen, a su vez, a distintos estatutos de protección (Patrimonio común de la humanidad, preocupación común de la humanidad, etc.).

Dado que el interés público global es una construcción social, es muy importante prestar atención a la identificación y determinación de dichos intereses generales. La identificación no está atribuida a ningún Estado ni grupo en particular, sino que se trata de una tarea en la que pueden participar diferentes tipos de miembros de la comunidad internacional como los Estados y las organizaciones internacionales o los integrantes de la sociedad civil global<sup>8</sup>. Efectivamente, al tratarse de la identificación de intereses, problemas o valores compartidos, desempeñan un papel esencial en este proceso las organizaciones internacionales y, en especial, Naciones Unidas y sus organismos especializados. Estas, tradicionalmente, han llevado a cabo una labor de denuncia, debate, determinación e investigación de problemas y retos a los que la comunidad internacional debe hacer frente. La complejidad y heterogeneidad de dicha tarea ha requerido, asimismo, prestar atención a problemas y necesidades de origen no estrictamente estatal y en ello han tenido también un rol destacado algunos actores de la sociedad civil global, como son las organizaciones no gubernamentales. En este sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja en el campo de los Derechos Humanos, o «Greenpeace» en materia medioambiental, entre otras, han contribuido indudablemente a centrar la atención pública en determinados ámbitos de interés común.

El proceso de identificación de estos intereses generales debe tener lugar por medio de un diálogo inclusivo orientado a alcanzar un consenso intercultural e intersocial en torno a cuáles son los problemas y necesidades colectivos. Con el fin de incrementar la legitimidad de dicho proceso y eludir el riesgo de instrumentalización<sup>9</sup>, dicho diálogo se produce en el espacio público internacional en diferentes planos (social, político, mediático, etc.) y ámbitos (público, privado), lo que permite a alcanzar con frecuencia acuerdos cada vez más amplios acerca de la urgencia de proteger determinados bienes, espacios, recursos, necesidades, problemas o valores que pueden, o no, estar sometidos a la jurisdicción estatal. Como resultado de dicho diálogo, y aunque no exista una lista fija e inmutable en tanto que el interés general varía y evoluciona a lo largo del tiempo de acuerdo con la propia agenda internacional y los factores políticos, económicos o sociales que influyen en ella, en la actualidad se pueden considerar intereses generales la protección de la dignidad humana y de los derechos humanos, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la garantía del progreso y el desarrollo social y humano, la protección del medio ambiente o la salvaguarda de determinados espacios (la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos, la Antártida, la Luna y otros cuerpos celestes) y recursos necesarios para la humanidad.

---

<sup>8</sup> PARDO, A. y CHRISTOL, C. O., «The Common Interest: Tension Between the Whole and the Parts», en MACDONALD, R. S. J. y JOHNSTON, D. M. (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, La Haya, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 643-660, p. 644.

<sup>9</sup> KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 98-166; y también en «International Law in Europe: Between Tradition and Renewal», *EJIL*, vol. 16, 2005, núm. 1, pp. 113-124; RODRIGO, Á. J., «El Derecho internacional hegemónico y sus límites», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, pp. 147-207.

### 3.2. La estructura integral de algunas de sus obligaciones

Un segundo rasgo definitorio de los tratados objeto de estudio, derivado de su condición de tratados *normativos*, es que contienen algunas obligaciones de estructura integral<sup>10</sup>. La noción de obligación integral debe su origen al Relator especial de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), Gerald Fitzmaurice, quien, durante los trabajos de elaboración de esta, distinguió entre diferentes tipos de tratados en función de la naturaleza o estructura de sus obligaciones. Así, por una parte señalaría la existencia de *tratados ordinarios* (bilaterales o multilaterales), es decir, tratados de naturaleza bilateral que prevén un intercambio de prestaciones mutuas o de actos bajo una base de reciprocidad, y cuyo incumplimiento por una de las partes facultaría a la parte afectada a incumplir en la misma medida; y, por otra, otro tipo de tratados multilaterales cuyo funcionamiento diferiría radicalmente del anterior al no estar fundamentado en ninguna base de reciprocidad sino en obligaciones de una clase «más absoluta»<sup>11</sup>. Dentro de esta segunda categoría, cabría distinguir, en primer lugar, los *tratados multilaterales de naturaleza interdependiente*, cuyas obligaciones «o se cumplen íntegramente o no se cumplen en absoluto»<sup>12</sup>, en los cuales el cumplimiento de las obligaciones por una de las partes depende del correspondiente cumplimiento por el resto de partes, de forma que el incumplimiento de una parte puede dar lugar al incumplimiento por parte del resto; y los *tratados de naturaleza integral*, en los cuales sus obligaciones son autónomas e independientes para cada una de las partes y no se encuentran subordinadas en ninguna medida a su cumplimiento por parte del resto<sup>13</sup>. Como señaló el propio Relator especial:

«Debido a la naturaleza misma del tratado, ni jurídicamente ni desde el punto de vista práctico la obligación de una de las partes depende del cumplimiento correspondiente por las otras. La obligación tiene carácter absoluto más bien que recíproco; se trata, por decirlo así, de una obligación para con todos más que para con algunas partes determinadas»<sup>14</sup>.

Así, utilizando la clasificación de las obligaciones internacionales en función de su estructura, las obligaciones derivadas de las normas de interés público que puedan existir en los tratados de protección de intereses generales tienen una estructura integral. En concreto, serían obligaciones *erga omnes partes* un tipo de tales obligaciones «que derivan de un tratado multilateral a

<sup>10</sup> Véase el *Segundo informe sobre las reservas a los tratados*, preparado por el Sr. Alain Pellet, Relator especial, de 13 de junio de 1996 (A/CN.4/477/Add. 1), pp. 13-15, párrs. 83-88. Aunque no todas las disposiciones de un tratado normativo contienen obligaciones integrales (estos pueden contener disposiciones de naturaleza contractual y de hecho es muy frecuente que las contengan), es la incorporación de algunas normas de interés público de las que se derivan obligaciones integrales entre sus disposiciones lo que constituye una característica definitoria de este tipo de tratados.

<sup>11</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1958 (A/CN.4/SER.A/1958/Add.1), p. 48, párr. 91.

<sup>12</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1957 (A/CN.4/SER.A/1957/Add.1), p. 58, párr. 120.

<sup>13</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1958, *op. cit.*, nota 12, p. 48, párr. 91.

<sup>14</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1957, *op. cit.*, nota 13, p. 58, párr. 126.

las que un Estado está sometido en todas las circunstancias hacia los demás Estados parte del tratado, en razón de valores que les son comunes y de su interés en que estas obligaciones sean respetadas, de tal manera que su violación autoriza a los demás Estados a reaccionar»<sup>15</sup>.

Las obligaciones *erga omnes partes* derivadas de las normas de interés público que contienen este tipo de tratados obligan a todos los Estados parte del tratado, operan de manera integral y no se pueden descomponer en haces de relaciones bilaterales entre los diferentes Estados parte. Se trata de obligaciones «absolutas» debido a su falta de reciprocidad. En particular, ello se traduce en que su cumplimiento es autónomo y no depende del correspondiente cumplimiento por el resto de partes en el tratado. La naturaleza de los intereses protegidos por este tipo de obligaciones promueve un mismo interés de todos los Estados en que estas sean respetadas y cumplidas y, en consecuencia, su incumplimiento «afecta a todos los destinatarios, sean un grupo de Estados o la comunidad internacional en su conjunto»<sup>16</sup>.

Dichas obligaciones tienen también un carácter solidario en tanto que su incumplimiento afecta a todos los Estados destinatarios, teniendo todos ellos un mismo interés legal en su protección<sup>17</sup>. Cuando una obligación de este tipo es incumplida, se genera una respuesta tanto en el marco del propio tratado como, en general, en el ámbito de la exigencia de responsabilidad internacional. En este sentido, el Proyecto de artículos *sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* prevé que, ante un incumplimiento por una parte de una obligación integral, todo Estado que no sea el Estado lesionado podrá invocar la responsabilidad de otro Estado si: «La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo» (obligaciones *erga omnes partes*); o si «la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto» (obligación *erga omnes*) (art. 48)<sup>18</sup>. La invocación de responsabilidad comportará la posibili-

<sup>15</sup> Résolution «Les obligations et les droits *erga omnes* en Droit International», *Institut de Droit International*, Cracovia, 27 de agosto de 2005, art. 1.b). La traducción es nuestra.

<sup>16</sup> CASANOVAS, O. y RODRIGO, Á. J., *Compendio de Derecho internacional público*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 48.

<sup>17</sup> RODRIGO, Á. J., «Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados internacionales del medio ambiente», *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 157-243, p. 184.

<sup>18</sup> *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53 periodo de sesiones, de 23 de abril a 1 de junio y de 2 de julio a 10 de agosto de 2001*, Asamblea General. Documentos oficiales. 56 periodo de sesiones, Suplemento N. 10 (A/56/10), pp. 20-153, en pp. 134 y 147, respectivamente. Sobre la posibilidad de adoptar medidas lícitas y sobre el «incierto» estado actual del Derecho internacional acerca de las contramedidas adoptadas en interés general o colectivo, véanse los comentarios al proyecto de artículos, así como, por ejemplo: ALLAND, D., «Counter measures of General Interest», *EJIL*, vol. 13, 2002, núm. 5, pp. 1221-1239; y GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Las contramedidas de Estados "terceros" por violación de ciertas obligaciones internacionales», *AADI*, vol. XI, 2001-2002, pp. 15-49. Es preciso apuntar que se prevén disposiciones equivalentes para las Organizaciones internacionales en los arts. 43 y 57 del Proyecto de artículos de la CDI *sobre responsabilidad internacional de las Organizaciones internacionales*, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63 periodo de sesiones, de 26 de abril a 3 de junio y de 4 de julio a 12 de agosto de 2011*,

dad de exigir al Estado que ha violado la obligación el cese de tal violación y la reparación de los daños derivados del ilícito, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. Asimismo, Estados distintos del lesionado podrán adoptar *medidas lícitas* contra el Estado responsable para asegurar la cesación de la violación y su reparación (art. 54).

### 3.3. La vocación de universalidad

La tercera característica de los tratados de protección de intereses generales y, en especial, de las normas de interés público en ellos contenidas es su vocación de universalidad. Este rasgo denota, por un lado, la aspiración a la participación universal en los primeros y, por otro lado, la pretensión de las normas de interés público contenidas en tales tratados de tener alcance universal y ser aplicables a todos los Estados. La vocación de universalidad no significa necesariamente que tales tratados y normas sean ya obligatorios y aplicables para todos, ya que, como es bien sabido, los tratados obligan a las partes (art. 26 CVDT) y no pueden crear derechos y obligaciones para un tercer Estado sin su consentimiento (art. 34 CVDT). Es una aspiración que está justificada por su objeto y fin, la protección y regulación jurídica de tales intereses generales de la comunidad internacional. Dado que, en general, las diferentes manifestaciones del interés público global tienen un alcance universal, parece razonable y aun deseable que su regulación jurídica fuera llevada a cabo por normas que también fueran universales. En otras palabras, en la comunidad internacional existe una demanda creciente de normas universales para la protección del interés público global.

La vocación de universalidad de estos tratados y normas es una tendencia que está estimulada por medio de diferentes estrategias: facilitando la participación y su apertura; por medio de las interacciones con las normas consuetudinarias; e incentivando la ampliación subjetiva y territorial de sus efectos.

#### 3.3.1. *La flexibilización en la participación y la apertura de los tratados*

La vocación de universalidad de este tipo de tratados es una consecuencia de la posibilidad de que participen en su elaboración el mayor número posible de Estados en cuanto partes originarias y de su grado de apertura a la participación de nuevas partes durante la vigencia del mismo. Los tratados objeto de estudio son, por una parte, *multilaterales*; y, por otra, son *abiertos* en la medida en que permiten la participación de nuevos Estados distintos a los originarios.

---

Asamblea General. Documentos oficiales. 66 periodo de sesiones, Suplemento N. 10 (A/66/10), pp. 53-184, en pp. 145 y 167, respectivamente.

En relación al grado de apertura, durante el proceso de adopción de las Convenciones sobre relaciones diplomáticas de 1961 y sobre relaciones consulares de 1963 se planteó la cuestión de si los tratados multilaterales de carácter general que contenían normas de interés para la comunidad internacional debían ser *tratados abiertos* (tesis defendida por los Estados socialistas) o, como los ha denominado Cesáreo Gutiérrez Espada, *tratados semi-cerrados* (tesis defendida por los Estados occidentales), «cuya adhesión se subordina al cumplimiento por el candidato de determinados requisitos»<sup>19</sup>. El acuerdo entre ambas tesis consistió en la llamada *fórmula de Viena*, que abre el tratado a la firma o a la adhesión de los miembros de las Naciones Unidas o de otros Estados que se enuncian en los artículos correspondientes de tales convenciones y a cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General<sup>20</sup>.

La misma cuestión se planteó durante el proceso de codificación del derecho de los tratados en la CDI. En ella, si bien existía unanimidad acerca del «especial carácter» de los tratados multilaterales generales y lo deseable de que estos «fueran, en principio, abiertos a una participación lo más extensa posible por parte de los Estados»<sup>21</sup>, la concreción de dicha idea dividió a sus miembros: para algunos de ellos, en la medida en que dichos tratados tienen como objeto alcanzar un bien común para toda la comunidad internacional, en ningún caso un Estado podría ser excluido<sup>22</sup>; para otros, debía prevalecer el principio general de la autonomía de la voluntad estatal. La CVDT de 1969 recoge prácticamente la *fórmula de Viena* (arts. 81 y 83) y en la Conferencia se adoptó la «Declaración relativa a la participación universal en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados», en la que se pueden resaltar dos elementos que pueden explicar el sentido de la evolución posterior de la práctica convencional en esta materia: por un lado, se reconoce explícitamente que «los tratados multilaterales [...] cuyo objeto y fin son de interés para la comunidad internacional en su conjunto deberían estar abiertos a la participación universal»; y, por otro lado, se invita a la Asamblea General a que «considere la cuestión del envío de invitaciones a fin de asegurar la máxima participación posible»<sup>23</sup>. Parece, por tanto, que las reticencias apuntadas a la apertura de los tratados de protección de intereses generales respondían más a una situación política coyuntural (la guerra fría) que a razones de fondo. Por ello, cabe concluir que existe una opinión generalizada acerca de que los tratados de protección de intereses generales deberían estar abiertos a la par-

<sup>19</sup> Véase la polémica sobre este tema en GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho internacional público*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 313-315.

<sup>20</sup> Sobre la *fórmula de Viena* puede verse *ibid.*, nota 20, pp. 314-315. La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1968, incorpora dicha fórmula en sus arts. 48 y 51. Y la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, *BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970, incluye la *fórmula de Viena* en sus arts. 74 y 76.

<sup>21</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1962, *op. cit.*, nota 5, p. 194, párr. 2.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>23</sup> Véase el texto de la CVDT de 1969 y la Declaración citada en *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980.



ticipación más amplia posible por parte de los Estados<sup>24</sup>. Además, la práctica convencional posterior confirma tanto la apertura de los tratados de codificación<sup>25</sup> como de los tratados de protección de intereses generales.

### 3.3.2. *La contribución a la creación de normas jurídicas de alcance universal*

La vocación de universalidad de estos tratados y de las normas de interés público en ellos contenidas se manifiesta también en sus relaciones con otras normas universales de Derecho internacional general y, en particular, con las normas consuetudinarias. La aspiración de universalidad de estos tratados y normas favorecen la creación de nuevas normas consuetudinarias de alcance general ya sea porque produzcan un *efecto cristalizador* sobre el proceso consuetudinario que ya estuviera en marcha, o bien porque promueva un *efecto generador* de nuevas normas consuetudinarias como consecuencia de su incorporación en el tratado<sup>26</sup>. La contribución de los tratados multilaterales normativos a la cristalización de normas consuetudinarias supone que, ante una práctica ya existente, estos pueden servir como prueba de la *opinio iuris* necesaria para que dicha práctica pueda ser considerada una costumbre internacional. La adopción de un tratado multilateral recogiendo el mismo contenido de la conducta objeto de la práctica previa constituiría un «acto suficientemente relevante»<sup>27</sup> para lograr la cristalización de dicha práctica como costumbre<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Alejandro J. Rodríguez Carrión señala que «por definición, un tratado colectivo tiene que mostrar una absoluta generosidad en cuanto a la posibilidad de adhesiones de nuevos Estados [...] la naturaleza legislativa de un tratado colectivo impone la posibilidad de su apertura a todos los Estados, de su vocación universal», RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., *op. cit.*, nota 6, pp. 336-337.

<sup>25</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C., *op. cit.*, nota 20, p. 315.

<sup>26</sup> La interacción entre costumbre y tratado, plasmada en un efecto *declarativo, cristalizador y constitutivo o generador* de la primera a través del segundo, fue desarrollada por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, A., en «International Law in the Past Third of a Century», *R. des C.*, vol. 159, 1978, pp. 1-343, en pp. 14-22. Sobre dicha interacción, véase, por ejemplo: BADIA MARTÍ, A. (dir.), «La aportación de las Naciones Unidas a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional», *Colección Escuela Diplomática*, núm. 2, *Jornadas sobre el 50 Aniversario de las Naciones Unidas*, Madrid, 1995, pp. 121-174; BLANC ALTEMIR, A., «Consideraciones en torno al proceso de formación de las normas jurídicas internacionales», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1650, de 15 de octubre de 1992, pp. 74-106; PASTOR RIDRUEJO, J. A., «Las Naciones Unidas y la codificación del Derecho Internacional: aspectos jurídicos y políticos», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. y QUEL, F. J. (coords.), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 173-187; PONS RÀFOLS, X., «España y la Comisión de Derecho Internacional: balance a los 50 años de su creación», *Agenda ONU*, 1998, núm. 1, pp. 149-164; LÓPEZ MARTÍN, A. G., «La codificación del Derecho internacional en el umbral del siglo XXI: luces y sombras en la labor de la CDI», *Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional*, vol. X, 2001, pp. 367-390; y QUEL LÓPEZ, F. J. y ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *La codificación del Derecho Internacional*, Bilbao, 2004.

<sup>27</sup> DIEZ DE VELASCO, M. y ESCOBAR, C. (coords.), *Instituciones de Derecho internacional público*, 18.ª ed., Madrid, Tecnos, 2013, p. 147.

<sup>28</sup> Conviene precisar que si bien los tratados multilaterales normativos son mucho más susceptibles de servir de prueba de dicha *opinio iuris* que los tratados bilaterales o los tratados multilaterales de naturaleza restrictiva, será necesario en cada caso examinar tanto las disposiciones del texto final resultante de la negociación, esté o no en vigor, como las manifestaciones efectuadas por los Estados

Asimismo, las obligaciones integrales insertas en tratados de protección de intereses generales sirven también para generar nuevas costumbres internacionales. Ello supone que son las disposiciones con carácter fundamentalmente normativo del propio tratado<sup>29</sup> las que dan lugar a práctica constante y uniforme, arropada por la convicción de que esta resulta jurídicamente obligatoria. En este segundo supuesto, lo verdaderamente representativo es la práctica posterior de los Estados no parte en el tratado: el seguimiento generalizado de la conducta prescrita por el tratado por parte de estos supondría una evidencia del surgimiento de una nueva norma consuetudinaria y, en última instancia, tendría como efecto que, salvo un eventual objetor persistente<sup>30</sup>, todos los Estados de la comunidad internacional quedarían vinculados por esta nueva norma consuetudinaria de contenido idéntico al de la correspondiente disposición del tratado originario<sup>31</sup>.

### 3.3.3. *La ampliación subjetiva y territorial de sus efectos*

La universalidad de los tratados de protección de intereses generales puede incrementarse, finalmente, incentivando la ampliación subjetiva y territorial de sus efectos. La *ampliación subjetiva* se manifiesta en relación con los Estados que no son parte y también respecto a los actores no estatales. La

---

durante su negociación, ya que en algunos supuestos puede desprenderse de estas la voluntad de los Estados de que las normas contenidas en el tratado sean obligatorias únicamente en tanto que obligaciones convencionales, MARTÍN LÓPEZ, M. A., *La formación de los Tratados Internacionales. Estudio de su condicionamiento por el consentimiento del Estado y el medio y los intereses colectivos*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2002, p. 151. En este mismo sentido, la admisión de determinadas reservas o la posibilidad de denunciar el tratado pueden ser indicativos de que no existe la convicción de que la conducta reflejada en la norma del tratado sea jurídicamente obligatoria.

<sup>29</sup> Asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos), Sentencia de 20 de febrero de 1969 (ICJ Reports, 1969), pp. 41-42, párr. 72.

<sup>30</sup> Tal y como está siendo contemplado en los trabajos de la CDI sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario: «Cuando un Estado haya objetado a una norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación, esa norma no será oponible a ese Estado siempre que mantenga su objeción». Igualmente, la objeción deberá ser «expresada claramente, ser comunicada a los demás Estados y ser mantenida de manera persistente», *Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.869)*, 15 de julio de 2015, p. 4, art. 15. Dicha posibilidad ha sido también cuestionada por la doctrina. Jonathan I. Charney señala, por ejemplo, que: «*The persistent objector rule, if it really exists, focuses more on the process of law development than on the status of a State under stable international law*», CHARNEY, J. I., «The persistent objector rule and the development of customary international law», *BYIL*, vol. 56, 1985, pp. 1-24, p. 22. En este sentido, el Estado que se hubiera opuesto desde sus inicios a una determinada norma consuetudinaria, no por ello dejaría de estar obligado por la misma; por el contrario, su actitud lo que estaría cuestionando es la misma existencia de la norma, posicionamiento que debería ser tomado en consideración en el momento de determinar si la costumbre internacional ha llegado a cristalizar o no.

<sup>31</sup> Se trata del supuesto regulado en el art. 38 CVDT. La importancia en este ámbito de los tratados objeto de estudio es tal, que la CIJ ha llegado a contemplar la posibilidad de dispensar el requisito de probar una práctica constante y uniforme posterior; a condición de que exista una muy amplia participación en el tratado y esta resulte suficientemente representativa, en la medida que incluya a los Estados especialmente interesados, Asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, *op. cit.*, nota 30, p. 43, párr. 73.

existencia de un tratado de este tipo en un determinado ámbito puede producir efectos *para terceros Estados* en la medida en que el interés protegido, la creación de obligaciones de estructura integral y su vocación de universalidad no puede ser indiferente, ni siquiera neutral, para ningún miembro de la comunidad internacional<sup>32</sup>. Estos efectos, sin llegar en absoluto a suponer la creación de derechos y de obligaciones para terceros Estados sin su consentimiento (prohibida por el art. 34 CVDT), se evidencia, en primer lugar, en la incorporación de disposiciones que regulan las relaciones de los Estados parte en el tratado con respecto a terceros Estados: por ejemplo, instaurando la obligación de aquellos de promover la ratificación y el cumplimiento del tratado por parte de estos, estableciendo incentivos positivos o negativos para lograr su participación en el tratado, o bien otorgando a los terceros Estados el estatuto de observador en la Conferencia de las partes<sup>33</sup>.

En segundo lugar, facilita la ampliación subjetiva de sus efectos la aplicación del *principio de integración sistémica* para la interpretación de obligaciones contenidas en tratados de protección de intereses generales. El principio de integración sistémica establece que los tratados habrán de interpretarse teniendo en cuenta «toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» [art. 31.3.c)]. En este sentido, la existencia de un tratado de este tipo en un determinado ámbito material puede condicionar significativamente la interpretación de otros tratados y acuerdos existentes sobre la misma materia: en la medida en que aquel «expresa las in-

---

<sup>32</sup> En este sentido, algunos autores han defendido una interpretación particular del principio *pacta tertiis* en aquellos ámbitos jurídicos que son del interés general de la comunidad internacional, LACHS, M., «Le développement et les fonctions des traités multilatéraux», *R. des C.*, vol. 92 (II), 1957, pp. 229-341, en pp. 315-319. A juicio de Paul Reuter, «cuando los consentimientos o las instituciones emanan de un conjunto suficientemente representativo de Estados principalmente interesados en una cuestión, estos consentimientos o estas instituciones pueden, a veces, generar efectos para los terceros Estados», REUTER, P., «Principes de Droit International Public», *R. des C.*, vol. 103 (II), 1961, pp. 425-655, en pp. 448-449. La traducción es nuestra. Igualmente, se ha defendido la flexibilización de la necesidad de consentimiento a favor del principio de efectividad, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 185-194. Sobre los tratados que establecen regímenes objetivos, reconocidos por buena parte de la doctrina como una excepción al principio *pacta tertiis* pero no mencionados ni regulados en la CVDT, véase, entre otros: CAHIER, Ph., «Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers», *R. des C.*, vol. 143, 1974, pp. 589-736; FITZMAURICE, M., «Third Parties and the Law of Treaties», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6, 2002, pp. 37-137; MARTÍN LÓPEZ, M. A., «Estudio sobre los regímenes objetivos en el Derecho de los tratados», *REEI*, 2010, núm. 20, pp. 1-16; y ROZAKIS, Ch. L., «Treaties and third states: a study in the reinforcement of the consensual standards in international law», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 40, 1975, pp. 1-40.

<sup>33</sup> Constituyen ejemplos de dichas previsiones, el art. 21 de la Convención sobre las Bombas de Racimo, hecha en Dublín el 30 de mayo de 2008, *BOE* núm. 68, de 19 de marzo de 2010; el art. 8.1.a) de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, hecha en Ginebra el 10 de octubre de 1980, *BOE* núm. 89, de 14 de abril de 1994; o los arts. 8.3, 8.4, 8.5 y 33.2 del Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios de 1995, *BOE* núm. 175, de 21 de julio de 2004. En este sentido, véase PETERS, A., «Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures», *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, *Issue* 3, pp. 579-610, en pp. 587-588.

tenciones o entendimientos comunes» de todos sus Estados parte en relación con el sentido que debe darse a un determinado término<sup>34</sup>, deberá ser tenido en cuenta para interpretar las obligaciones contenidas en otros tratados. Más allá del debate doctrinal y jurisprudencial sobre el número de partes a las que las normas integradas les sean aplicables (todas las del tratado o solo a las partes en una controversia)<sup>35</sup>, el principio de integración sistémica, en cuanto técnica de integración normativa, permite exportar e importar todo o parte del contenido de las normas jurídicas que puede contribuir a la ampliación subjetiva de los efectos de los tratados de protección de intereses generales<sup>36</sup>.

En tercer lugar, los Estados que no son parte en un tratado de protección de intereses generales también pueden verse afectados por la existencia de aquel cuando se produzca un conflicto normativo entre dicho tratado y otros tratados o acuerdos en los que ellos formen parte. Las reglas generales de solución de conflictos normativos no suelen funcionar adecuadamente cuando lo que existe es un conflicto entre normas cuyas partes no son las mismas y, sobre todo, entre distintos regímenes de tratados<sup>37</sup>, y la tendencia es la de intentar coordinar en la medida que sea posible la aplicación simultánea de estas<sup>38</sup>. Por ello, los tratados de protección de intereses generales suelen con-

<sup>34</sup> PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 261; también ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P., «El principio de integración sistémica y la unidad del Derecho internacional», en RODRIGO, A. J. y GARCÍA, C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 356-374.

<sup>35</sup> Una versión estricta es defendida por MCLACHLAN, C., «The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) c of the Vienna Convention», *ICLQ*, vol. 54, 2005, pp. 279-320, en pp. 313-315. En cambio, FRENCH, D., «Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules», *ICLQ*, vol. 55, 2006, pp. 281-314, en pp. 305-307 sostiene una concepción más flexible, limitando la aplicabilidad a las partes en la controversia.

<sup>36</sup> Un buen ejemplo se ha producido en el ámbito de la protección internacional de las mujeres por razones vinculadas a su género o a su identidad sexual. Estos supuestos no tienen regulación específica en los tratados internacionales que definen el estatuto de refugiado o las formas de protección subsidiaria de este estatuto. Ahora bien, el reconocimiento de derechos específicos a las mujeres por medio de los tratados internacionales de alcance regional o universal ha permitido a órganos como el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Humanos o el TEDH realizar una interpretación de los tratados en los que operan sensible al género que permite proteger las formas específicas de persecución de malos tratos por razones de género o de identidad sexual. Véase MORGADES, S., «La protection internationale des femmes pour des raisons liées au genre en droit international. Interprétations récentes des instruments de droit international soutenant des formes de protection subsidiaire», *RGDIP*, t. CXVII, 2013, núm. 1, pp. 37-73.

<sup>37</sup> *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Koskeniemi, de 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682), p. 157, párr. 272.

<sup>38</sup> Un ejemplo de dicho criterio armonizador se encuentra en el preámbulo del Tratado Internacional sobre los Recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, hecho en Roma el 3 de noviembre de 2001, *BOE* núm. 109, de 5 de mayo de 2004, el cual reconoce que «el presente Tratado y otros acuerdos internacionales pertinentes deben respaldarse mutuamente con vistas a conseguir una agricultura y una seguridad alimentaria sostenibles»; también en el art. 20 de la Convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 2005, *BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 2007. Cfr. PETERS, A., «The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politization», *MPIL Research Paper Series*, 2016, núm. 19, pp. 1-25, en particular, pp. 13-18.

tener cláusulas condicionales que intentan salvaguardar el núcleo esencial del tratado frente a anteriores o posteriores acuerdos que puedan celebrar las partes y que sean incompatibles con los principios generales del primero, con los derechos y obligaciones de las partes o, en general, que pongan en grave peligro su objeto de protección o la consecución de sus objetivos<sup>39</sup>.

La ampliación subjetiva de los efectos de los tratados objeto de estudio se produce también en relación con los *actores no estatales*. Como señala Rosario Huesa, en ciertos ámbitos del ordenamiento jurídico internacional, como en el Derecho internacional de los derechos humanos, ya se encuentra reconocida la ampliación del elenco de destinatarios de las normas a destinatarios que no son ni Estados ni Organizaciones internacionales<sup>40</sup>. El individuo ha devenido, así, titular de derechos internacionalmente reconocidos que los Estados tienen la obligación de proteger. Igualmente, los tratados de protección del medio ambiente establecen obligaciones dirigidas a las empresas. A ello hay que añadir, además, lo que la autora identifica como «elementos de inmediatez» entre las normas de interés público y los destinatarios no estatales, que se manifiestan, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad penal internacional mediante la desvinculación entre la incriminación internacional y la tipificación penal interna, o en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales, en la habilitación de mecanismos para la denuncia directa por parte de individuos víctimas de violaciones de derechos humanos<sup>41</sup>.

Por otro lado, la *ampliación territorial* de los efectos de los tratados de protección de intereses generales más allá del territorio de los Estados parte es una práctica cada vez más amplia, sólida y reconocida por los órganos y tribunales internacionales. Esta aplicación extraterritorial es una tendencia bien consolidada en el caso de los tratados de derechos humanos y empieza a serlo también en otros tipos de tratados de protección de intereses generales como los tratados medioambientales. La aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos ha sido expresamente reconocida en el caso del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Así, la CIJ en su sentencia en el *Asunto de las actividades armadas sobre el territorio del Congo (Congo c. Uganda)*, de 19 de diciembre de 2005, afirma que los instrumentos internacionales relativos a los derechos del hombre pueden ser de aplicación extraterritorial, «particularmente en los territorios ocupados»<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Es el caso del art. 311.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, *BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 1997; del art. 11 del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, firmado el 22 de marzo de 1989, *BOE* núm. 227, de 22 de septiembre de 1994; o del art. 22 del Convenio sobre la diversidad biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, *BOE* núm. 27, de 1 de febrero de 1994.

<sup>40</sup> HUESA, R., «La protección del interés público global: una nueva dimensión para las normas y obligaciones internacionales», en BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRIGO, Á. J. (dirs.), *op. cit.*, nota 2, pp. 253-286, p. 258.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pp. 259-260.

<sup>42</sup> Sentencia de la CIJ en el *Asunto de las actividades armadas sobre el territorio del Congo (Congo c. Uganda)*, de 19 de diciembre de 2005 (ICJ Reports 2005), párr. 216. En el mismo sentido véase la Opi-

En la práctica y en la jurisprudencia se ha planteado también cada vez con más frecuencia si el Convenio Europeo de Derechos Humanos es aplicable solo en el territorio de los Estados parte o también lo es en el territorio de Estados no parte respecto de actos realizados por agentes de un Estado parte que tienen la condición de órganos del Estado. El TEDH, en el asunto *Al-Skeini*, sistematizó su jurisprudencia anterior sobre la materia y admitió dos supuestos de aplicación extraterritorial del Convenio y, por tanto, de ampliación territorial de sus efectos. El primero es el relativo a los actos de los órganos de un Estado parte (agentes diplomáticos y consulares) realizados bajo su autoridad y control en un tercer Estado no parte, de los actos que suponen el ejercicio de poder público en otro Estado resultado de su consentimiento, invitación o aquiescencia del gobierno local y de los actos de poder y control físico de sus agentes sobre personas fuera de su territorio. El segundo motivo de aplicación extraterritorial es cuando un Estado parte ejerce el control efectivo sobre un territorio como consecuencia de una acción militar<sup>43</sup>.

#### 4. LOS EFECTOS DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INTERESES GENERALES EN LA EVOLUCIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS TRATADOS

Además de las características examinadas anteriormente, los tratados objeto de estudio presentan también algunos rasgos adicionales que no siempre comparten con otros tratados multilaterales y que conducen a la flexibilización<sup>44</sup>, la interpretación progresiva y, en suma, a la evolución del Derecho de los tratados. Dichos rasgos son: la democratización de su proceso de elaboración y adopción, la erosión del papel del consentimiento y el incremento de la capacidad de adaptación al cambio a través de la creación y funcionamiento en el marco de regímenes internacionales generales. Varios motivos explican

---

nión consultiva de la CIJ *sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 9 de julio de 2004 (ICJ Reports 2004), párrs. 108-113. Véase MILANOVIC, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011. Sobre la aplicación extraterritorial de los derechos económicos sociales y culturales, véase LANGFORD, M., WANDENHOLE, W., SCHEINUM, M. y VAN GENUGTEN, W. (eds.), *Global Justice, State Duties. The Extraterritorial Scope of Economic Social and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, CUP, 2013; también los *Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales*, adoptados el 28 de septiembre de 2011 (versión final de 29 de febrero de 2012).

<sup>43</sup> Asunto *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, Sentencia de la Gran Sala de 7 de julio de 2011, párrs. 131-142. Véase DOMÍNGUEZ MATÉS, R., «Las fronteras del orden público europeo en materia de derechos humanos: la aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La obra jurídica del Consejo de Europa (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Sevilla, Gandulfo, 2010, pp. 799-818; y MORGADÉS GIL, S., «La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: el concepto de jurisdicción en perspectiva cosmopolita», en GARCÍA SEGURA, C. (dir.), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 149-192.

<sup>44</sup> Un enfoque diferente pero muy sugerente es el de MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003, en el que se reivindica la *flexibilidad* de los tratados como una «categoría jurídica autónoma».

la presencia de estos elementos. En primer lugar, razones de *legitimidad*, que aconsejan la democratización del proceso de elaboración y adopción de los tratados objeto de estudio. En segundo lugar, motivos de *eficacia*, que exigen la flexibilización del consentimiento de los Estados parte. Y, en tercer lugar, la necesidad de una *gestión activa* de los intereses generales de la comunidad internacional, que requiere de una significativa capacidad de adaptación al cambio debido a la evolución de los problemas a los que pretenden hacer frente, a la evolución en la propia calificación de los intereses generales o a las expectativas variables de los miembros de la comunidad internacional.

#### **4.1. La democratización en el proceso de elaboración y adopción de los tratados**

Como se ha mencionado, la búsqueda de legitimidad en su consideración de instrumentos de protección de los intereses generales de la comunidad internacional ha promovido una progresiva democratización en el proceso de elaboración y adopción de los tratados objeto de estudio. En este sentido, estos son habitualmente negociados y adoptados en el marco de foros más o menos institucionalizados abiertos a la participación de todos los Estados, como organizaciones internacionales, conferencias internacionales convocadas por estas o incluso en el seno de los órganos de gestión de los propios tratados. La negociación de los tratados en dichos foros colectivos favorece la deliberación racional y una mejor identificación, interpretación y delimitación de los intereses generales de la comunidad internacional, conllevando muy frecuentemente que en la práctica sea la propia organización u órgano el que elija las materias a tratar y ejerza la iniciativa de formular los proyectos de tratados. Dichos proyectos se elaboran generalmente en el marco de órganos técnicos independientes, a partir de estudios y memorandos previos, y constituyen el punto de partida de la negociación por parte de los representantes de los Estados en la organización u órgano de gestión, o de las delegaciones de los mismos en las conferencias internacionales convocadas por estas. Este funcionamiento propicia que, a pesar de que los Estados sigan negociando en clave de interés particular, la propia organización u órgano y los trabajos que en ella se elaboran responden a presupuestos fácticos, técnicos y teleológicos que están más vinculados a la protección del interés general de la comunidad internacional. Ello condiciona y limita inevitablemente todo el proceso de negociación, en la medida en que las observaciones, enmiendas o reservas de los representantes de los Estados se plantean en relación con dichos textos de referencia. Igualmente, la negociación se lleva a cabo normalmente mediante la técnica del consenso, una técnica de adopción de decisiones que evita que la voluntad o los intereses de uno o varios Estados se impongan en relación a los de otros.

El fenómeno de democratización alcanza también a las fases de adopción y autenticación del tratado. Mientras que los tratados multilaterales clásicos suelen adoptarse por unanimidad o consentimiento de todos los Estados par-

ticipantes, en los tratados de protección de intereses generales es frecuente que su adopción responda a reglas de mayoría o mayoría cualificada, impidiendo que el interés particular de uno o varios Estados bloquee la adopción de un tratado que en general sea percibido como favorable a dichos intereses. En este sentido, la regla general recogida en la CVDT establece que será suficiente el voto afirmativo de dos tercios de los Estados presentes y votantes (art. 9). Una vez adoptado el texto, el proceso de autenticación viene condicionado también por el contexto institucional en el que dichos tratados son elaborados. Así, tanto la firma como otros medios tradicionales de autenticación regulados en el art. 10 de la CVDT han perdido uso en beneficio de otros procedimientos como la inclusión del texto del tratado en el Acta Final de la Conferencia (posibilidad también prevista en el art. 10 CVDT); su inclusión en una resolución del órgano de la organización internacional en cuyo seno se ha elaborado el tratado; y la firma del texto del tratado por el presidente del órgano o secretario general de la Organización (posibilidades que se desprenden del art. 5 CVDT)<sup>45</sup>. En la práctica más reciente es frecuente también la aprobación de algunos tratados por el órgano plenario de gestión del tratado marco (la Conferencia de las Partes), como es el caso del Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático y del Acuerdo de París sobre el cambio climático<sup>46</sup>. Dichas modalidades de adopción y autenticación de los tratados encajan mejor en el dinamismo, eficacia y capacidad de respuesta que exige la protección de los intereses generales de la comunidad internacional.

A lo largo de todo el proceso, este método colectivo de elaboración y adopción favorece la participación de todos los Estados e, incluso, en algunos casos y cada vez con mayor frecuencia y amplitud, la participación de otros miembros de la comunidad internacional como es la sociedad civil organizada. Así, a través de diversas modalidades, como, por ejemplo, el otorgamiento de estatutos de observador, las organizaciones no gubernamentales tienen cabida en la negociación de los tratados, haciendo posible expresar sus posiciones y que estas sean reflejadas en los documentos de trabajo.

## 4.2. La erosión del papel del consentimiento

En el Derecho internacional clásico, el consentimiento de los Estados constituía la condición y el requisito para la creación de obligaciones en el marco de un ordenamiento jurídico internacional caracterizado por el voluntarismo y el relativismo. En el Derecho internacional contemporáneo, aunque el consentimiento de los Estados sigue desempeñando un papel primordial,

---

<sup>45</sup> Y que fueron identificadas por Alejandro Rodríguez Carrión en RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., *op. cit.*, nota 6, pp. 334-335.

<sup>46</sup> El Protocolo de Kyoto fue aprobado por la decisión 1/CP.3, de 11 de diciembre de 1997, de la COP de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático de 1992 (BOE núm. 3, de 8 de febrero de 2005). El Acuerdo de París, por su parte, ha sido aprobado por la decisión 1/CP.21, de 12 de diciembre de 2015, de dicha COP (su texto ha sido publicado en DO L núm. 282, de 19 de octubre de 2016).



este ya no explica el fundamento último de la obligatoriedad de las normas jurídicas internacionales ni, en particular, la de algunas de sus clases. Así, la exigencia de eficacia en la regulación y protección de los intereses generales de la comunidad internacional ha dado lugar, en los tratados que regulan tales intereses, a ejemplos de flexibilización del consentimiento de los Estados que, en el fondo, están erosionando el papel que el mismo desempeña en el Derecho de los tratados y aun en el ordenamiento jurídico internacional.

La práctica internacional que permite ejemplificar la erosión del papel del consentimiento afecta a diversos aspectos del Derecho de los tratados: a la creación de normas, a la admisibilidad de reservas, a la interpretación, a la modificación del tratado y a la terminación, retirada y suspensión del mismo. En primer lugar, en materia de *creación de normas*, la flexibilización del consentimiento se evidencia en la introducción de procedimientos simplificados de adopción, modificación y enmienda de algunos anexos y apéndices a los tratados objeto de estudio y a sus protocolos, cuya entrada en vigor se predica para todos los Estados parte en el tratado aunque no hayan manifestado expresamente su consentimiento respecto de aquellos<sup>47</sup>.

En segundo lugar, la erosión del papel del consentimiento del Estado se pone de manifiesto también respecto a la *admisibilidad o no de reservas* a estos tratados. La tradicional tensión entre integridad y universalidad del tratado, que aconsejan respectivamente limitar o permitir la presentación de reservas, resulta exacerbada en los tratados de protección de los intereses generales de la comunidad internacional. Por ello, si bien en materia de reservas rige especialmente el criterio de la compatibilidad con el objeto y fin de la norma, tal y como fue apuntado por la CIJ en su *Opinión consultiva relativa a las reservas al Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio*<sup>48</sup> y codificado en los arts. 19 a 23 de la CVDT, tales normas tienen carácter subsidiario ya que son aplicables solo si el tratado no prevé regulación expresa. Por ello, para hacer frente a los graves inconvenientes que generan las reservas en los tratados de protección de intereses generales (erosionan su integridad y fomentan el relativismo), en la práctica de las últimas décadas es frecuente que se limite o se prohíba de forma expresa la formulación

---

<sup>47</sup> Es el caso, por ejemplo, del Convenio de Viena para la protección de la Capa de Ozono, firmado el 22 de marzo de 1985, *BOE* núm. 275, de 16 de noviembre de 1988, cuyo articulado desdobra el régimen de adopción de enmiendas, según se trate de enmiendas referidas al Convenio o a los protocolos (art. 9) o a los anexos (art. 10), preveyendo un sistema más simple y acelerado en este segundo caso, al tratarse de enmiendas que no afectan al núcleo esencial de la regulación. Un ámbito en el que se manifiesta especialmente la erosión del consentimiento en la creación de normas es en el de la protección del medio ambiente: SHIBATA, A., «International Environmental Lawmaking in the first decade of the Twenty-first Century: The Form and Process», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 54, 2011, pp. 28-61, en especial, pp. 44-59, explica la erosión del consentimiento como el resultado de un proceso interactivo en el que es imperante la participación en él. También BRUNNÉE, J., «Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Frameworks Agreements», en WOLFRUM, R. y RÖBEN, V. (eds.), *Developments in International Law in Treaty Making*, Berlín, Springer, 2005, pp. 101-126.

<sup>48</sup> *Reservas a la Convención sobre la prevención y la represión del crimen de genocidio*, Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 (CIJ *Recueil*, 1951), p. 22.

de reservas<sup>49</sup>. Es el caso, por ejemplo, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático<sup>50</sup>; de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud<sup>51</sup>; o de algunos convenios internacionales adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los cuales incorporan distintas medidas de flexibilización pero no admiten la formulación de reservas<sup>52</sup>. También pueden identificarse particularidades en relación con los mecanismos de control de la aplicación del régimen de las reservas. Así, mientras que el mecanismo tradicional previsto en la CVDT se basa en el consentimiento individual de los Estados, en la medida en que una reserva es válida si es aceptada por algún otro Estado, en los tratados de protección de intereses generales y, en particular, en los tratados de derechos humanos en particular, es habitual que se introduzcan otros sistemas de control alternativos por parte de órganos de supervisión previstos en los propios tratados que no representan la voluntad y los intereses individuales de los Estados, sino los intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto.

En tercer lugar, dicha erosión resulta evidente en el *ámbito de la interpretación*. Si bien existen diversos métodos de interpretación de un tratado internacional, la singularidad de los tratados objeto de estudio radica en una preferencia por los métodos de interpretación que tienen en cuenta el objeto y fin de las normas y obligaciones previstas en el tratado (interpretación teleológica) y el contexto jurídico en el que se estas se enmarcan (interpretación sistémica)<sup>53</sup>. La naturaleza normativa de este tipo de tratados y su voluntad de establecer normas de conducta generales para los Estados da pie a una interpretación de sus obligaciones que persigue desentrañar el régimen establecido por el tratado y las circunstancias materiales y jurídicas en las que debe ser aplicado, desvinculándolo tanto del contexto histórico en el que fueron concluidos como de la voluntad expresada en su momento por los Estados negociadores. El juez de la CIJ, M. Álvarez, hizo referencia a ello

<sup>49</sup> Véase el *Décimo informe sobre las reservas a los tratados, preparado por el Sr. Alain Pellet, Relator especial*, de 1 de junio de 2005 (A/CN.4/558), p. 13, nota 63.

<sup>50</sup> Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, *BOE* núm. 27, de 1 de febrero de 1994, art. 24.

<sup>51</sup> Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956, *BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1967, art. 9.

<sup>52</sup> Por ejemplo, cláusulas con normas modificadas para los países que mencionan o la división del convenio en partes, algunas de cuyas obligaciones pueden aceptarse en el momento de la ratificación, lo que permite la extensión gradual de las obligaciones según evolucione la legislación social y los medios de cumplimiento de la misma. Véase el *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Departamento de normas internacionales del trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Rev. 2006, pp. 6 y 18, párr. 25.

<sup>53</sup> BRÖLMAN, C., «Law-Making Treaties: Form and Function in International Law», *NJIL*, 2005, núm. 74, pp. 383-404, p. 393. En un sentido parecido, Lucía Millán Moro destaca la exigencia de reglas de interpretación específicas, adecuadas a sus finalidades y a sus obligaciones de carácter objetivo, para los tratados de protección de los derechos humanos, MILLÁN MORO, L., «La interpretación de los tratados», *CEBDI*, vol. XI/XII, 2007-2008, pp. 451-518, en pp. 465-467; también DUPUY, P. M., «Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy», en CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 123-137.

en su voto particular a la citada Opinión consultiva *relativa a las reservas al Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio* cuando afirmó que este tipo de convenciones «no deben ser interpretadas en relación con los trabajos preparatorios que las preceden; estas difieren de estos trabajos y adquieran vida propia [...] deben ser interpretadas sin tener en cuenta el pasado, y solamente en relación al futuro»<sup>54</sup>. Ello se traduce en un menor recurso durante la interpretación a los acuerdos de las partes durante la celebración del mismo o a sus trabajos preparatorios, y a una mayor atención, por ejemplo, a «toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» [art. 31.3.c) de la CVDT].

En cuarto lugar, y en la medida en que los tratados de protección de intereses generales suelen incorporar obligaciones de estructura integral, existen limitaciones a la posibilidad de que los Estados parte en los mismos acuerden la *modificación del tratado por medio de acuerdos interestatales*. Si bien la CVDT admite la celebración tales acuerdos entre las partes con el objeto de modificar *inter se* las obligaciones de un tratado, esta posibilidad se encuentra limitada a que dichos acuerdos no resulten incompatibles con el objeto y fin del tratado [art. 41.1.b)ii)]. Y, tal y como afirma el Informe sobre la Fragmentación del Derecho internacional, son sobre todo los acuerdos *inter se* que modifican obligaciones no recíprocas, de naturaleza interdependiente o integral, los que con mayor probabilidad afectan al objeto y fin del tratado<sup>55</sup>.

Finalmente, en quinto y último lugar, la flexibilización del consentimiento se manifiesta también respecto a la *denuncia o retiro de una parte* y respecto de la *suspensión y la terminación* de tales tratados. Por un lado, la *denuncia o retiro de una parte* solo es posible conforme a las disposiciones del tratado o, en cualquier momento, por el consentimiento de todas las demás partes (art. 54 CVDT). La regla general, por tanto, es que si el tratado no lo regula, un tratado no podrá ser objeto de denuncia o de retiro por un Estado parte a menos que conste que fue intención de las partes admitir tal posibilidad [art. 56.1.a) CVDT] o que el derecho de denuncia o retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado [art. 56.1.b)]. En la práctica convencional, la mayoría de los tratados de protección de intereses generales no regula de forma expresa su denuncia o retiro. Esta práctica ha suscitado el debate de si es posible retirarse del régimen de tales tratados y, muy especialmente, de los tratados de protección de los derechos humanos<sup>56</sup>. Para algunos autores, de

---

<sup>54</sup> *Reservas a la Convención sobre la prevención y la represión del crimen de genocidio*, op. cit., nota 49, Opinión Disidente de M. ÁLVAREZ, p. 53 (la traducción es nuestra). También el asunto *Mathews c. Reino Unido*, Sentencia de 18 de febrero de 1999 (asunto núm. 24833/94), en que el TEDH afirmó que «los tratados de interés colectivo son instrumentos vivos que deben ser interpretados a la luz de sus condiciones actuales» (párr. 39).

<sup>55</sup> *Fragmentación del Derecho internacional*, op. cit., nota 38, p. 184, párr. 313. En el mismo sentido, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56 periodo de sesiones, de 3 de mayo a 4 de junio y de 5 de julio a 6 de agosto de 2004, Asamblea General. Documentos oficiales. 59 periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/59/10), p. 329, párr. 340.

<sup>56</sup> Véase, entre otros, TYAGI, Y., «The Denunciation of Human Rights Treaties», *BYIL*, vol. 79, 2009, pp. 86-193; o KLEIN, E., «Denunciation of Human Rights Treaties and the Principle of Reciprocity», en

la especial naturaleza de los mismos, en los que no puede hablarse de intereses individuales de los Estados sino únicamente de intereses de la comunidad internacional en su conjunto, podría inferirse que tal posibilidad no resulta admisible<sup>57</sup>; otros aconsejan prudencia y no identificar necesariamente la ausencia de una cláusula de denuncia en el tratado como exclusión de tal posibilidad, interpretando dicho silencio simplemente como falta de acuerdo al respecto<sup>58</sup>. La práctica muestra algunos ejemplos de denuncia o de retiro de Estados parte de tratados de este tipo<sup>59</sup>. En algunos de estos casos, la explicación de dichas denuncias o retiro tiene más que ver con razones coyunturales de política interna que de oposición al objeto y fin, al interés público global protegido. Por ello, en la práctica más reciente se han incorporado algunas limitaciones a dicha posibilidad para intentar hacer frente a la oposición coyuntural de un determinado gobierno en un momento dado<sup>60</sup>.

La especial naturaleza de este tipo de tratados, así como las obligaciones de estructura integral que suelen contener afectan también a las reglas aplicables a su *terminación o suspensión* como consecuencia de una violación grave del mismo (art. 60 CVDT). La violación grave de un tratado multilateral con obligaciones de estructura bilateral u obligaciones interdependientes únicamente faculta a las otras partes a dar por terminado, o suspender la aplicación del tratado (con una gama más amplia de opciones en este último caso), en las relaciones con el Estado autor de la violación, o entre todas ellas, si proceden solidariamente por acuerdo unánime (art. 60.2)<sup>61</sup>. Ahora bien, estas reglas no se aplican respecto a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario,

---

FASTENRATH, U., GEIGER, R., KHAN, D.-E., PAULUS, A., VON SCHORLEMER, S. y VEDDER, Ch., *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honor of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 477-487, p. 477.

<sup>57</sup> SIMMA, B., «How distinctive are treaties representing collective interests? The case of Human Rights Treaties», en GOWLLAND-DEBBAS, V. (ed.), *Multilateral Treaty-Making. The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process, papers presented in Geneva, Switzerland, May 16, 1998*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, pp. 83-87, p. 86.

<sup>58</sup> CONDE PÉREZ, E., *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2007, p. 57.

<sup>59</sup> El anuncio de Corea del Norte de abandonar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977) en 1997 y el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1987) en 2013. En este último caso, el Consejo de Seguridad, en su Resolución 2094 (2013), de 7 de marzo, llegó a exigir que Corea del Norte se retractara en su decisión. Las decisiones de Canadá de retirarse del Protocolo de Kyoto en 2011 y de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 1997) en 2013. Las notificaciones de retiro de Sudáfrica, de Burundi, Gambia y otros países africanos en los últimos meses de 2016 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002).

<sup>60</sup> Un buen ejemplo es el Acuerdo de París sobre el cambio climático de 2015, cuyo art. 28 exige que hayan transcurrido tres años desde la fecha de entrada en vigor para esa parte, para poder denunciar el Acuerdo (art. 28.1). Además, los efectos de la denuncia se producirán al cabo de un año desde la fecha de la notificación (art. 28.2). Estas limitaciones tienen por objeto hacer más difícil que un determinado gobierno, en una sola legislatura de cuatro años, pueda convertir a un Estado parte en Estado no parte.

<sup>61</sup> SIMMA, B., «Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties and its Background in International Law», *OZöR*, 1970, pp. 5-83.

en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados (art. 60.5). En este sentido y como excepción a la regla general establecida en los párrs. 1 a 3 del mismo artículo, la violación, aunque sea grave, de una disposición relativa a la protección de la persona humana por un Estado no constituye para el resto de partes en el tratado, ni una causa de suspensión, terminación o retirada del mismo, ni, en general, una justificación para su incumplimiento, ni tan siquiera *vis-à-vis* frente a la parte que ha incumplido<sup>62</sup>. En la actualidad, la especial naturaleza de los tratados de protección de intereses generales y de las obligaciones de estructura integral en ellos contenidas hace que la excepción del art. 60.5 sea insuficiente. En otros términos, «estas reglas del art. 60 tampoco deberían aplicarse a las disposiciones que crean obligaciones de estructura integral que tienen por objeto la protección de intereses generales de la comunidad internacional»<sup>63</sup>.

En la misma línea, dicho tipo de tratados no se terminan ni suspenden automáticamente como consecuencia de la irrupción de un conflicto armado entre todos o algunos de sus Estados parte. Así se establece en el *Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados* aprobado en 2011<sup>64</sup>. De acuerdo con el mismo, dichos tratados no se terminan ni se suspenden automáticamente en tiempo de conflicto armado; por el contrario, se establece la presunción de que los mismos continúan siendo aplicables<sup>65</sup>.

#### 4.3. La capacidad de adaptación al cambio a través de la creación de regímenes internacionales generales

Los tratados de protección de intereses generales suelen operar y producir efectos en el marco de regímenes internacionales generales en los que están demostrando una gran capacidad de adaptación al cambio y a las nuevas necesidades que presentan la protección y regulación jurídica del interés pú-

<sup>62</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1957, *op. cit.*, nota 13, p. 58, párr. 125.

<sup>63</sup> CASANOVAS, O. y RODRIGO, A. J., *op. cit.*, nota 17, p. 112. La necesidad de articular alternativas a la terminación o a la suspensión del tratado ante un incumplimiento de obligaciones que protegen intereses colectivos permitiría explicar, por ejemplo, en el ámbito regional, el mecanismo previsto en el art. 7 del Tratado de la Unión Europea (TUE), DO C núm. 326, de 26 de octubre de 2012, para violaciones graves y persistentes, por parte de un Estado miembro, de los valores recogidos en el art. 2 TUE (la paz, sus valores, el bienestar de los pueblos, la dignidad humana, los derechos humanos, la libertad, la igualdad, la justicia, la democracia o el estado de derecho, entre otros). Ante la constatación de la violación por parte del Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto de dicho Estado miembro en el Consejo; las obligaciones derivadas de los Tratados, por el contrario, continuarán siendo vinculantes para este.

<sup>64</sup> Resolución A/RES/66/99 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, *sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados*.

<sup>65</sup> Los «tratados multilaterales normativos», los «tratados para la protección internacional de los derechos humanos» o los «tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente» son, a título indicativo, tratados que «en razón de su materia, continúan aplicándose, en todo o en parte, durante un conflicto armado, letras c), f) y g) del anexo al proyecto, en relación con su art. 7».

blico global. Esta capacidad de adaptación al cambio, así como la democratización en su proceso de negociación y adopción y la erosión del consentimiento, están contribuyendo a la evolución y flexibilización del Derecho de los tratados. El carácter evolutivo de los intereses protegidos y de las necesidades sociales exigen una *gestión activa* de los intereses generales de la comunidad internacional. Ese dinamismo resulta además potenciado, fortalecido y gestionado gracias a la aptitud de dichos tratados para crear o funcionar en el seno de regímenes o subregímenes internacionales de protección de intereses generales<sup>66</sup>.

Un régimen internacional general puede definirse un «conjunto de principios, normas y modalidades de aplicación que regulan intereses generales de la comunidad internacional»<sup>67</sup>. Estos regímenes que protegen intereses generales o recursos globales de la comunidad internacional se caracterizan por contener, junto con las normas primarias que regulan conductas, normas secundarias que regulan la identificación, creación y aplicación de las primeras, así como, en algunos casos, reglas secundarias que regulan de forma específica la responsabilidad por incumplimiento de las normas primarias del régimen o por daños derivados de las actividades en él reguladas.

Algunas de las normas secundarias regulan *mecanismos de creación normativa* de muy diverso orden que pueden dar como resultados normativos tratados, resoluciones de organizaciones internacionales o de órganos de gestión de tratados, declaraciones, guías directrices y códigos de conducta, en cuyo origen o elaboración participan no solamente los Estados sino también actores no estatales como las organizaciones no gubernamentales.

Por otra, existen también normas secundarias que establecen *mecanismos particulares para la supervisión de la aplicación de las obligaciones*. En el caso de los regímenes de protección del medio ambiente, se han desarrollado mecanismos de seguimiento y control integrales basados en incentivos y penalizaciones para promover el cumplimiento de las obligaciones. Así, algunos tratados multilaterales de protección del medio ambiente han dado lugar a los denominados «mecanismos para el examen del cumplimiento», que en muchos casos han dado lugar a la creación de mecanismos consultivos multilaterales con funciones de facilitación y control, a la vez que algunos tratados han incorporado una multiplicidad de instrumentos jurídicos para promover el cumplimiento de sus obligaciones a través de incentivos

---

<sup>66</sup> Así, por ejemplo, el subrégimen de la Antártida, creado en torno al Tratado Antártico adoptado en Washington, el 1 de diciembre de 1959, *BOE* núm. 152, de 26 de junio de 1987, o bien del subrégimen internacional del ozono, integrado por el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 1985, *BOE* núm. 275, de 16 de noviembre de 1988; el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono de 1987, *BOE* núm. 65, de 17 de marzo de 1989; y las sucesivas resoluciones y decisiones de sus órganos de gestión, especialmente de la Conferencia y la Reunión de las partes.

<sup>67</sup> CASANOVAS, O., «Aproximación a una teoría de los regímenes en Derecho internacional público», en RODRIGO, Á. J. y GARCÍA, C. (eds.), *op. cit.*, nota 35, pp. 41-60; también REMIRO, A., «La noción de regímenes internacionales en el Derecho internacional público», en RODRIGO, Á. J. y GARCÍA, C. (eds.), *op. cit.*, nota 35, pp. 167-176.

económicos tanto positivos (incentivos fiscales, cupos negociables, ayuda financiera y subvenciones, etc.) como negativos (tasas, impuestos, supresión de subvenciones, etc.). Destaca que, en la práctica, se ha producido también una creciente participación de actores distintos de los propios Estados, como individuos, grupos de individuos u organizaciones no gubernamentales, en el seguimiento y control de la observancia de las obligaciones de dichos regímenes<sup>68</sup>. En este sentido, resulta habitual la designación de nacionales en calidad de observadores internacionales<sup>69</sup>, así como la concesión de estatutos de observador a organizaciones internacionales gubernamentales u organizaciones internacionales o nacionales no gubernamentales en el marco de conferencias internacionales<sup>70</sup>.

Finalmente, aunque tampoco es un fenómeno generalizado, en algunos regímenes internacionales generales han proliferado normas secundarias de aplicación que establecen reglas y mecanismos para exigir *responsabilidad* por la violación de las normas primarias o por los daños derivados de las actividades reguladas por el régimen. Algunos ejemplos se dan en el régimen internacional de la Antártida, del espacio ultraterrestre<sup>71</sup> o del movimiento transfronterizo de desechos y su eliminación.

Frecuentemente, las especiales características de los tratados de protección de intereses generales que integran los regímenes internacionales generales les confieren a estos un carácter extraordinariamente dinámico y adaptable. Un buen ejemplo de ello son los creados por los tratados internacionales de protección del medio ambiente<sup>72</sup>. El dinamismo y capacidad de adaptación al cambio que estos presentan deriva de aspectos diversos como son la existencia de foros e instituciones que posibilitan una discusión y negociación continuada de los problemas ambientales y sus soluciones, la internalización de la función judicial dentro de los mismos<sup>73</sup> y, sobre todo, su

---

<sup>68</sup> BORRAS PENTINAT, S., «Los mecanismos de control de la aplicación y del cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente», tesis doctoral (ISBN: 978-84-691-06525/DL.T: 2223-2007) dirigida por el Dr. A. PIGRAU SOLÉ, Universitat Rovira i Virgili, 2007, p. 40; publicada parcialmente en la monografía *El control internacional de los tratados multilaterales de protección del medio ambiente ¿Apariencias o realidades?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>69</sup> Como los que pueden designar las Partes en el Tratado Antártico, hecho en Washington el 1 de diciembre de 1959, *BOE* núm. 152, de 26 de junio de 1987, art. 7.

<sup>70</sup> La concesión de dicho estatuto de observador está previsto, por ejemplo, en la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, hecha en Washington el 3 de marzo de 1973, *BOE* núm. 181, de 30 de julio de 1986, y *BOE* núm. 191, de 10 de agosto de 1991, párr. 7 del art. XI.

<sup>71</sup> Este es el caso del Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972, *BOE* núm. 106, de 2 de mayo de 1980, en el que se regula la responsabilidad objetiva del Estado de lanzamiento por daños producidos en la superficie terrestre (art. II), la responsabilidad por culpa por daños fuera de la superficie terrestre (art. III) y los procedimientos y requisitos para obtener la reparación de los daños. Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional por daños en el derecho del espacio*, Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1979.

<sup>72</sup> Véase ELIZALDE CARRANZA, M. Á., *Las medidas comerciales multilaterales para la protección del medio ambiente y el sistema multilateral del comercio*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 27-28.

<sup>73</sup> Sobre ello, véase GEHRING, T., «International Environmental Regimes: Dynamic Sectoral Legal Systems», *YIEL*, vol. 1, 1990, pp. 35-56, en pp. 50-56.

estructura. Dichos regímenes suelen estar formados, en primer lugar, por un tratado marco que identifica el problema ambiental esencial, establece unas obligaciones y principios básicos, y crea algunas instituciones «que permitan la continuidad del proceso negociador y del proceso normativo para desarrollar el régimen y adaptarlo a las circunstancias cambiantes»; en segundo término, por protocolos diversos que establecen obligaciones específicas para los Estados; en tercer lugar, por anexos técnicos que desarrollan y precisan obligaciones, conceptos, bienes protegidos o mecanismos de solución de controversias; y, finalmente, por resoluciones de los órganos de gestión de tratados que «desarrollan, completan, precisan y adaptan los textos primarios a las nuevas necesidades»<sup>74</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

El reconocimiento, la protección y la regulación jurídica de los intereses generales de la comunidad internacional han generado importantes novedades cualitativas en la *caja de herramientas comunitarias* del Derecho internacional, entre otras, las normas de interés público y las obligaciones de estructura integral que se derivan de ellas. Los tratados de protección de intereses generales son una de esas novedades cualitativas que, junto con otras ya apuntadas, están contribuyendo a transformar el ordenamiento jurídico internacional en un auténtico Derecho internacional *público*. Estos tratados se pueden definir como aquellos que tienen por objeto la regulación y protección de intereses generales de la comunidad internacional mediante la creación de algunas normas de interés público de las que se derivan obligaciones de estructura integral que tienen una vocación universal.

A pesar de las limitaciones que plantean algunos de los principios básicos del Derecho de los tratados, los tratados de protección de intereses generales son hoy el mejor instrumento jurídico disponible para la creación de tales normas y obligaciones y, por tanto, para la protección del interés público global. La morfología de este tipo de tratados está caracterizada por tres rasgos: por su objeto y fin, la protección de los intereses generales; por la estructura integral de las obligaciones que se derivan de las normas de interés público en ellas contenidas; y por la vocación de universalidad tanto del propio tratado como, en especial, de sus normas de interés público.

La protección del interés público global exige hacer frente a importantes retos políticos (como la legitimidad, inclusividad y eficacia) y jurídicos. Las respuestas y soluciones incorporadas en los tratados de protección de intereses generales buscan satisfacer nuevas necesidades y resolver nuevos tipos de problemas. Sus efectos no se limitan a la gestión activa de tales problemas o intereses públicos globales sino que están contribuyendo a la evolución y flexibilización del Derecho de los tratados. Algunos de estos efectos

---

<sup>74</sup> CASANOVAS, O. y RODRIGO, Á., *op. cit.*, nota 17, p. 383.



son la democratización de su proceso de elaboración y adopción, la erosión del papel del consentimiento y el incremento de la capacidad de adaptación al cambio a través de la creación o funcionamiento en el marco de regímenes internacionales generales.

Además, desde el punto de vista de la técnica jurídica, los tratados de protección de intereses generales son magníficas herramientas para la innovación jurídica ya que intentan dar respuesta a complejas cuestiones de distinta naturaleza que aparecen vinculadas a la protección del interés general concreto que regulan. Son, sin duda, uno de los ámbitos más fértiles de experimentación jurídica que existen hoy en el ordenamiento jurídico internacional.

### RESUMEN

#### EL CONCEPTO Y EFECTOS DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES GENERALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

El presente trabajo tiene como objeto examinar uno de los instrumentos más idóneos para la protección del interés público global: los tratados de protección de intereses generales de la comunidad internacional. Para ello, en primer lugar, se define dicho tipo de tratados. En segundo lugar, se identifican y analizan sus principales características: la protección de intereses generales de la comunidad internacional como su objeto y fin; la estructura integral de algunas de sus obligaciones; y su vocación de universalidad. Y, en tercer lugar, se examinan algunas de las consecuencias que dichos tratados tienen en la evolución y flexibilización del Derecho de los tratados: en particular, la democratización en el proceso de elaboración y adopción de tratados; la erosión del papel del consentimiento; y su capacidad de adaptación al cambio a través de la creación de regímenes internacionales generales.

**Palabras clave:** tratados multilaterales, protección de intereses generales, Derecho de los tratados, interés público global.

### ABSTRACT

#### THE CONCEPT AND EFFECTS OF TREATIES FOR THE PROTECTION OF GENERAL INTERESTS OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY

The aim of this work is to examine one of the most suitable instruments for the protection of the global public interest: treaties for the protection of general interests of the international community. Firstly, the work defines this type of treaties. Secondly, it identifies and analyses their main characteristics: the protection of general interests as its object and purpose; the integral structure of some of its obligations; and its intended universal scope. And, thirdly, this work examines some of their consequences for the evolution and adaptation of the Law of treaties: in particular, the democratization in the process of drafting and adopting treaties; the erosion of the role of consent; and their ability to adapt to change through the creation of general international regimes.

**Keywords:** multilateral treaties, protection of general interests, Law of treaties, global public interest.



## ¿UN DERECHO INTERNACIONAL DEL DEPORTE? REFLEXIONES EN TORNO A UNA RAMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *IN STATU NASCENDI*

*«I am always amazed when I hear people saying that sport creates goodwill between the nations, and that if only the common peoples of the world could meet one another at football or cricket, they would have no inclination to meet on the battlefield».*

George ORWELL, *The Sporting Spirit* (1945)

Carmen PÉREZ GONZÁLEZ \*

**SUMARIO:** 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.—2. LAS RELACIONES ENTRE EL DEPORTE Y EL DERECHO INTERNACIONAL: LA REGULACIÓN DEL DEPORTE INTERNACIONAL.—3. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DEPORTE.—3.1. Deporte, paz y cooperación al desarrollo.—3.2. El Derecho internacional público al servicio de la prevención y erradicación de determinadas conductas «antideportivas».—3.3. Deporte y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.—3.3.1. Deporte y promoción de los derechos humanos.—3.3.2. ¿Un derecho humano al deporte?—3.3.3. La protección de los derechos humanos de los deportistas.—a) La protección de los derechos de los menores deportistas.—b) La protección en el ámbito de la lucha contra el dopaje en el deporte.—4. CONCLUSIONES.

### 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

No han sido infrecuentes los análisis que se acercan a la realidad del fenómeno deportivo desde un punto de vista politológico, sociológico y/o económico. Más reciente es, sin duda, el interés académico por los problemas que suscitan las relaciones entre el Derecho y la actividad deportiva<sup>1</sup>. Esto es particularmente cierto en lo que hace al Derecho público. En 1989 alertaba François Rigaux de que la explotación económica del deporte (y del

---

\* Profesora Titular de Derecho internacional público y Relaciones Internacionales, Universidad Carlos III de Madrid. Email: [carmen.perez@uc3m.es](mailto:carmen.perez@uc3m.es).

<sup>1</sup> Son pioneros en este sentido, en España, los estudios de BERMEJO VERA, J., *Constitución y deporte*, Madrid, Tecnos, 1998, y CAZORLA PRIETO, L. M., *Deporte y Estado*, Barcelona, Labor, 1979. Desde la perspectiva del Derecho internacional debe citarse a KARAQUILLO, J.-P., «Droit international du sport», *RCADI*, 2004, núm. 309, pp. 9-124, y NAFZIGER, J. A. R., «International Sports Law: A reply of characteristics and trends», *AJIL*, vol. 86, 2002, pp. 489-518.

entretenimiento) había logrado sustraerse al control estatal. Se trata, afirmaba, «de una vaca sagrada que ningún gobierno osaría reducir a la condición de animal doméstico»<sup>2</sup>. Ese proceso, sin embargo, se está revirtiendo. Alimentado por el Derecho administrativo, mercantil, laboral o financiero se ha ido configurando progresivamente una nueva disciplina, el Derecho deportivo (o del deporte), que cuenta ya con una entidad propia<sup>3</sup>. Si bien el Derecho internacional público no ha permanecido al margen de ese proceso, el interés mostrado hasta ahora por la academia ha sido notoriamente escaso<sup>4</sup>.

Y, sin embargo, se plantean en el ámbito deportivo cuestiones de enorme interés para los iusinternacionalistas<sup>5</sup>. Debe tenerse en cuenta que el Derecho internacional no ha permanecido absolutamente al margen de la regulación de cuestiones de índole deportiva. Así, la cooperación internacional ha dado hasta ahora resultados relevantes en ámbitos como la lucha contra el dopaje o el amaño de partidos. En otro orden de cosas, parece oportuno explorar si, junto a ello, la configuración en el plano internacional del derecho al deporte como un derecho fundamental<sup>6</sup> o la promoción de la paz y el desarrollo a través del deporte auspiciada por algunas Organizaciones Internacionales, siendo pionera en este sentido Naciones Unidas (NNUU)<sup>7</sup>,

<sup>2</sup> RIGAUX, F., «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé», *RCADI*, 1989-I, núm. 213, p. 379.

<sup>3</sup> No es esta una opinión unánimemente compartida. Tal y como nos recuerda Franck Latty, algunos autores han negado su existencia como un área jurídica autónoma. Grayson, por ejemplo, ha afirmado lo siguiente: «*No subject exists which jurisprudentially can be called sports law. As a soundbite headline, shorthand description, it has no juridical foundation; for common law and equity create no concept of law exclusively relating to sport. Each area of law applicable to sport does not differ from how it is found in any social or jurisprudential category*» (citado por LATTY, F., «Transnational Sports Law», en VIEWEG, K. (ed.), *Lex Sportiva*, Berlín, Duncker & Humblot, 2015, p. 108).

<sup>4</sup> Constituye sin duda una excepción, tal y como se irá mostrando a lo largo de este trabajo, el Derecho de la Unión Europea (UE). Las diferentes cuestiones que se plantean en torno a la relación entre la actividad deportiva y el Derecho de la UE vienen siendo, desde hace décadas, objeto de análisis por parte de la doctrina. A ese interés ha contribuido sin duda el hecho de que el Tribunal de Justicia haya dictado un nutrido grupo de sentencias que han impactado de modo relevante en los esquemas propios de la organización de la actividad deportiva. La aplicación de las denominadas libertades comunitarias y de las reglas del Derecho de la competencia a dicha actividad, en cuanto constituyese actividad económica, ha traído como consecuencia, no sin tensiones, la derogación de algunas reglas deportivas y la adaptación de otras. Sobre estas cuestiones, véase PARRISH, R., «*Lex sportiva and EU Sports Law*», *European Law Review*, vol. 37, 2012, núm. 6, pp. 716-733; MIÈGE, C., «Existe-il (encore) une spécificité du sport au regard du Droit de l'Union européenne?», *Cahiers du Droit du Sport*, 2016, núm. 44, pp. 38-42; y WEATHERILL, S., *European Sports Law. Collected Papers*, La Haya, Asser Press, 2014.

<sup>5</sup> De acuerdo con Jean-Pierre Karaquillo, la reflexión sobre un «Derecho internacional del deporte» es al tiempo «embriagadora y audaz»: KARAQUILLO, J.-P., *op. cit.*, nota 1, p. 22.

<sup>6</sup> En 1978, la 20.ª Conferencia General de la UNESCO aprobó la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte, que ha sido revisada en noviembre de 2015. Su artículo primero establece que «(l)a práctica de la educación física, la actividad física y el deporte es un derecho fundamental para todos». El texto de la Carta está disponible en <http://www.unesco.org/new/es/social-and-human-sciences/themes/physical-education-and-sport/sport-charter/what-is-the-charter/> (todos los documentos electrónicos citados a lo largo del trabajo han sido consultados por última vez el 31 de octubre de 2016).

<sup>7</sup> En 2011, la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) decidió incluir en su agenda el subtema «El deporte para la paz y el desarrollo: construcción de un mundo pacífico y mejor mediante el

permitirían hablar de la existencia de un sector propio del Derecho internacional: el Derecho internacional del deporte. Ese es el propósito último de esta reflexión. En cualquier caso, el análisis debe partir del examen de la regulación del deporte internacional y, en particular, del papel que en dicha regulación juegan las organizaciones deportivas internacionales. Me refiero, en particular, al Comité Olímpico Internacional (COI) y a las federaciones deportivas internacionales.

Debe advertirse, por último, que quedará al margen del trabajo el papel que el deporte juega en el ámbito de las relaciones internacionales<sup>8</sup>. La poderosa relación entre deporte y política impulsa a los Estados y otros sujetos y actores internacionales no solo a servirse de su potencial para mejorar su imagen<sup>9</sup> e influencia en el plano internacional<sup>10</sup>, sino incluso a aprovechar la capacidad de los grandes eventos deportivos para visibilizar ciertas causas<sup>11</sup>.

## 2. LAS RELACIONES ENTRE EL DEPORTE Y EL DERECHO INTERNACIONAL: LA REGULACIÓN DEL DEPORTE INTERNACIONAL

Este estudio parte de la premisa de que los avances mencionados, que serán objeto de un análisis detallado a continuación, permitirían en efecto hablar de la configuración de un nuevo sector del Derecho internacional público, al que denominamos Derecho internacional del deporte. Algunos autores ya han teorizado sobre su existencia, definiéndolo, por ejemplo, como el

---

deporte y el ideal olímpico» y examinarlo cada dos años: véase la Resolución 66/5, de 8 de diciembre (A/RES/66/5), disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/66/5>. Todas las iniciativas adoptadas por la Organización en este ámbito pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/sport/>.

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión, véase LEVERMORE, R. y BUDD, A. (eds.), *Sport and International Relations. An Emerging Relationship*, Londres, Routledge, 2004.

<sup>9</sup> «Sport, like any artistic or scientific achievement, is a legitimate means of national representation»: VEDDER, CH., «The International Olympic Committee: An Advanced Non-Governmental Organization and the International Law», *German Yearbook of International Law*, vol. 27, 1984, p. 233.

<sup>10</sup> Un buen número de Estados han recurrido al deporte como herramienta diplomática, como una suerte de «poder suave» (*soft power*) con ese propósito. Pueden citarse, a título de ejemplo, la reciente adopción en Australia de una «Estrategia en materia de diplomacia deportiva 2015-2018» (<http://dfat.gov.au/about-us/publications/Pages/australian-sports-diplomacy-strategy-2015-18.aspx>) o el también reciente nombramiento en Francia de un «Embajador del deporte». Y, de nuevo, la UE ofrece ejemplos interesantes. La Comisión Europea ha adoptado en 2016 un Informe sobre «Diplomacia deportiva» en un intento de configurar el deporte como una herramienta que sirva para potenciar los valores europeos en el exterior y ayudar a la consecución de los objetivos de la Organización en el ámbito de las relaciones exteriores. El Informe está disponible en [http://ec.europa.eu/sport/library/policy\\_documents/hlg-sport-diplomacy-final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/sport/library/policy_documents/hlg-sport-diplomacy-final_en.pdf).

<sup>11</sup> «A bomb in the White House, a mine in the Vatican, the death of Mao-Tse-tung, an earthquake in Paris could not have echoed through the consciousness of every man in the world like the operation at Munich [...] the choice of the Olympics, from a purely propagandistic viewpoint was 100 percent successful. It was like painting the name of Palestine on a mountain that can be seen from the four corners of the earth»: las palabras son de un portavoz del Grupo Septiembre Negro, citado por TOOHEY, K., «Terrorism, sport and public policy in the risk society», *Sport in Society*, vol. 11, 2008, núm. 4, p. 434.

conjunto de reglas, principios, procedimientos y prácticas que se aplican a la organización y regulación de la actividad deportiva transnacional<sup>12</sup> o como el conjunto de normas de Derecho público que se aplican a cuestiones jurídicas relativas al deporte y que directa o indirectamente conciernen a los sujetos de Derecho internacional<sup>13</sup>.

Conviene señalar que cualquier aproximación a esta cuestión debe partir de la existencia de un sistema deportivo internacional que opera como un sistema privado, autocontenido, y que pivota, como se ha señalado, sobre la acción del COI y las federaciones deportivas internacionales. Estas últimas son las responsables de la organización de la actividad deportiva de cada disciplina en el plano internacional. Desde un punto de vista jurídico, son asociaciones de Derecho privado en las que se integran las asociaciones deportivas nacionales (o federaciones) de la disciplina correspondiente<sup>14</sup>. Organizan y coordinan sus propias competiciones de modo autónomo y defienden la existencia de una supuesta «especificidad» de la actividad deportiva como un modo de preservar su autonomía regulatoria y aplicar sus propias reglas<sup>15</sup>, que conforman una suerte de *Lex Sportiva*<sup>16</sup>. Los problemas surgen cuando aquellas reglas o procedimientos contravienen principios esenciales del Derecho asumidos por el Derecho internacional<sup>17</sup>. La emergencia de mecanismos privados de solución de controversias en el ámbito deportivo a través de un sistema de tribunales u órganos arbitrales nacionales e internacionales —del que el Tribunal Arbitral del Deporte (CAS, en sus siglas en inglés)<sup>18</sup> es el último escalón— busca precisamente evitar la intervención de los tribunales or-

<sup>12</sup> He tomado esta definición de NAFZIGER, J. A. R., «Defining the Scope and Structure of International Sports Law: Four Conceptual Issues», *International Sports Law Journal*, 2011, núms. 3-4, p. 14.

<sup>13</sup> WAX, A., «Public International Sports Law-A “Forgotten” Discipline?», *International Sports Law Journal*, 2010, núms. 3-4, p. 25.

<sup>14</sup> «*Cette unification des règles de chacun des sports est devenue le rôle essentiel des fédérations internationales sportives*»: SILANCE, L., «La logique, le sport et les ordres juridiques», en INGBER, L. y HAARSCHER, G. (eds.), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruselas, Ed. de l'Université Libre de Bruxelles, 1986, p. 40.

<sup>15</sup> «*International and national sports federations create, apply and enforce rules in order to regulate their sport. Associated athletes and clubs are required to comply with these rules, which are laid down in the federations' regulations. If they do not abide by the rules, a disciplinary sanction can be imposed. These sanctions can range from a fine, to the exclusion of participation in certain matches, and in extreme cases even to exclusion from the federation*»: VAN KLEEF, R., «Reviewing Disciplinary Sanctions in Sports», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, 2015, núm. 1, pp. 3-4.

<sup>16</sup> Definida como «*the body of sports law generated by the sports movement and applied globally by the Court of Arbitration for Sport*»: PARRISH, R., *op. cit.*, nota 4, p. 733.

<sup>17</sup> «*The literature is replete with examples of rulings by national and international sports associations and of the Court of Arbitration for Sport (CAS) which appear to be harsh and to involve the application of stringent standards in an inflexible way*»: BYRNES, A., «Human Rights and the Anti-Doping *Lex Sportiva*. The Relationship of Public and Private International Law, “Law Beyond the State” and the Laws of Nation States», en HAAS, U. y HEALEY, D. (eds.), *Doping in Sport and the Law*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2016, p. 82.

<sup>18</sup> Sobre esta institución puede verse: SIMMA, B., «The Court of Arbitration for Sport», en BÖCKSTIEGEL, K.-H., FOLZ, H.-E., MÖSSNER, J. M. y ZEMANEK, K. (eds.), *Völkerrecht. Recht der Internationalen Organisationen. Weltwirtschaftsrecht. Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Colonia, Heymann, 1988, pp. 573-585, y VAITIEKUNAS, A., *The Court of Arbitration for Sport: Law-Making and the Question of Independence*, Berna, Stämpfli Verlag, 2014.

dinarios<sup>19</sup>. Sin embargo, en los últimos años, las autoridades deportivas han visto cómo autoridades públicas internas y Organizaciones Internacionales les reclamaban un mayor respeto de los principios democráticos, una mayor transparencia y una adecuada protección de los derechos fundamentales de los deportistas.

Tal y como se ha señalado repetidamente, en la ordenación de «lo deportivo» intervienen normas de Derecho público y privado y normas emanadas de las organizaciones deportivas. Esas normas son, en todos los casos, tanto internas como internacionales<sup>20</sup>. En este último plano, aquellas organizaciones han creado, sobre la base de su facultad de autorregulación<sup>21</sup>, un conjunto de reglas y principios que ha sido denominado «Derecho transnacional del deporte»<sup>22</sup>, «Derecho global del deporte»<sup>23</sup> y, más recientemente, «Lex

<sup>19</sup> Es posible, sin embargo, al menos en los países de nuestro entorno, que las decisiones que se toman en sede federativa en materia disciplinaria sean revisadas por los tribunales ordinarios, aunque esa revisión se limite, en general, a verificar que los órganos disciplinarios federativos han respetado principios generales como el de legalidad o proporcionalidad: VAN KLEEF, R., *op. cit.*, nota 15, pp. 11-12. En España, el Tribunal Administrativo del Deporte, un órgano colegiado adscrito al Consejo Superior de Deportes, conoce de los recursos contra las decisiones federativas. Sus resoluciones agotan la vía administrativa y son recurribles en vía contenciosa: cfr. los arts. 1 y 10 del Real Decreto 53/2014, de 31 de enero, por el que se desarrolla la composición, organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte, BOE núm. 28, de 1 de febrero de 2014.

<sup>20</sup> «The governance of global sport, including the Olympics, involves considerable administration by private bodies and by hybrid public-private bodies»: VAN VAERENBERGH, A., «Regulatory Features and Administrative Law Dimensions of the Olympic Movement's Anti-Doping Regime», *IILJ Working Paper 2005/11 (Global Administrative Law Series)*, p. 1, disponible en <http://www.iilj.org/oldbak/papers/IILJ2005.11Vaerenbergh.html>.

<sup>21</sup> En el seno de la UE, este poder de autorregulación fue expresamente reconocido en la Declaración de Niza de diciembre de 2000 sobre las características del deporte y su función social en Europa. En la misma, el Consejo Europeo apoya la independencia de las organizaciones deportivas y su derecho a organizarse a través de las estructuras asociativas que resulten apropiadas. Esa independencia, sin embargo, se condiciona en la Declaración al respeto por parte de estas organizaciones a la normativa interna y comunitaria y a que su actuación responda a principios democráticos y sea transparente. La Declaración de Niza está disponible en [https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/press\\_data/en/ec/00400-r1.%20ann.en0.htm](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/press_data/en/ec/00400-r1.%20ann.en0.htm). Sobre la especificidad del deporte y el Derecho de la UE, véase PARRISH, R. y MIETTINEN, S., *The Sporting Exception in European Union Law*, La Haya, T. M. C. Asser Press, 2008. Hasta el Tratado de Lisboa, los Estados miembros de la UE no atribuyeron expresamente a la Organización una competencia en materia de deporte. Desde entonces, el art. 165.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) establece que «la Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa». Sobre la incorporación de una competencia específica en materia de deporte en el Derecho originario es interesante el trabajo de GARCÍA, B. y WEATHERILL, S., «Engaging with the EU in order to Minimize its Impact: Sports and the Negotiations of the Treaty of Lisbon», *Journal of European Public Policy*, vol. 19, 2012, núm. 2, pp. 238-256.

<sup>22</sup> François Rigaux consideró en 1989 que había múltiples sistemas transnacionales de Derecho deportivo: «(i)l n'existe pas "un" ordre juridique sportif transnational, chaque sport particulier étant régi par un système autonome, chaque relève-t-on une grande convergence entre les règles et les pratiques observés par chacun de ces systèmes particuliers, mais ils sont tous indépendants les uns des autres»: RIGAUX, F., *op. cit.*, nota 2, p. 285.

<sup>23</sup> De acuerdo con Ken Foster, cabe distinguir entre Derecho del deporte «internacional» y «global». Este autor define el «Derecho internacional del deporte» como «el conjunto de principios de Derecho internacional aplicables al deporte» y el «Derecho global del deporte» como «un orden jurídico transnacional autónomo creado por instituciones deportivas globales que gobiernan el deporte internacional»: FOSTER, K., «Is There a Global Sports Law?», *Entertainment Law*, vol. 2, 2003, núm. 1, pp. 1-2.

*Sportiva*»<sup>24</sup>. Lo que parece innegable es que una pluralidad de órdenes jurídicos inciden en la regulación de la actividad deportiva. Desde luego, este pluralismo jurídico no es privativo del orden deportivo<sup>25</sup>. Bien al contrario, el deporte constituiría un ejemplo del desarrollo de sistemas sociales y normativos autónomos al que conduce lo que se ha denominado la «globalización policéntrica»<sup>26</sup>.

Este trabajo pretende centrarse, únicamente, en el papel que estaría llamado a jugar el Derecho internacional público en este ámbito. De un lado, como fuente propia del Derecho internacional del deporte: tal y como se verá a lo largo del mismo, diversos tratados internacionales y múltiples resoluciones de diferentes Organizaciones Internacionales se dirigen a regular la conducta de sujetos de Derecho internacional, principalmente los Estados, en relación con cuestiones deportivas de diversa índole, bien para obligarles a la proscripción de determinados fenómenos, como el dopaje o el amaño de partidos, bien para fomentar la consecución de determinados objetivos. De otro, el Derecho internacional público, en particular el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) podría servir de límite a la acción de las organizaciones deportivas. En este sentido, el DIDH, cuando opera en el marco deportivo, serviría de escudo frente a eventuales vulneraciones de derechos humanos de los deportistas que quedarían, de otro modo, en dicho entorno.

### 3. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DEPORTE

#### 3.1. Deporte, paz y cooperación al desarrollo

Existe un consenso creciente en torno a la idea de que el deporte puede considerarse una herramienta útil para la consecución de objetivos propios del Derecho internacional contemporáneo, siendo la paz y el desarrollo<sup>27</sup> dos ejemplos claros en este sentido<sup>28</sup>. Las Organizaciones Internacionales han sido conscientes de este potencial. El caso de NNUU es sin duda paradigmático<sup>29</sup>. La Organización cuenta con una «Oficina del Deporte para el desarrollo y la

<sup>24</sup> Véase *supra*, nota 16.

<sup>25</sup> Tal y como nos recuerda Emmanuelle Jouannet, «la oposición tradicional entre Derecho internacional público y Derecho internacional o transnacional privado ha entremezclado desde hace tiempo sus campos de aplicación de la misma manera en que se han densificado, en favor de esta evaluación, las interrelaciones entre actores tradicionales, públicos, y operadores privados»: JOUANNET, E., «¿De qué sirve el Derecho internacional? El Derecho internacional providencia del siglo XXI», *Revista de Derecho Público*, 2011, núm. 27, p. 11. Este es, no cabe duda, el caso del deporte.

<sup>26</sup> FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., «Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, p. 1006.

<sup>27</sup> Roger Levermore denunció en 2008 la ausencia de investigación académica sobre esta cuestión: LEVERMORE, R., «Sport: a new engine for development?», *Progress in Development Studies*, vol. 8, 2008, núm. 2, pp. 183-184.

<sup>28</sup> Véase, al respecto, BEUTLER, I., «Sport serving development and peace: Achieving the goals of the United Nations through sport», *Sport in Society*, vol. 11, 2008, núm. 4, pp. 359-369.

<sup>29</sup> Véase *supra* nota 7.



paz» y el secretario general nombró en 2008 a un asesor especial sobre esta cuestión.

En otro orden de cosas, debe recordarse también que la denominada tregua olímpica (en griego ἐκεχειρία), un plazo de tiempo durante el cual las guerras se suspendían de modo temporal para facilitar que los deportistas pudieran desplazarse a Olimpia de modo seguro para participar en los Juegos y volver después a sus lugares de origen en paz, fue «resucitada» por el COI en 1992<sup>30</sup>. Y que en 1993, en su Resolución 48/11, la AGNU instó a los Estados miembros a observarla<sup>31</sup>. Este llamamiento fue reiterado en el año 2000 en la denominada Declaración del Milenio<sup>32</sup>.

### 3.2. El Derecho internacional público al servicio de la prevención y erradicación de determinadas conductas «antideportivas»

Tal y como ya se ha advertido, los Estados han recurrido, bajo los auspicios de determinadas Organizaciones Internacionales, a la adopción de tratados internacionales cuyo objetivo es la prevención y erradicación de conductas que atentarían contra los valores deportivos. Pueden mencionarse, a título de ejemplo, el dopaje y la manipulación de las competiciones deportivas.

Estados, Organizaciones Internacionales, organizaciones deportivas y atletas parecen mostrarse de acuerdo en considerar que el dopaje es perjudicial para la salud y contrario al *fair play*. Puede afirmarse la existencia de un consenso internacional<sup>33</sup> en torno a la idea de que el recurso al dopaje en el deporte debe prohibirse o, al menos, limitarse<sup>34</sup>. En general, este consenso se funda en dos razones. De un lado, la prohibición se conecta con la protección de ciertos derechos fundamentales del deportista. En particular, el derecho a la salud. Por la misma razón, y en la medida en que cabría consi-

<sup>30</sup> El llamamiento del COI fue hecho suyo por los Comités Olímpicos de 184 Estados y había sido también apoyado por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la, entonces, Organización para la Unidad Africana.

<sup>31</sup> A/RES/48/11, de 2 de noviembre de 1993, disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/48/11>.

<sup>32</sup> A/RES/55/2, de 13 de septiembre de 2000, disponible en <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>.

<sup>33</sup> En la Resolución 58/5, relativa al deporte como medio de promover la educación, la salud, el desarrollo y la paz (A/RES/58/5, de 17 de noviembre de 2003), la AGNU invitaba a los gobiernos a acelerar la elaboración de una convención internacional contra el dopaje en todas las actividades deportivas e instaba a la UNESCO a que, en colaboración con otras Organizaciones Internacionales y regionales competentes, coordinase su elaboración. Apenas dos años después, la Convención de la UNESCO contra el dopaje en el deporte, a la que nos referiremos enseguida, era una realidad. La resolución está disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/58/5>.

<sup>34</sup> Hay también argumentos a favor de su uso. Uno de los defensores más reputados de su legalización es el Prof. Julian Savulescu, del Centro Uehiro de ética práctica de la Universidad de Oxford. Una lista de sus publicaciones está disponible en [http://www.practicaethics.ox.ac.uk/staff/staff/director/julian\\_savulescu](http://www.practicaethics.ox.ac.uk/staff/staff/director/julian_savulescu). Véase también, PÉREZ TRIVIÑO, J. L., *The Challenges of Modern Sport to Ethics. From Doping to Cyborgs*, Maryland, Lexington Books, 2013.

derar el dopaje en el deporte una cuestión de salud pública, su prevención y erradicación requeriría la intervención de las autoridades públicas. De otro lado, la prohibición del dopaje constituye un modo de proteger un «interés colectivo»: dado que proporciona una ventaja injusta, incluso inmoral, el dopaje rompe las reglas del juego limpio y contribuye a debilitar la confianza de los espectadores en la integridad de las competiciones<sup>35</sup>. Lo que interesa destacar aquí es que la prohibición del dopaje no se contiene únicamente en normas deportivas de naturaleza privada, sino también en instrumentos internacionales de naturaleza convencional<sup>36</sup>. Junto a estos tratados internacionales, debe mencionarse la adopción, en el ámbito europeo<sup>37</sup>, de un importante número de instrumentos de *soft law*, tales como recomendaciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa<sup>38</sup> o comunicaciones de la Comisión Europea<sup>39</sup>.

La manipulación de las competiciones deportivas es otro de los fenómenos que, asociado a la corrupción en el deporte, ha merecido la atención de Estados y Organizaciones Internacionales. De nuevo, el Consejo de Europa ha sido pionero en el impulso de instrumentos vinculantes para afrontar este problema. Un Convenio Europeo sobre la manipulación de las competiciones deportivas, que aún no ha entrado en vigor, se adoptó el 18 de septiembre de 2014<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Véase al respecto, PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Las obligaciones de los Estados en materia de prevención, control y sanción del dopaje en el deporte*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 23-35.

<sup>36</sup> El Consejo de Europa fue la primera Organización Internacional que impulsó la adopción de un tratado internacional que imponía a sus Estados parte obligaciones específicas con el objetivo de erradicar ese fenómeno. Se trata del Convenio europeo contra el dopaje en el deporte, que se adoptó el 16 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 1 de marzo de 1990 (*BOE* núm. 140, de 11 de junio de 1992). Está disponible en <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=135&CM=8&DF=02/12/2014&CL=ENG>. Años más tarde, se aprobó en el seno de la UNESCO la Convención internacional contra el dopaje en el deporte. La misma fue adoptada el 19 de octubre de 2005 y entró en vigor el 1 de febrero de 2007 (*BOE* núm. 41, de 16 de febrero de 2007). En el momento en el que se escriben estas líneas 177 Estados son parte en la misma. El texto de la Convención está disponible en [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=31037&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31037&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html). Tal y como se ha señalado, se trata del primer instrumento internacional universal y vinculante adoptado para acabar con el dopaje en el deporte: NAFZIGER, J. A. R., «The Future of International Sports Law», *Willamette Law Journal*, vol. 42, 2006, núm. 4, p. 874. Sobre la misma, véase PALOMAR OLMEIDA, A., «La Convención internacional de la UNESCO contra el dopaje en el deporte», *Revista Española de Derecho Deportivo*, 2005, núm. 16, pp. 9-36.

<sup>37</sup> Fuera del ámbito europeo debe citarse el Consejo Iberoamericano del Deporte, creado el 4 de agosto de 1994 mediante el Tratado de Montevideo. En virtud de su art. 3.g), entre los objetivos de la Organización está la promoción de la ética en el deporte y la práctica del juego limpio. El Tratado de Montevideo está disponible en <http://www.coniberodeporte.org/es/>.

<sup>38</sup> Véase, por ejemplo, la Recomendación R (84) 19, relativa a una «Carta Europea contra el dopaje en el deporte» disponible en [http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts\\_en.asp](http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp).

<sup>39</sup> Entre las que cabe destacar la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Plan de apoyo comunitario a la lucha contra el dopaje en el deporte» COM (1999) 643 final, disponible en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/education\\_training\\_youth/sport/l35003\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/sport/l35003_es.htm).

<sup>40</sup> Está disponible en <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/215>. Mediante Auto del presidente del Tribunal de Justicia de la UE de 1 de septiembre de 2015 (Dictamen 1/14, ECLI:EU:C:2015:607) se decidió el archivo de la solicitud de Dictamen de Malta sobre la compatibilidad del Convenio con algunas disposiciones del TFUE.

### 3.3. Deporte y Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Rara vez se han ocupado los órganos del sistema de protección de NNUU de la compatibilidad con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de comportamientos de los Estados relativos a cuestiones relacionadas con la actividad de organizaciones deportivas. Sí podemos, a pesar de ello, encontrar algunos pronunciamientos interesantes. Así, en sus Observaciones Finales al primer Informe periódico de China<sup>41</sup>, el Comité de derechos económicos, sociales y culturales se mostró preocupado por el número de desalojos forzosos y demoliciones producidos en China en anticipación de los Juegos Olímpicos de 2008<sup>42</sup> y recomendó al Estado tomar las «medidas inmediatas para hacer cumplir las leyes y los reglamentos que prohíben el desalojo forzoso y velar por que se proporcione a las personas desalojadas de sus viviendas una indemnización adecuada o un alojamiento alternativo, de conformidad con las directrices aprobadas por el Comité y con su Observación general núm. 7 (1997), sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1 del Pacto): los desalojos forzosos»<sup>43</sup>.

La reflexión sobre las relaciones entre el deporte y el DIDH puede hacerse desde un triple punto de vista. En primer lugar, merece la pena analizar si el deporte se ha configurado como un instrumento útil para la promoción de los derechos humanos. Cabría preguntarse, en segundo lugar, si se habría codificado, en el plano internacional, un derecho individual al deporte. Debe examinarse, por último, la cuestión de la protección de los derechos de los deportistas cuando la eventual vulneración de los mismos deriva de la aplicación de normas o procedimientos deportivos. Esto es, diseñados e implementados en dicho entorno. Con este último propósito, se prestará atención a la protección de los menores deportistas, de un lado, y a la cuestión de la violación de los derechos de los deportistas en el ámbito de la lucha contra el dopaje, de otro<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> E/C.12/1/Add.107, de 13 de mayo de 2005, disponible en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=5).

<sup>42</sup> Véase el apartado 31 de las Observaciones Finales.

<sup>43</sup> *Ibid.*, apartado 61. Lo cierto es que representantes de la sociedad civil y determinados analistas vienen denunciando desde hace tiempo abusos de derechos humanos asociados a la celebración de grandes eventos deportivos (entre ellos, el aumento de la trata de seres humanos y de la explotación, incluida la explotación de menores, los desplazamientos forzosos como los que preocupan al Comité en este caso, o el aumento de la violencia de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado). Sirven de ejemplo reciente de esta idea las denuncias sobre violaciones de derechos humanos de los trabajadores cometidas con ocasión de la preparación del Campeonato Mundial de Fútbol de Catar: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2016/03/abuse-of-world-cup-workers-exposed/>. Por otro lado, el Informe titulado «Striving for Excellence: Mega-Sporting Events and Human Rights» publicado en 2013 por el «Institute for Human Rights and Business» contiene algunas recomendaciones interesantes al respecto, entre ellas el establecimiento de una suerte de Ombudsman que, bajo la autoridad de los organismos deportivos, asuma la facultad de recibir quejas sobre violaciones de derechos humanos cometidas con ocasión de la celebración de grandes eventos deportivos. Este Informe está disponible en [http://www.ihrb.org/pdf/2013-10-21\\_JHRB\\_Mega-Sporting-Events-Paper\\_Web.pdf](http://www.ihrb.org/pdf/2013-10-21_JHRB_Mega-Sporting-Events-Paper_Web.pdf).

<sup>44</sup> Además, no puede dejar de mencionarse aquí la Convención internacional contra el *apartheid* en los deportes, aprobada por la AGNU mediante su Resolución A/RES/40/64, de 10 de diciembre de 1985,

### 3.3.1. *Deporte y promoción de los derechos humanos*

Cabe señalar, de modo necesariamente breve, que el innegable atractivo del deporte ha servido para que diferentes Organizaciones y Organismos internacionales hayan recurrido a él para implementar estrategias de promoción de los derechos humanos y de prevención de sus violaciones<sup>45</sup>. Es el caso de algunas acciones implementadas por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)<sup>46</sup> o el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)<sup>47</sup>.

Este vínculo entre deporte y promoción de los derechos humanos ha sido, por lo demás, explícitamente reivindicado. Así, en 2011, el Consejo de Derechos Humanos adoptó una resolución en la que instaba a la promoción del conocimiento, la comprensión y la aplicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos mediante el deporte y el ideal olímpico<sup>48</sup>.

### 3.3.2. *¿Un derecho humano al deporte?*

Los órganos de protección internacional de derechos humanos han abordado la configuración de un derecho humano a la práctica del deporte desde distintos ángulos. Se ha concebido, tal y como se analizará enseguida, como parte del derecho a la educación, sobre todo de los menores. También como parte del derecho a la salud. Cabe citar en este último sentido la Resolución del Consejo de Derechos Humanos 26/18, de 14 de julio de 2014, sobre «El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: el deporte y los estilos de vida saludables como factores coadyuvantes»<sup>49</sup>. Además, determinados tratados de derechos humanos aprobados en el seno de NNUU, aquellos que tratan de proteger frente a la discriminación en el goce de sus derechos a ciertos grupos vulnerables, han incluido entre las medidas que deben ser adoptadas por sus Estados parte las encaminadas a evitar la discriminación en el acceso y la práctica del deporte y la actividad física.

Es el caso, por ejemplo, de las mujeres. El Comité de Derechos Humanos observó en 1993, con ocasión de la presentación del segundo Informe periódico de Irán, que «la persistencia y la importancia de las discriminaciones contra la mujer son incompatibles con las disposiciones del artículo 3 del

disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/485/51/IMG/NR048551.pdf?OpenElement>.

<sup>45</sup> KIRCHSCHLAEGER, P. G., «Sports and Human Rights from an Ethical Perspective: The Relevance of Human Rights for Sports», en AKRIVOPOULOU, Ch. (ed.), *Defending Human Rights and Democracy in the Era of Globalization*, Hershey, IGI Global, 2017, pp. 337-360.

<sup>46</sup> Para una reflexión sobre el modo en que el deporte puede servir a sus propósitos, puede consultarse el siguiente enlace: [http://www.unicef.org/spanish/sports/23619\\_57597.html](http://www.unicef.org/spanish/sports/23619_57597.html).

<sup>47</sup> Sirven de ejemplo los proyectos de los que se da cuenta en el siguiente enlace: <http://www.unhcr.org/pages/4a0d90946.html>.

<sup>48</sup> Se trata de la Resolución 18/23, de 28 de septiembre de 2011 (A/HRC/18/L.18/Rev.1). Está disponible en [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/18/L.18/Rev.1](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/18/L.18/Rev.1).

<sup>49</sup> Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/OverviewMandate.aspx>.

Pacto» y señaló entre esas discriminaciones la prohibición de la práctica de deportes en público<sup>50</sup>.

Por su parte, el art. 10.g) de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>51</sup> establece la obligación de los Estados parte de adoptar «todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres», la participación activa en el deporte y en la actividad física. En el mismo sentido puede citarse el art. 13.c) de la Convención<sup>52</sup>.

Cabe también entender, en relación ahora con los menores, que los arts. 23.2 y 3 y 31 de Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>53</sup> incluyen el deporte entre las actividades recreativas y de esparcimiento a las que los menores tienen derecho<sup>54</sup>. Lo establece, ahora sí expresamente, respecto de los niños y niñas con discapacidad, el apartado 5 del art. 30 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>55</sup>. El artículo se refiere, precisamente, a la participación de las personas con discapacidad en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte. La Convención vincula de un modo explícito deporte y derecho a la educación. Su art. 29.1.a) afirma que los Estados parte convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a desarrollar su personalidad, sus aptitudes y su capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades<sup>56</sup>. Puede afirmarse, en ese sentido, que el derecho a la educación física forma parte del derecho a la educación, al menos de los menores, tal y como está concebido en el plano internacional<sup>57</sup>. En esa medida, y con el fin de garanti-

<sup>50</sup> Véase el apartado 13 de las Observaciones Finales del Comité (CCPR/C/79/Add.25, de 3 de agosto de 1993), disponibles en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=5).

<sup>51</sup> Aprobada el 18 de diciembre de 1979, *BOE* núm. 69, de 21 de marzo de 1964.

<sup>52</sup> Sobre el papel del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, véase JONES, K. L., «Women's national leagues: does CEDAW go far enough?», *International Sports Law Journal*, 2013, núm. 1, pp. 35-44.

<sup>53</sup> Aprobada el 20 de noviembre de 1989, *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>54</sup> Así lo ha entendido, desde luego, el Comité de derechos del niño. Véanse, en este sentido, las Observaciones Finales al segundo Informe periódico de Portugal (CRC/C/15/Add.162, de 6 de noviembre de 2001), en las que el Comité advierte de que las actividades deportivas reciben un apoyo financiero insuficiente por parte del Estado y de que este debe tomar medidas para que el número de niños que participan en las mismas aumente (apdo. 44). Las Observaciones Finales están disponibles en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5).

<sup>55</sup> Aprobada el 13 de diciembre de 2006, *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008. A las obligaciones de los Estados (en este caso, parte en la CDN) respecto del acceso a la actividad deportiva de los niños con discapacidad se refiere también el apartado 72 de la Observación General núm. 9 (2006) del Comité de derechos del niño relativa a esta cuestión (CRC/C/GC/9, de 27 de febrero de 2007), disponible en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f9&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f9&Lang=en).

<sup>56</sup> La cursiva es mía.

<sup>57</sup> Sobre el derecho a la educación física y a participar en actividades deportivas, véase KIDD, B. y DONNELLY, P., «Human Rights in Sports», *International Review for the Sociology of Sport*, vol. 35, 2000, núm. 2, pp. 131-148. La Resolución de la AGNU 58/5, ya citada aquí, asume con claridad dicha rela-

zar el disfrute de ese derecho, se impone a los Estados la obligación de incluir la educación física en los sucesivos itinerarios educativos y de garantizar la igualdad de condiciones en el acceso a la misma.

La falta de acceso o el acceso insuficiente a la actividad física y/o deportiva pueden considerarse, en determinadas circunstancias, trato inhumano o degradante. Así lo han entendido en algunos casos tanto los órganos de protección de derechos humanos del sistema de NNUU<sup>58</sup>, como los del Consejo de Europa<sup>59</sup>.

Más allá de eso, ninguna norma convencional protege de modo autónomo el derecho al deporte. Sí se ha recogido esa pretensión en normas de *soft law*. El 21 de noviembre de 1978 UNESCO adoptó la denominada Carta internacional de la educación física y el deporte, cuya versión revisada fue aprobada el 17 de noviembre de 2015<sup>60</sup>. Su artículo primero declara el derecho fundamental de todo individuo a acceder a la educación física, la actividad física y al deporte, que se consideran «esenciales para el pleno desarrollo de la personalidad en sus dimensiones física, intelectual y moral». Estas consideraciones son coherentes con lo establecido al respecto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>61</sup> y, en lo que hace a los menores, en la ya citada CDN. Con todo, la Carta internacional de la UNESCO de la educación física y el deporte es el instrumento internacional que más claramente se ha referido a esta vinculación. Como se ha dicho, la Carta configura la práctica de la educación física y el deporte como un derecho fundamental. Y, en consonancia con esta idea, trata de orientar la acción de los Estados. Considera, en particular que la educación física y el deporte deben constituir elementos esenciales de la educación permanente dentro del sistema global de educación. Los Estados deberían, por tanto, asegurar la práctica del deporte y la educación física a la hora de diseñar sus planes educativos<sup>62</sup>.

---

ción. Su apartado 1.e), por ejemplo, insta a «seguir promoviendo el deporte y la educación física [...] como instrumento de [...] educación» y el 1.f) a «fortalecer la cooperación y la asociación entre todos los agentes, incluidos la familia, la escuela, los clubes y ligas, las comunidades locales, las asociaciones deportivas juveniles y los responsables de tomar decisiones, así como el sector público y el privado, para asegurar la complementariedad y lograr que el deporte y la educación física estén al alcance de todos».

<sup>58</sup> Así lo ha mantenido, por ejemplo, el Comité contra la tortura en sus Observaciones Finales al tercer Informe periódico presentado por Bulgaria (CAT/C/CR/32/6) adoptadas el 11 de junio de 2004, disponibles en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=1&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=1&DocTypeID=5) [apdo. 5.h)].

<sup>59</sup> El Comité europeo para la prevención de la tortura ha afirmado reiteradamente que las personas privadas de libertad deben tener acceso diario a la práctica de actividad física o de algún deporte. Véanse, por ejemplo, sus Estándares sobre las condiciones que deben cumplir los establecimientos penitenciarios [CPT/Inf (2015) 44] adoptados el 15 de diciembre de 2015 y disponibles en <http://www.cpt.coe.int/en/working-documents/cpt-inf-2015-44-eng.pdf>.

<sup>60</sup> Véase *supra*, nota 6. Se denomina desde entonces «Carta Internacional de la educación física, la actividad física y el deporte».

<sup>61</sup> Adoptado por la AGNU mediante su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

<sup>62</sup> Cfr. el art. 2 de la Carta. En el ámbito europeo, la Carta Europea del Deporte, aprobada en 1992, también señala la necesidad de favorecer el acceso de los jóvenes al ejercicio de la actividad deportiva.

Aun careciendo de fuerza jurídica vinculante, las declaraciones de la Conferencia General de la UNESCO recogen principios y objetivos a cuya puesta en práctica y consecución las partes se comprometen por considerarlos de particular relevancia. Tampoco son formalmente vinculantes ni el documento final del periodo extraordinario de sesiones de la AGNU sobre la infancia, aprobado el 10 de mayo de 2002<sup>63</sup>, ni el denominado «Marco de Acción de Dakar» aprobado con ocasión del Foro Mundial sobre la Educación, celebrado entre el 26 y el 28 de abril de 2000<sup>64</sup>. Ambos subrayan las importantes funciones que están llamados a cumplir el deporte y la educación física y junto con los instrumentos mencionados podrían considerarse prueba de una cierta *opinio iuris* en este ámbito<sup>65</sup>.

### 3.3.3. *La protección de los derechos humanos de los deportistas*

#### a) *La protección de los derechos de los menores deportistas*

La que fuera Alta Comisionada de NNUU para los Derechos Humanos subrayó hace unos años su preocupación por el hecho de que el deporte de competición siguiese siendo una de las pocas áreas donde no había calado aún, de manera adecuada, el valor por el respeto de las normas y estándares internacionales de protección de los derechos de los niños<sup>66</sup>. En el año 2003, y creo que sus preocupaciones siguen siendo de plena actualidad, la AGNU puso el acento en algunos de los «desafíos» a los que la Comunidad Internacional se enfrenta en este ámbito<sup>67</sup>. La resolución cita como principales preocupaciones el trabajo infantil<sup>68</sup>, la violencia, el dopaje, la especialización temprana,

---

Se aprobó mediante la recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa R (92) 13, de 24 de septiembre de 1992, disponible en [http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/charter\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/charter_en.asp). La Carta fue revisada en 2001 y tiene un antecedente: la «Carta Europea sobre el Deporte para todos», adoptada por los ministros europeos del deporte el 24 de septiembre de 1976.

<sup>63</sup> El documento, titulado «Un mundo apropiado para los niños», está disponible en [http://www.unicef.org/spanish/specialsession/docs\\_new](http://www.unicef.org/spanish/specialsession/docs_new).

<sup>64</sup> Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001211/121147s.pdf>.

<sup>65</sup> La Comisión de Derecho Internacional incluye entre los materiales útiles para determinar el elemento subjetivo a efectos de definir una norma de Derecho internacional consuetudinario la posición de los Estados ante Organizaciones o Conferencias internacionales. Véase, al respecto, el «Memorando de la Secretaría sobre formación y documentación del Derecho internacional consuetudinario. Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema», de 14 de marzo de 2013 (A/CN.4/659), disponible en [http://www.un.org/ga/search/viewm\\_doc.asp?symbol=A/CN.4/659](http://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=A/CN.4/659).

<sup>66</sup> Véase su prólogo a la obra de DAVID, P., *Human rights in youth sport: A critical review of children's rights in competitive sports*, Nueva York, Abingdon, 2005, p. viii.

<sup>67</sup> Cfr. el preámbulo de la Resolución 58/5, ya citada aquí.

<sup>68</sup> El Comité de derechos del niño se ha hecho eco en algunas ocasiones de esta preocupación. Así, por ejemplo, en sus Observaciones Finales al Informe inicial de Omán (CRC/C/15/Add.161, de 6 de noviembre de 2001), se mostró «preocupado por la peligrosa situación de los niños que participan en las carreras de camellos. En particular le preocupa que a veces se haga participar a niños muy pequeños y que, a consecuencia de ello, estos sufran lesiones graves e incluso mortales»: véase el apartado 51 de las Observaciones Finales, disponibles en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.161&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.161&Lang=en). Mostró la misma preocupación, en rela-

el exceso de entrenamiento y las formas de comercialización que constituyen explotación<sup>69</sup>, así como las amenazas y privaciones menos visibles, entre las que se encontrarían la ruptura prematura de los lazos familiares y la pérdida de vínculos deportivos, sociales y culturales<sup>70</sup>.

b) *La protección en el ámbito de la lucha contra el dopaje en el deporte*

La cooperación entre los diversos actores implicados ha sido siempre indispensable para asegurar la efectividad en la lucha contra el dopaje. Siendo esto así, cualquier entramado internacional creado con tal fin debía tener en cuenta la diversa naturaleza jurídica, pública y privada, de esos actores. La creación de la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) demostró precisamente eso: que la armonización normativa y la coordinación entre autoridades públicas y privadas resultan ser elementos clave de la lucha internacional contra el dopaje<sup>71</sup>. Se trata, desde el punto de vista jurídico, de una fundación de Derecho privado regulada por sus Estatutos y por los arts. 80 y ss. del Código Civil suizo. Desde un punto de vista organizativo, la AMA constituye

---

ción con el mismo problema, en las Observaciones Finales al Informe inicial de los Emiratos Árabes Unidos (CRC/C/15/Add.183, de 13 de junio de 2002, apdo. 40), disponibles en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.183&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.183&Lang=en). En un sentido similar, el Comité alertó expresamente en sus Observaciones Finales al segundo Informe periódico de Mongolia sobre «la peligrosa situación de los niños que, con cada vez mayor frecuencia, participan y son explotados en carreras tradicionales de caballos, carreras que han experimentado cambios considerables y han pasado de ser un deporte tradicional a ser un negocio lucrativo en el que se abusa de los niños y se los explota» (CRC/C/15/Add.264, de 21 de septiembre de 2005, apdo. 60). Estas Observaciones Finales están disponibles en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5).

<sup>69</sup> La explotación de los jóvenes jugadores se identifica también como uno de los retos o amenazas a las que se enfrenta actualmente el deporte en el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre el deporte [COM (2007) 391 final], disponible en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/education\\_training\\_youth/sport/l35010\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/sport/l35010_es.htm).

<sup>70</sup> Véase el preámbulo de la Resolución 58/5 de la AGNU.

<sup>71</sup> Debido a los crecientes escándalos de dopaje, y en particular los acaecidos con ocasión del Tour de Francia de 1998, el COI convocó una Conferencia Mundial sobre el dopaje en el deporte que se celebró en Lausana en febrero de 1999. La Declaración sobre el Dopaje en el Deporte aprobada en el marco de la Conferencia proponía la creación de un organismo internacional antidopaje independiente. El texto de la declaración está disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=402791>. Siguiendo esta indicación, la AMA fue creada en noviembre de 1999 para coordinar la lucha contra el dopaje en el deporte en el ámbito internacional. Esta estructura se encuentra actualmente en proceso de revisión. Durante la 5.ª Cumbre Olímpica celebrada el 5 de octubre de 2016 en Lausana, el COI acordó proponer modificaciones sustanciales al sistema mundial de control de dopaje. Con ese propósito, y de acuerdo con lo indicado en la Agenda Olímpica 2020, que se adoptó en diciembre de 2014, aprobó una Declaración en la que se detallan los propósitos y líneas básicas de la propuesta del COI. Entre ellas, lograr un sistema de control de dopaje más independiente de las organizaciones deportivas (para lo que se debería crear una nueva autoridad de control del dopaje en el seno de la AMA y debería otorgarse al CAS la competencia para imponer las sanciones) y de los intereses nacionales (para ello, la AMA debería tener mayor autoridad sobre las Organizaciones Nacionales Antidopaje y debería poder supervisar los programas nacionales antidopaje). Parece evidente que en el centro de las preocupaciones del COI se encuentra el reciente escándalo de dopaje protagonizado por Rusia, que tuvo efectos devastadores para la participación de sus atletas en los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro. La declaración del COI se encuentra disponible en <https://www.olympic.org/news/declaration-of-the-5th-olympic-summit>.



un modelo *sui generis* que ha sido considerado un ejemplo paradigmático «de la emergencia de las nuevas formas de mecanismos híbridos de gobernanza público-privados en la esfera global»<sup>72</sup> y una muestra del compromiso de actores públicos y privados en el ejercicio conjunto de una determinada función<sup>73</sup>.

La AMA ha generado un *corpus iuris*, el Programa Mundial Antidopaje, compuesto por tres elementos: el Código Mundial Antidopaje (el Código AMA)<sup>74</sup>, los Estándares Internacionales y el Modelo de Buenas Prácticas<sup>75</sup>.

El Código AMA puede ser considerado el documento clave del Programa Mundial Antidopaje. Su propósito principal es armonizar las políticas y reglas que en materia de lucha contra el dopaje se han adoptado por parte de las organizaciones deportivas y autoridades públicas en el mundo. Junto al Código AMA, se han aprobado cinco Estándares Internacionales que pretenden armonizar y clarificar diversos aspectos en el ámbito de la lucha contra el dopaje<sup>76</sup>. Lo que interesa poner de manifiesto ahora es que algunas de las normas contenidas en esta normativa de la AMA podrían vulnerar determinados estándares internacionales de protección de derechos humanos. Es el caso de lo requerido por la Agencia a los deportistas en relación con el deber de estar localizados para someterse a controles antidopaje<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> CASINI, L., «Global Hybrid Public-Private Bodies: The World Anti-Doping Agency (WADA)», *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2009, núm. 2, p. 424.

<sup>73</sup> CHITI, E., «The Governance of Compliance», en CREMONA, M. (ed.), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 45.

<sup>74</sup> Véase sobre el mismo: DAVID, P., *A Guide to the World Anti-Doping Code: The Fight for the Spirit of Sport*, 2.<sup>a</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

<sup>75</sup> Todos estos instrumentos fueron modificados durante la III Conferencia Mundial sobre Dopaje en el Deporte celebrada en Johannesburgo en noviembre de 2013. Las modificaciones allí aprobadas entraron en vigor el 1 de enero de 2015. Todos los instrumentos citados en esta parte del trabajo están disponibles en <https://www.wada-ama.org/en/what-we-do/the-code/2015-world-anti-doping-code-implementation>.

<sup>76</sup> La Lista de Sustancias y Métodos Prohibidos, el Estándar Internacional sobre Controles, el Estándar Internacional sobre Laboratorios, el Estándar Internacional sobre Autorización de Uso Terapéutico y el Estándar Internacional para la Protección de la Intimidad y la Información Personal.

<sup>77</sup> Véanse al respecto los trabajos de: BYRNES, A., *op. cit.*, nota 17, pp. 81-104; CONOLLY, R., «Balancing the Justices in Anti-Doping Law: The Need to Ensure Fair Athletic Competition Through Effective Anti-Doping Programs v. the Protection of Rights of Accused Athletes», *Virginia Sports and Entertainment Law Journal*, vol. 5, 2006, núm. 2, pp. 41-80; HALT, J., «Where is the Privacy in WADA's "Whereabouts" Rule?», *Marquette Sports Law Review*, vol. 20, 2001, núm. 1, pp. 267-281; HANSTAD, D. V. y LOLAND, S., «Elite athletes' duty to provide information on their whereabouts: Justifiable anti-doping work or an indefensible surveillance regime?», *European Journal of Sport Science*, vol. 9, 2009, núm. 1, pp. 3-10; HARD, M., «Caught in the Net: Athletes' Rights and the World Anti-doping Agency», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 19, 2010, pp. 533-564; HOULIHAN, B., «Civil Rights, Doping Control and the World Anti-doping Code», *Sport in Society*, vol. 7, 2004, núm. 3, pp. 420-437; LUKOMSKI, J., «Arbitration clauses in sport governing bodies' statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights», *International Sports Law Journal*, 2013, núm. 1, pp. 60-70; MACGREGOR, O., *et al.*, «Anti-doping, purported rights to privacy and WADA's whereabouts requirements: A legal analysis», *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, vol. 1, 2013, núm. 2, disponible en <http://www.upf.edu/revistafairplay/antiores/>; y SOEK, J.-W., «The Fundamental Rights of Athletes in Doping Trials», en O'LEARY, J. (ed.), *Drugs and Doping in Sport: Socio-Legal Perspectives*, Londres, Cavendish, 2001, pp. 57-73.

El Código AMA, en su art. 2.4, tipifica como infracción a las normas antidopaje «el incumplimiento de la localización/paradero del deportista». Dicha infracción consistirá en «(c)ualquier combinación de tres controles fallidos y/o de incumplimientos del deber de proporcionar los datos de localización/paradero, como está definido en el Estándar Internacional para Controles e Investigaciones, dentro de un periodo de doce meses, por un Deportista del Grupo Registrado de Control». El art. 10 del Código establece en su apartado 3.2 cuál será la sanción por la comisión de una de las infracciones previstas en el mencionado art. 2.4: la suspensión por un periodo que irá del año a los dos años, dependiendo del grado de culpabilidad del deportista.

El Estándar Internacional sobre Controles e Investigaciones<sup>78</sup> especifica detalladamente en su Anexo I las obligaciones de los deportistas sujetos a control, esto es, aquellos que forman parte de un Grupo Registrado de Control<sup>79</sup>. En el mismo se precisa tanto la información que debe ser proporcionada por el atleta<sup>80</sup> como el momento en el que debe ser proporcionada<sup>81</sup>. Además, dicha información «deberá incluir, por cada día del siguiente trimestre, un intervalo de tiempo específico de 60 minutos entre las 5 a.m. y las 11 p.m. cada día en el que el [d]eportista estará disponible y podrá ser ubicado» para la realización de los controles en un lugar específico<sup>82</sup>.

Se impone al deportista la obligación «de asegurarse de proporcionar toda la información requerida [...] de forma exacta y lo suficientemente detallada como para permitir que cualquier Organización Antidopaje pueda localizarlo con el fin de realizar los controles cualquier día del trimestre en los horarios y lugares especificados»<sup>83</sup>, incluido el intervalo de tiempo de sesenta minu-

<sup>78</sup> Me refiero aquí a la versión en vigor desde enero de 2015, disponible en [https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada-2015-isti-final-esp\\_0.pdf](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada-2015-isti-final-esp_0.pdf). Una nueva versión estará en vigor desde el 1 de enero de 2017. Dicha versión está disponible en [https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/isti\\_2017\\_jan\\_spanishfinal.pdf](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/isti_2017_jan_spanishfinal.pdf).

<sup>79</sup> Que el Estándar Internacional sobre Controles e Investigaciones define como el «Grupo de deportistas de la más alta prioridad identificados separadamente a nivel internacional por las Federaciones Internacionales y a nivel nacional por las Organizaciones Nacionales Antidopaje, que están sujetos a la vez a controles específicos en competición y fuera de competición en el marco de la planificación de distribución de los controles de dicha Federación Internacional u Organización Nacional Antidopaje y que están obligados a proporcionar información acerca de su localización/paradero conforme al art. 5.6 y el Estándar Internacional para Controles e Investigaciones».

<sup>80</sup> Entre la información requerida se encuentra una dirección postal completa donde se le pueda enviar correspondencia, la dirección completa del lugar donde pasará la noche (su casa, un alojamiento temporal, un hotel, etc.), el nombre y la dirección de cada lugar donde entrenará, trabajará o realizará cualquier otra actividad regular y los periodos de tiempo habituales en los que realiza esas actividades regulares y el programa de competición (que incluirá el nombre y dirección de cada lugar donde el deportista tiene programado competir durante el trimestre y las fechas en las que tiene programado competir en dichos lugares).

<sup>81</sup> La información se proporcionará, por cada día del siguiente trimestre, en una fecha especificada por la Organización Antidopaje Responsable. Esta fecha será anterior al primer día de cada trimestre (1 de enero, 1 de abril, 1 de julio y 1 de octubre).

<sup>82</sup> Por supuesto, si cambian las circunstancias y el deportista no va a estar disponible en el lugar especificado cuando proporcionó la información, podrá actualizarla.

<sup>83</sup> Véanse las «Directrices para la implementación de un Programa de Controles eficaz» aprobadas por la AMA y disponibles en [https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada\\_guidelines\\_effective\\_testing\\_2014\\_spa.pdf](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_guidelines_effective_testing_2014_spa.pdf).

tos al que se ha hecho referencia. Dicha información deberá ser suficiente para que la Organización Antidopaje pueda encontrar el lugar especificado, acceder al mismo y encontrar al deportista. De no ser así, los hechos podrían calificarse como un incumplimiento del deber de proporcionar los datos de localización/paradero y/o como la evasión de una recogida de muestras, lo que llevará aparejada, en su caso, la sanción correspondiente. De acuerdo con las mencionadas «Directrices para la implementación de un Programa de Controles efectivo», el principio básico es el de la responsabilidad del propio deportista para lograr estar disponible para la realización de controles.

Las organizaciones y autoridades deportivas están obligadas por las reglas descritas en el epígrafe anterior. Las decisiones que adopten en aplicación de las mismas tendrán, además, un efecto directo sobre los deportistas, que podrán verse apartados de las competiciones<sup>84</sup> durante largos periodos de tiempo<sup>85</sup>.

Así las cosas, ¿cuál es el papel que corresponde a los Estados? ¿Tienen la obligación de implementar lo requerido en el Código AMA y los Estándares Internacionales? Dar respuesta a estas preguntas exige analizar de qué modo el Código AMA y la Convención internacional de la UNESCO contra el dopaje en el deporte conciben sus relaciones mutuas.

Encontramos una respuesta preliminar a estas cuestiones en el art. 3 de la Convención, que establece que con el propósito de dar cumplimiento a los objetivos de la misma los Estados parte se obligan a adoptar medidas apropiadas, en el plano nacional e internacional, *acordes con los principios* del Código<sup>86</sup>. Más explícito es el art. 4, que regula, precisamente, las relaciones de la misma con el Código AMA<sup>87</sup>. De acuerdo con el apartado 3 del artículo,

---

<sup>84</sup> Estas están, por lo demás, organizadas en términos de monopolio, lo que incide directamente en la supuesta «libertad» del deportista de federarse o no. Esto es, al igual que en el ámbito interno una única federación puede organizar competiciones oficiales, dicha facultad corresponderá, en el ámbito internacional, a una única Federación internacional o, en su caso, al COI. La cuestión de la eventual incompatibilidad de ese régimen de monopolio con las normas del Derecho de la competencia de la UE le fue sometida al Tribunal de Justicia en el asunto *David Meca Medina e Igor Majcen c. Comisión de las Comunidades Europeas* (asunto C-519/04-P, ECLI:EU:C:2006:492). El Tribunal afirmó que los recurrentes tenían razones fundadas para sostener que el Tribunal de Primera Instancia había incurrido en un error al desestimar su demanda basándose en que la normativa antidopaje controvertida (el Código antidopaje del COI aplicado por la Federación Internacional de Natación a los recurrentes) no estaba comprendida en el art. 49 del Tratado de la Comunidad Europea (actual art. 56 del TFUE) ni en el Derecho sobre la competencia (cfr. el apdo. 34 de la sentencia). Véase sobre esta sentencia: ZYLLBERSTEIN, J., «Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina», *Cahiers du Droit Européen*, vol. 43, 2002, núms. 1-2, pp. 213-237. Y sobre la cuestión de la aplicación del Derecho de la competencia de la UE en este ámbito: VAN ROMPUY, B., «The role of EU competition law in tackling abuse of regulatory power by sports associations», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, 2015, núm. 2, pp. 179-208.

<sup>85</sup> «Quant à la force de coercition des ordres juridiques sportifs, elle prend la forme de l'exclusion (analogue à l'excommunication du droit canonique), laquelle est souvent plus efficace que les actes matériels de contrainte physique appliqués par l'Etat sur son territoire, mais dont la force s'éteint au-delà de ses frontières», RIGAUX, F., *op. cit.*, nota 2, p. 66.

<sup>86</sup> La cursiva es mía.

<sup>87</sup> En virtud del apartado primero de este artículo, «(c)on miras a coordinar, en el plano nacional e internacional, las actividades de lucha contra el dopaje en el deporte, los Estados Parte se comprome-

solo los Anexos I<sup>88</sup> y II<sup>89</sup> forman parte integrante de la Convención. El art. 4.2 establece que las versiones actualizadas de los Apéndices 2<sup>90</sup> y 3<sup>91</sup> solo se reproducen a título informativo y que no forman parte integrante de la misma. Dichos apéndices, añade, «no crean ninguna obligación vinculante en Derecho internacional para los Estados Parte».

Por otro lado, el art. 22 del Código AMA regula la «implicación de los gobiernos» en la implementación del Programa Antidopaje de la Agencia. Establece que con el objeto de hacer constar su compromiso con respecto al Código, cada gobierno «firmará» la Declaración de Copenhague contra el dopaje en el deporte de 3 de marzo de 2003<sup>92</sup>, y ratificará, aceptará, aprobará o asumirá la Convención de la UNESCO<sup>93</sup>.

Los distintos apartados del art. 22 establecen las «expectativas» que deben cumplir los signatarios. Entre ellas, emprender las acciones y tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Convención de la UNESCO (art. 22.1), promover la cooperación entre la totalidad de sus servicios o agencias públicas y las Organizaciones Antidopaje para que compartan con ellas información que pueda resultar útil en la lucha contra el dopaje, siempre y cuando con ello no se infrinja «ninguna otra norma jurídica» (art. 22.3), y respetar el arbitraje como vía preferente para resolver disputas relacionadas con el dopaje, «teniendo en cuenta los derechos humanos y fundamentales y el correspondiente Derecho nacional aplicable» (art. 22.4).

Siendo únicamente «expectativas», cabe preguntarse cuáles serían las consecuencias de que las mismas no fuesen satisfechas por los Gobiernos. El apartado 8 del art. 22 del Código AMA únicamente se refiere a la no ratificación, aceptación, aprobación o asunción de la Convención de la UNESCO antes del 1 de enero de 2016, o a su incumplimiento. En tales casos, el Estado podría no ser elegible para optar a la celebración de eventos deportivos. Además, el incumplimiento del Código por parte de los signatarios podrá

---

ten a respetar los principios del Código como base de las medidas previstas en el Art. 5 de la presente Convención. Nada en la presente Convención es óbice para que los Estados Parte adopten otras medidas que puedan complementar las del Código».

<sup>88</sup> La lista de sustancias prohibidas.

<sup>89</sup> Las normas para la concesión de autorizaciones para uso con fines terapéuticos.

<sup>90</sup> Las normas internacionales para los laboratorios.

<sup>91</sup> La norma internacional para los controles, a la que nos acabamos de referir.

<sup>92</sup> Disponible en <https://www.wada-ama.org/en/resources/world-anti-doping-program/copenhagen-declaration>.

<sup>93</sup> Tal y como se explica en el comentario al art. 22 «(l)a mayor parte de los gobiernos no pueden ser partes de, ni quedar vinculados por, instrumentos privados no gubernamentales como el Código. Es por ello por lo que no se pide a los gobiernos que sean Signatarios del Código, sino que firmen la Declaración de Copenhague y ratifiquen, acepten, aprueben o asuman la Convención de la UNESCO. Aunque los mecanismos de aceptación pueden ser diferentes, todas las medidas que tengan como objetivo la lucha contra el dopaje a través de un programa coordinado y armonizado según lo reflejado en el Código, siguen constituyendo un esfuerzo común del movimiento deportivo y de los gobiernos. Este artículo establece lo que los Signatarios esperan claramente de los gobiernos. No obstante, se trata simplemente de “expectativas”, puesto que los gobiernos solamente están “obligados” a acatar las exigencias de la Convención de la UNESCO».

acarrear consecuencias adicionales. Entre ellas, «la prohibición de ocupar dependencias y puestos dentro de la AMA, la imposibilidad de optar o la no admisión de candidaturas para celebrar Eventos Internacionales en un país, la cancelación de Eventos Internacionales, consecuencias simbólicas y otras con arreglo a la Carta Olímpica»<sup>94</sup>.

Un considerable número de Estados, sin embargo, ha incorporado las reglas a las que hemos hecho referencia a sus Derechos internos. Una eventual exclusión de sus selecciones o equipos de las competiciones internacionales parece haber sido un poderoso incentivo para hacerlo. Los problemas surgen si consideramos que esta normativa puede vulnerar obligaciones exigibles a esos mismos Estados en virtud del DIDH. ¿Les impone este sector del Derecho internacional límites en el marco de la lucha contra el dopaje en el deporte?

Siguiendo las reglas adoptadas en el seno de la AMA, las autoridades disciplinarias correspondientes, nacionales o internacionales, podrán decidir la imposición de la sanción que corresponda al deportista que ha vulnerado la normativa antidopaje. De acuerdo con el Código AMA, esas sanciones deben adoptarse después de un «juicio justo» en el que se respeten plenamente las garantías procedimentales del deportista<sup>95</sup>. Llegados a este punto, la cuestión que me interesa abordar es la de la posible intervención de los órganos de protección internacional de derechos humanos en caso de que aquellas garantías se viesen vulneradas. El razonamiento que sigue a continuación se ciñe, por tanto, a los casos en los que el deportista es sancionado por la infracción de la normativa antidopaje de acuerdo con unos procedimientos que son susceptibles de vulnerar sus derechos a la intimidad<sup>96</sup>, al buen nombre o al trabajo, y presupone, dada la regla del agotamiento previo de los recursos internos, la

<sup>94</sup> Véase el art. 23.6 del Código AMA. España fue declarada por la AMA, el 19 de marzo de 2016, país «no cumplidor» del Código AMA. Dicho cumplimiento exige la reforma de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, BOE núm. 148, de 21 de junio de 2013, con el objeto de introducir dos nuevas infracciones a la normativa antidopaje (complicidad y asociación prohibida), aumentar las sanciones aplicables en caso de dopaje intencionado, que deberán pasar de dos a cuatro años de suspensión, la modificación del plazo de prescripción de las infracciones de los ocho años contemplados en la mencionada Ley Orgánica a los diez previsto por el Código AMA y la completa adecuación de la normativa española a las reglas sobre localización del deportista que han sido descritas aquí. Como consecuencia de dicha declaración, el Laboratorio de Control de Dopaje de Madrid fue «desacreditado» en junio de 2016: <https://www.wada-ama.org/en/media/news/2016-06/wada-suspends-the-accreditation-of-the-madrid-laboratory>.

<sup>95</sup> Véase el art. 8 del Código, relativo al derecho a un juicio justo y a la notificación del Dictamen de audiencia. Hay quien defiende la posibilidad de renunciar voluntariamente a este derecho: DE MONTMOLLIN, J. y PENSTOV, D. A., «Do Athletes Really Have the Right to a Fair Trial in “Non-analytical Positive” Doping Cases?», *American Review of International Arbitration*, vol. 22, 2011, núm. 2, pp. 206-208.

<sup>96</sup> Se ha pronunciado reiteradamente al respecto el Grupo de la UE de protección de datos del art. 29, creado por la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, DO L núm. 281, de 23 de noviembre de 1995. Puede verse sobre el particular, por ejemplo, su Dictamen 3/2008 sobre el proyecto de norma internacional del Código Mundial Antidopaje para la protección de la intimidad, de 1 de agosto de 2008, disponible en [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp156\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp156_es.pdf). Ha expresado preocupaciones semejantes, en el ámbito del Consejo de Europa, el Comité Europeo *ad hoc* para la AMA (CAHAMA, por sus siglas en

intervención previa de los tribunales del Estado. Si bien el modelo de revisión de las sanciones deportivas parece evolucionar hacia posiciones favorables a la intervención, al menos limitada<sup>97</sup>, de los jueces internos<sup>98</sup>, resulta más complicado que dicha condición pueda cumplirse cuando la sanción ha sido impuesta por los órganos disciplinarios deportivos internacionales<sup>99</sup>.

Existe ya un grupo de casos esperando a ser admitidos a trámite por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>100</sup>. Vamos a referirnos a ellos, de modo necesariamente breve<sup>101</sup>.

inglés). Véase al respecto su análisis disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd\\_documents/T-DO\(2012\)INF16\\_EN\\_data\\_protection.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/T-DO(2012)INF16_EN_data_protection.pdf).

<sup>97</sup> Que no alcanza, en general, a la revisión de la vulneración de lo que cabría denominar «las reglas del juego», definidas como «*the rules of the particular sport, as well as the enforcement of these rules by the game officials*»: MCLAREN, R. H., «The Court of Arbitration for Sport», en NAFZIGER, J. A. R. y ROSS S. F. (eds.), *Handbook of International Sports Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 43.

<sup>98</sup> «*Most national courts [...] would not let the private nature of the actors stand in the way of an assessment of the rules and proceedings in the light of principles of administrative law (preliminary hearing, motivation on decisions, transparency and legal security...) and fundamental human rights (independence of tribunal, presumption of innocence)*»: VAN VAERENBERGH, A., *op. cit.*, nota 20, p. 17.

<sup>99</sup> En España, el art. 33 de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, BOE núm. 279, de 22 de noviembre de 2006, establecía que las sanciones impuestas por organizaciones internacionales, a las que estén adscritas las respectivas federaciones deportivas españolas, se aplicarían en España y producirían la suspensión de la licencia federativa y la inhabilitación para participar en competiciones oficiales. Ello salvo que el extinto Comité Español de Disciplina Deportiva (CEDD) declarase la sanción contraria al ordenamiento jurídico español. En este sentido, el art. 22.2 de la Ley incorporaba un mecanismo que permitía a los deportistas cuestionar ante el mencionado CEDD la compatibilidad de la sanción impuesta por una Federación internacional, o el propio TAS, con los principios que informan la potestad sancionadora pública. La decisión del CEDD agotaba la vía administrativa previa al contencioso. Algunas decisiones de Federaciones internacionales fueron declaradas incompatibles con los mencionados principios y, consiguientemente, inaplicables en España, en aplicación de este mecanismo. La Ley Orgánica 7/2006 se mantuvo en vigor hasta el 11 de julio de 2013. Su «sucesora», la Ley Orgánica 3/2013, ya citada aquí, no contiene un mecanismo semejante. Para otros ejemplos en los que un juez interno ha decidido la inaplicación en el territorio del Estado de sanciones decididas por órganos deportivos internacionales, véase VAN VAERENBERGH, A., *op. cit.*, nota 20, pp. 19-20.

<sup>100</sup> Aunque se refiere a una normativa que ya no está en vigor, no puede dejar de citarse aquí la reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo que anula parcialmente la resolución de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes de 4 de febrero de 2013, por la que se aprobaba en formulario de localización de los deportistas (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2013). En su Sentencia de 28 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:408) la Sala de lo Contencioso Administrativo hace las siguientes observaciones: «Ya se ha dicho que no está en cuestión la represión del dopaje deportivo. Otra cosa es el límite de lo tolerable para lograr ese objetivo de lo que se ha dado en denominar “buen orden deportivo”. Es cierto que los controles en competición no son suficientes para garantizar una seguridad total que evite el fraude a la competición. Así se pasó en la evolución de las medidas antidopaje a la realización de controles fuera de competición. Ello va suponiendo un creciente grado de incidencia en la esfera de libertad e intimidad personales. La realización de los controles fuera de competición parece requerir contar con información sobre el paradero habitual de los deportistas; se impone por ello a estos últimos la obligación de declararlo. La posibilidad de que la identificación del lugar de residencia no asegure el éxito del encuentro hace que dicha obligación torne en una obligación de acudir a un lugar determinado a una hora determinada. Se asegura así la completa disponibilidad del deportista si las autoridades competentes deciden realizar el control. Ahora bien, si no todo vale para competir —y de eso no cabe duda— tampoco vale todo para controlar. La existencia de un marco legal internacional (así art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 5 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) claramente consolidado en lo que hace al reconocimiento del derecho a la libertad personal y a la intimidad, exige que las

(Véase nota 101 en página siguiente)

De un lado, en dos casos que han sido hace ya algún tiempo comunicados a las partes y respecto de los que está pendiente una decisión sobre la admisibilidad, los demandantes cuestionan la compatibilidad de las medidas legislativas nacionales adoptadas para incorporar al ordenamiento jurídico interno las reglas contenidas en el Código AMA y los Estándares Internacionales con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>102</sup>. En abril de 2010, Francia adoptó la Ordenanza núm. 2010-379, relativa a la salud de los deportistas y a la adecuación del Código del Deporte con los principios del CMA. Dos años más tarde, se aprobó la Ley núm. 2012-158, relativa al refuerzo de la ética deportiva y de los derechos de los deportistas. Los demandantes en estos casos consideran que las exigencias relativas a la localización de los deportistas a los efectos de su sometimiento a los controles antidopaje contenidas en dicha normativa, que «traslada» al ordenamiento jurídico interno las exigencias del CMA, vulneran su derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado por el art. 8.1 del CEDH, y el art. 2 del Protocolo núm. 4 al Convenio, que protege la libertad de circulación<sup>103</sup>. De otro lado, en otros tres asuntos que se encuentran también pendientes de una decisión sobre su admisibilidad, los demandantes consideran que el procedimiento ante el CAS vulnera el derecho a un proceso equitativo protegido por el art. 6 del CEDH<sup>104</sup>. La aplicación del mismo en el marco de los procedimientos que se

---

restricciones a estos derechos deberán estar previstas en un instrumento normativo de rango suficiente y, además, deberán ser interpretadas de una forma restrictiva» (FJ 7).

<sup>101</sup> En un sentido diferente, debe ponerse de manifiesto que el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha declarado inaplicables ciertas reglas deportivas que ha considerado contrarias al Derecho de la UE. El Tribunal de Luxemburgo ha afirmado reiteradamente, en lo que ya puede ser considerada una doctrina bien asentada, que el Derecho de la UE se aplica a la actividad deportiva en la medida en que la misma constituya una actividad económica. En otras palabras, la actividad deportiva caerá bajo el ámbito de aplicación del Derecho de la UE (de las libertades comunitarias y las normas sobre libre competencia) únicamente cuando su desempeño resulte en una actividad económica de algún modo regulada por aquel ordenamiento jurídico. Y, en consecuencia, únicamente será posible admitir aquellas excepciones que resulten justificadas por la necesaria consecución de otros fines del Derecho de la UE. Como, por ejemplo, la protección de la salud pública o la promoción de valores educativos. En esta misma línea, el TJUE ha mantenido que las normas deportivas no estarán sujetas al Derecho de la UE cuando regulen cuestiones que tengan un mero interés deportivo. Es el caso, entre otras reglas, de la que exige que los participantes en las selecciones nacionales tengan la nacionalidad del Estado al que el equipo representa. Para un análisis de las decisiones del TJUE relativas a la aplicación del Derecho de la UE a la actividad deportiva puede verse: DUVAL, A. y VAN ROMPUY, B. (eds.), *The Legacy of Bosman: Revisiting the Relationship between EU Law and Sport*, La Haya, T. M. C. Asser Press, 2016, y PENN, D. W., «From Bosman to Simutenkov: The Application of Non-Discrimination Principles to Non-EU Nationals in European Sports», *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 30, 2006, núm. 1, pp. 203-232.

<sup>102</sup> Esa «traslación» de la normativa antidopaje de la AMA al Derecho interno facilita la intervención de los jueces internos en estos casos, y por tanto, el agotamiento de los recursos internos que se interponen para tratar de anular sus efectos.

<sup>103</sup> Se trata de los asuntos *Federación Nacional de Sindicatos Deportivos y otros c. Francia*, demanda núm. 48151/11 (el caso fue comunicada a las partes el 26 de junio de 2013) y *Longo y Ciprelli c. Francia*, demanda núm. 77769/13 (el caso fue comunicado a las partes el 18 de junio de 2014).

<sup>104</sup> Se trata de los asuntos *Bakker c. Suiza*, demanda núm. 7198/07 (el caso fue comunicado a las partes el 7 de septiembre de 2013), *Mutu c. Suiza*, demanda núm. 40575/10 (el caso fue comunicado a las partes el 12 de febrero de 2013) y *Petchstein c. Suiza*, demanda núm. 67474/10 (el caso fue comunicado a las partes el 13 de febrero de 2013).

siguen ante órganos disciplinarios deportivos ha sido aceptada, por lo demás, por el propio CAS<sup>105</sup>.

La admisibilidad de estos asuntos supondría, en mi opinión, una excelente oportunidad para que el TEDH afirmase la vigencia, en el ámbito deportivo, de los derechos fundamentales protegidos por el Convenio y, en definitiva, de la aplicación de algunos de los estándares del DIDH en dicho ámbito<sup>106</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Este trabajo ha tratado de mostrar que, desde diferentes ángulos, y a pesar de la tradicional resistencia de las organizaciones deportivas, naturalmente defensoras de una autonomía reguladora y organizativa plena, el Derecho internacional público no ha permanecido al margen de «lo deportivo». En primer lugar, porque algunas de sus normas —tratados internacionales, resoluciones de diversas Organizaciones Internacionales— tienen como objetivo la imposición a los Estados de obligaciones directamente relacionadas con cuestiones de esa índole. La lucha contra el dopaje en el deporte, asumida no solo por las organizaciones deportivas, sino también por Estados y Organizaciones Internacionales como un objetivo propio, constituye, sin duda, un ejemplo claro en este sentido.

Junto a este grupo de normas internacionales, se ha identificado aquí al deporte como un instrumento al servicio de la implementación de funciones propias del Derecho internacional, de grandes objetivos de la Comunidad internacional: la promoción de la paz y el desarrollo, de una parte, y de los derechos humanos, de otra. Es muy relevante también, por último, la discusión sobre el papel que está llamado a jugar el DIDH en relación con la protección de los derechos fundamentales de los deportistas. Sometidos tradicionalmente a procedimientos no judiciales de arreglo de controversias, el llamado arbitraje deportivo, desarrollados de acuerdo con normas emanadas de las propias organizaciones deportivas, los deportistas pueden verse desprotegidos si aquellas normas no respetan estándares internacionalmente aceptados de protección de derechos humanos. Para evitar esa desprotección se ha defendido aquí la intervención de los órganos de protección internacional de derechos humanos y, en particular, la del TEDH. Dicha intervención no debe suponer un obstáculo, quizás más bien al contrario, al desarrollo por parte de los órganos deportivos arbitrales, incluido el CAS, de

---

<sup>105</sup> Que ha afirmado, al respecto, lo siguiente: «*La Formation arbitrale est consciente du fait que certaines garanties procédurales découlant de l'article 6.1 de la CEDH, dans les litiges portant sur des droits et obligations de caractère civil, sont indirectement applicables même devant un tribunal arbitral —d'autant plus en matière disciplinaire—*»: cfr. el apartado 24 del Laudo Arbitral 2011/A/2433, *Amadou Diakite c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, de 8 de marzo de 2012, disponible en <http://www.tas-cas.org/en/jurisprudence/archive.html>.

<sup>106</sup> Lo que nos sitúa, por lo demás, en el ámbito de la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares.



un Derecho no dispositivo, una suerte de *ius cogens*, específico en materia de derechos humanos<sup>107</sup>.

Los avances y desarrollos mencionados permitirían hablar, en mi opinión, de un Derecho internacional del deporte, al que cabría definir como el conjunto de principios, reglas y procedimientos que garantizan la consecución de las mencionadas funciones del Derecho internacional.

## RESUMEN

### ¿UN DERECHO INTERNACIONAL DEL DEPORTE? REFLEXIONES EN TORNO A UNA RAMA DEL DERECHO INTERNACIONAL *IN STATU NASCENDI*

Este trabajo pretende contribuir a la reflexión académica sobre la existencia y funciones de un Derecho internacional del deporte. Con ese propósito, se analizan en el mismo los desarrollos normativos internacionales tendentes a la consecución de objetivos propios del entorno deportivo, de un lado, y de objetivos clásicos del Derecho internacional, de otro. El estudio presta especial atención al papel que está llamado a jugar en este ámbito el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en lo que hace tanto a la posible conformación de un derecho humano al deporte, como a la aplicabilidad de sus normas para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales de los deportistas.

**Palabras clave:** Derecho internacional del deporte, regulación internacional del deporte, pluralismo jurídico, derechos humanos, derecho al deporte, lucha contra el dopaje, solución de controversias deportivas, arbitraje deportivo.

## ABSTRACT

### AN INTERNATIONAL SPORTS LAW? SOME REFLECTIONS ABOUT A BRANCH OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW *IN STATU NASCENDI*

This work aims to contribute to the academic reflection about the existence and functions of a Public International Sports Law. It examines the main international normative developments aiming to the achievement of sporting objectives, on the one side, and of typical objectives of International Law, on the other. The study pays special attention to the relationship between International Human Rights Law and sport. In this regard, it analyses both the progressive conformation of a human right to sport, and how that branch of International Law serves to the protection of sportspeople's fundamental rights.

**Keywords:** International sports law, international regulation of sport, legal pluralism, human rights, human right to sport, fight against doping, sporting related disputes settlement, sport arbitration proceeding.

---

<sup>107</sup> «Arbitration instances must move beyond concrete contractual terms in order to take environmental consequences and human rights complications into account as part of a specific *ius non dispositivum*; equally, courts of arbitration must apply their own *ordre public* [...] At the same time, if arbitration courts fail to take into account *ius cogens*, it may well be that national courts will not enforce their decision», FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*, nota 26, pp. 1038-1039.



## EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Justo CORTI VARELA\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PRUEBA CIENTÍFICA Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.—2.1. La incorporación de la prueba científica.—2.1.1. La incorporación de la prueba científica en la Corte Internacional de Justicia.—2.1.2. La incorporación de la prueba científica en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.—2.1.3. La incorporación de la prueba científica en la Organización Mundial de Comercio.—2.1.4. ¿Pueden las convicciones de un experto hacia el principio de precaución afectar su independencia e imparcialidad?—2.2. La distinción entre elementos fácticos y jurídicos.—3. LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.—4. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y EL *STANDARD OF REVIEW*.—4.1. El principio de precaución como atenuante.—4.2. El incumplimiento de obligaciones precautorias internacionales.—5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Siguiendo una definición clásica, podemos decir que el principio de precaución es aquel que afirma:

«Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente»<sup>1</sup>.

Como puede apreciarse, es un principio dirigido a la toma de decisiones en un contexto de incertidumbre científica. De ahí su inclusión en un gran número de tratados y acuerdos internacionales<sup>2</sup> que regulan la toma de deci-

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Adjunto de Derecho internacional público Universidad CEU San Pablo. Ha sido académico visitante del *University College London*, investigador post-doctoral del *Centre National de la Recherche Scientifique* y profesor visitante de la *Université Paris X*. Correo electrónico: [jlcorti@ceu.es](mailto:jlcorti@ceu.es).

<sup>1</sup> Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 14 de junio de 1992, Naciones Unidas (ONU) Doc. A/CONF.151/26/Rev.1.

<sup>2</sup> El primer texto internacional en incluirlo es el correspondiente a la Conferencia Ministerial del Mar del Norte, Bremen, 1 de noviembre de 1984. Los principales instrumentos internacionales que lo incluyen son el Protocolo de Montreal, anejo a la Convención de Viena para la Protección de la Capa de

siones por parte de los Estados en materias tales como la protección de la salud y vida de personas, animales y plantas, el medioambiente o la seguridad alimentaria. Asimismo, de modo indirecto, el principio de precaución afecta al Derecho comercial internacional<sup>3</sup> y al Derecho del mar<sup>4</sup> ya que estos se ven en la necesidad de crear excepciones a principios propios, como la libertad de comercio o de pesca en alta mar, para poder garantizar la protección efectiva de los bienes jurídicos antes mencionados.

El principio de precaución, como tal, ha sido estudiado en profundidad por la doctrina internacionalista española<sup>5</sup> e internacional<sup>6</sup>. No es el objeto

---

Ozono, 16 de septiembre de 1987; la Convención de Bamako sobre la Prohibición de la importación a África y la fiscalización de los movimientos transfronterizos y el manejo dentro de África de desechos peligrosos, 30 de enero de 1991 [véase art. 4.3.f)]; el Plan de Acción Agenda 21 de la Cumbre de la Tierra de Río (en relación con la protección del medioambiente marino), 14 de junio de 1992; el Acuerdo de la ONU sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención sobre el Derecho del Mar relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces altamente migratorios, Nueva York, 8 de septiembre de 1995, ONU Doc. A/CONF.164/37 (véase art. 6.2); Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Montreal, 29 de enero de 2000 (véase preámbulo, arts. 10.6, 11.6 y 11.8); el Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes, 23 de mayo de 2001 (véanse arts. 4 y 8.7); y el Acuerdo de París de la Convención Marco sobre el Cambio Climático, 12 de diciembre de 2015, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1. Para un estudio pormenorizado de todos los instrumentos internacionales que lo incluyen véase de SADELEER, N., *Environmental principles: from political slogans to legal rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 94. Véase también FREESTONE, D. y HEY, E., «Origins and development of the precautionary principle», en FREESTONE, D. y HEY, E. (eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, pp. 3-15, p. 3. Igualmente BIRNIE, P., BOYLE, A. y REDGWELL, C., *International Law and the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 154-164. Para un análisis de los antecedentes previos al reconocimiento en los tratados internacionales, véase TROUWOST, A., *Evolution and Status of the Precautionary Principle*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, p. 20.

<sup>3</sup> A falta de una mención expresa en los textos, la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio (OMC) no reconoce al principio de precaución como tal, pero acepta que durante la evaluación de riesgos del art. 5.1 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) se tenga en cuenta una *aproximación de prudencia y precaución*, especialmente cuando nos enfrentamos a *daños irreversibles o hasta mortales* para la vida o la salud de las personas. Véase referencias nota 7. Comentando la jurisprudencia OMC y comparándola con la de la UE, véase CORTI VARELA, J., *Organismos Genéticamente Modificados y Riesgos Sanitarios y Medioambientales. Derecho de la Unión Europea y de la Organización Mundial del Comercio*, Madrid, Reus, 2010, pp. 199-200. Véase asimismo el art. 5.7 del Acuerdo MSF, de clara inspiración precautoria.

<sup>4</sup> Por ejemplo, el art. 3.2 del Convenio sobre Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico, 24 de septiembre de 1992.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ-MAGDALENO, R. I., «El régimen internacional de la pesca de ballenas: entre la conservación y la explotación (a propósito del asunto de la pesca de ballenas en el océano antártico)», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, pp. 143-174; JUSTE RUIZ, J. y BOU FRANCH, V. E., «El caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay: Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril 2010», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 21, 2011, núm. 1; OANTA, G. A., «El alcance del principio de precaución en el marco de la Organización mundial del comercio», *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 12, 2008, pp. 685-705; y JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2001.

<sup>6</sup> TROUWHORST, A., «Prevention, Precaution, Logic and Law. The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions», *Erasmus Law Review*, vol. 2, 2009, pp. 105-127; FITZMAURICE, M., *Contemporary issues in international environmental law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009, pp. 1-67; GRIMEAUD, D., «The precautionary principle in international environmental and trade law», en FAURE, M. y VOS, E. (eds.),

del presente artículo hacer un estado de la cuestión de esta rica bibliografía. Lo que aquí analizaremos es su tratamiento por la jurisprudencia.

Partimos de la base de que si bien todavía no ha sido reconocido como principio consuetudinario del Derecho internacional<sup>7</sup>, dicho reconocimiento no sería necesario para que pueda alterar la carga de la prueba o influir en el estándar de revisión<sup>8</sup>. Esta capacidad deriva de las dos vertientes del principio: la administrativa, como justificación de decisiones nacionales restrictivas con limitado sustento probatorio; y la propiamente jurisdiccional, como herramienta procesal en los contenciosos internacionales donde la aportación probatoria es escasa o contradictoria. La primera no es controvertida, aunque a veces se anula cuando se contrapone con el principio de soberanía, y será analizada al tratar el estándar de revisión. La segunda, mucho más novedosa, se encuentra en fase de elaboración.

Como herramienta procesal, el principio de precaución puede ayudar a clarificar el tratamiento de la prueba científica compleja en los contenciosos internacionales. Así, la *procedimentalización* del principio de precaución obliga al juez internacional a repensar la admisibilidad de la prueba científica, un aspecto poco tratado al menos en la Corte Internacional de Justicia (CIJ); y a delimitar los hechos científicos (que pueden quedar bajo la opinión de los

---

*Juridische afbakening van het voorzorgsbeginsel: mogelijkheden en grenzen. Den Haag: Gezondheidsraad*, núm. A03/03 2003, pp. 24-26; MARR, S., *The precautionary principle in the law of the sea: modern decision making in international law*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2003; TROUWBORST, A., *Evolution and status of the precautionary principle in international law*, La Haya, Kluwer Law, 2002; LEBEN, C. (ed.), *Le principe de précaution: Aspects de droit international et communautaire*, París, Pantheon, 2002; O'RIORDAN, T., CAMERON, J. y JORDAN, A. (eds.), *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Londres, Cameron May, 2001; y FREESTONE, D. y HEY, E., *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation*, La Haya, Kluwer Law International, 1996.

<sup>7</sup> La discusión ha sido particularmente intensa en el ámbito de la OMC donde, a falta de un reconocimiento expreso en los textos y más allá de menciones generales como las comentadas en la nota 3, solo se podría aplicar plenamente en el caso de que fuese posible demostrar que se trata de un principio general del Derecho internacional cosa que, según la jurisprudencia, todavía no habría ocurrido. Véase, a este respecto, *Estados Unidos c. Comunidades Europeas*, asunto DS26, informe del Órgano de Apelación, 16 de enero de 1998, párr. 124; *Estados Unidos c. Comunidades Europeas* (en adelante *Productos Biotecnológicos*), asunto DS291, informe del Grupo Especial, 29 de septiembre de 2006, párrs. 7.73 y 7.89. En el ámbito internacional, solo un laudo de la Corte Permanente de Arbitraje lo ha reconocido abiertamente. Véase el laudo *Belgica c. Holanda* (en adelante *Iron Rhine Railway*) de 24 de mayo de 2005, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII, pp. 35-125, párr. 59. En Derecho europeo sí que ha sido reconocido como principio general: véase asunto C-180/96, ECLI:EU:C:1998:192, párrs. 99-101; y asunto C-157/96, ECLI:EU:C:1998:191, párrs. 62-64. La doctrina internacionalista concuerda en que es un principio del Derecho internacional *emergente*: véase FREESTONE, D., «Caution or Precaution: A Rose By Any Other Name...?», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 10, 2000, núm. 1, pp. 25-32; CAMERON, J., «The Precautionary Principle: core meaning, constitutional framework & procedures for implementation», en HARDING, R. y FISHER, E. (dirs.), *Perspectives on the precautionary principle*, Sidney, The Federation Press, 1999, p. 30. O que *refleja* al menos la costumbre internacional: véase SANDS, P. y PEEL J., *Principles of international environmental law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 279; y CAMERON, J. y ABOUCHAR, J., «The Status of the Precautionary Principle in International Law», en FREESTONE, D. y HEY, E., *op. cit.*, nota 6, pp. 29-52, p. 30.

<sup>8</sup> FISHER, E., *Risk regulation and administrative constitutionalism*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2007, pp. 44-46.

expertos) respecto de las opiniones jurídicas (que corresponden necesariamente al tribunal), otro aspecto no siempre claro.

Clarificar quién incorpora y cómo incorpora la prueba científica, en un contexto de incertidumbre, es esencial en el uso de mecanismos como el de la carga de la prueba. El principio de precaución la altera e incluso puede llegar a invertirla, con lo que la influencia en el procedimiento es trascendental.

En cuanto al fondo, no deja de ser todavía un tema controvertido ya que enfrenta a los jueces y árbitros internacionales ante la obligación de valorar un principio que es, por naturaleza, de dudosa *judicialidad*<sup>9</sup>. El tribunal internacional deberá decidir qué estándar de revisión va a aplicar sobre las decisiones de los *policy makers* que, en su mayoría, son autoridades estatales en ejercicio de su soberanía. El juego de la carga de la prueba puede resultar importante para determinar criterios coherentes de revisión, así como otros tales como la razonabilidad o el carácter proporcional de la medida.

Por razones metodológicas, nos circunscribimos a jurisprudencia internacional que sea lo más homogénea posible. Como veremos, la intensidad del principio de soberanía puede tener un efecto importante en la admisibilidad de la prueba, en su valoración y en el juego de la carga. Además el respeto a la soberanía estatal puede disminuir el grado de revisión de las decisiones precautorias y, muy especialmente, las no precautorias. Por tanto, no es lo mismo analizar el uso del principio de precaución en instancias internacionales solo interestatales que en aquellas en donde se dirimen cuestiones entre Estados y particulares (como los tribunales de derechos humanos, los arbitrajes de inversiones o el propio Tribunal Penal Internacional). Por la misma razón se excluyen los tribunales regionales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que por efecto de la transferencia de soberanía ejercida en los tratados constitutivos, no aplica el principio de soberanía estatal en toda su amplitud sino más bien el de primacía del Derecho europeo sobre el nacional e incluso el internacional<sup>10</sup>.

Por tanto, se tratará aquella jurisprudencia internacional interestatal relacionada con problemas de prueba científica en un contexto de incer-

---

<sup>9</sup> El principio de precaución es esencialmente una guía para el *policy maker* en la toma de decisiones de gestión de riesgos. Su judicialización es, por tanto, compleja tanto a nivel interno como internacional ya que implica la revisión de decisiones esencialmente políticas adoptadas, normalmente, en contextos donde hay un amplio margen de discrecionalidad. Volveremos sobre este aspecto en la sección 4 del presente artículo. Al respecto, véase FISHER, E., «Is the precautionary principle justiciable?», *Journal of Environmental Law*, vol. 13, 2001, núm. 3, pp. 315-334. Desde una perspectiva más general, sobre la *judicialidad* de los casos científicos complejos, Japón en *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, *Provisional Measures* (en adelante *Atún de aleta azul*), asuntos 3 y 4, argumentó que «*Questions of scientific judgment [...] are not justiciable*» [véase p. 40.a)]. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) no aceptó esta interpretación.

<sup>10</sup> Además este Tribunal muy rara vez resuelve una disputa entre Estados. Solo existe dicha posibilidad en el recurso por incumplimiento (art. 159 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—) siempre y cuando la etapa pre-contenciosa no la haya iniciado la Comisión (art. 158 TFUE). Véase MANGAS MARTÍN A. y LIÑÁN NOGUERAS D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9.<sup>a</sup> ed., Tecnos, 2016, pp. 461-490.

tidumbre que es, esencialmente, el campo donde se aplica el principio de precaución: la de la CIJ<sup>11</sup>, la del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>12</sup> y la del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM)<sup>13</sup>. Si bien hay otras instancias internacionales interestatales donde se pueden encontrar ejemplos de la aplicación del principio, principalmente en tribunales arbitrales *ad hoc*<sup>14</sup>, la falta de homogeneidad en su uso así como la falta de un número de sentencias lo suficientemente importante para percibir un desarrollo jurisprudencial nos hacen decantarnos por circunscribir el estudio a las tres instancias antes mencionadas.

Primeramente analizaremos cómo el principio de precaución influye en el tratamiento que recibe la prueba, científica e incierta, en los contenciosos internacionales. La forma en que se introduce la prueba (solo de parte o también con medios probatorios propios del tribunal) puede alterar su valoración, en especial, para dilucidar si hay o no incertidumbre. Resulta importante analizar los mecanismos para aislar los elementos fácticos de los jurídicos, muchas veces fuertemente interconectados cuando se trata de prueba científica compleja, para impedir que el poder de decisión se traslade de los jueces a los expertos.

En segundo lugar, especialmente si se adopta una etapa probatoria esencialmente contenciosa, destacaremos el impacto sobre la carga de la prueba. La falta de aportación de prueba suficiente del principio de precaución por

---

<sup>11</sup> *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in Nuclear Tests (New Zealand v. France)* (en adelante *Pruebas Nucleares II*), 22 de septiembre de 1995, *ICJ Reports* 1995, p. 288; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* (en adelante *Gabčíkovo*), 25 de septiembre de 1997, *ICJ Reports* 1997, p. 7; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (en adelante *Plantas de Celulosa*), 20 de abril de 2010, *ICJ Reports* 1997, p. 14; *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* (en adelante *Ballenas*), 31 de marzo de 2014, *ICJ Reports* 2014, p. 226. En el asunto *Ballenas*, si bien el principio de precaución fue mencionado y analizado en un voto particular (véase voto particular del Juez Cançado Trindade, párrs. 70-71), no se llegó a aplicar ya que Japón no fue capaz de demostrar que su programa estaba sustentado en argumentos científicos.

<sup>12</sup> *Estados Unidos c. Comunidades Europeas* (en adelante *Hormonas*), asunto DS26, informe del Grupo Especial, 18 de agosto de 1997 e informe del Órgano de Apelación, 16 de enero de 1998; *India, Malasia, Pakistán, Tailandia c. Estados Unidos* (en adelante *Camarones*), asunto DS58, informe del Grupo Especial, 15 de mayo de 1998 e informe del Órgano de Apelación, 12 de octubre de 1998; *Estados Unidos c. Japón* (en adelante *Productos agrícolas*), asunto DS76, informe del Grupo Especial, 27 de octubre de 1998 e informe del Órgano de Apelación, 22 de febrero de 1999; *Canadá c. Comunidades Europeas* (en adelante *Amianto*), asunto DS135, informe del Grupo Especial, 18 de septiembre de 2000 e informe del Órgano de Apelación, 12 de marzo de 2001; *Productos Biotecnológicos* (*op. cit.*, nota 7); y *Comunidades Europeas c. Estados Unidos* (en adelante *Hormonas II*) asunto DS320, informe del Grupo Especial, 31 de marzo de 2008 e informe del Órgano de Apelación, 16 de octubre de 2008.

<sup>13</sup> *Atún de aleta azul*, *op. cit.*, nota 9; *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, *Provisional Measures* (en adelante *Planta MOX*), asunto 10, decisión de 3 de diciembre de 2001; y *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, *Provisional Measures* (en adelante *Malasia c. Singapur*), asunto 12, decisión de 8 de octubre de 2003.

<sup>14</sup> Por ejemplo, el antes mencionado laudo *Iron Rhine Railway*, *op. cit.*, nota 7, o en el ámbito del arbitraje de inversiones, en *Marion Unglaube y otro c. República de Costa Rica*, casos CIADI núms. ARB/08/1 y ARB/09/20, laudo de 12 de junio 2008, párr. 130.

quien tiene la carga puede conllevar la finalización del proceso incluso sin llegar a analizarse el fondo, pero, ¿cómo valorar esa falta en un contexto donde, *per se*, hay incertidumbre científica? Por ello estudiaremos si, en tales casos, el principio de precaución puede alterar o incluso llegar a revertir dicha carga.

En tercer término se tratará el principio de precaución no en su faceta probatoria sino de fondo. Primero, como parámetro de revisión de las decisiones estatales precautorias que puedan considerarse contrarias a principios del Derecho internacional. Aquí el principio de precaución refuerza la acción de los Estados justificando excepciones (muchas de estas adoptadas en un contexto de defensa de la soberanía sanitaria, alimentaria o medioambiental) que carecen de prueba científica completa. Segundo, estudiaremos cómo ha interpretado y aplicado la jurisprudencia internacional la situación contraria, es decir, cuando los Estados parecen violar el principio de precaución proveniente de textos internacionales. Aquí hay una oposición entre precaución y soberanía, por lo que la respuesta de la jurisprudencia es más tibia y se encamina a la resolución del conflicto más por medio de la cooperación que a través de una condena clara al Estado infractor.

## 2. LA PRUEBA CIENTÍFICA Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Los tribunales internacionales deben resolver los casos que se les presentan «de acuerdo con el Derecho internacional»<sup>15</sup>, pero los hechos resultan esenciales para aplicar el Derecho al caso concreto<sup>16</sup>. El Derecho es parte del dominio del conocimiento de los jueces (*jura novit curia*) pero los hechos están en la periferia del control judicial y requieren de un procedimiento (probatorio) para su judicialización<sup>17</sup>. Este puede, por ello, ser especialmente complejo cuando por la naturaleza de la prueba, por ejemplo, su carácter técnico o científico, se aleja mucho del área de conocimiento de los jueces<sup>18</sup>. En tales supuestos es necesario que expertos colaboren con los jueces para una correcta incorporación en el procedimiento<sup>19</sup> y una posterior adecuada

<sup>15</sup> Por ejemplo, art. 38(I) del Estatuto de la CIJ.

<sup>16</sup> De lo contrario, sentencias y laudos serían una mera *abstracción*: véase MBENGUE, M. M., «Scientific Fact-finding at the International Court of Justice: An Appraisal in the Aftermath of the Whaling Case», *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, 2016, pp. 529-550, p. 531.

<sup>17</sup> FOSTER, C. E., *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: expert evidence, burden of proof and finality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 5.

<sup>18</sup> ÁLVAREZ, J. E., «Are International Judges Afraid of Science?: A Comment on Mbengue», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2012, pp. 12-36.

<sup>19</sup> Sobre la siempre compleja relación entre expertos y Derecho internacional, desde una perspectiva general, véase RÍOS RODRÍGUEZ, J., *L'expert en droit international*, París, Pedone, 2010 (con prefacio de Yves Daudet e introducción de José Manuel Sobrino Heredia). Para una perspectiva más centrada en la función judicial, véase RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L., *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement. Entre modalisation et fragmentation*, París, Société de législation comparée, UMR de droit comparé de Paris, vol. 16, 2009, pp. 267-304.



valoración<sup>20</sup>, sin que por ello se deba eliminar la separación tradicional entre hechos y Derecho<sup>21</sup>.

Uno de los elementos que distingue a la prueba científica del resto es que enuncia *probabilidades* en vez de *verdades*<sup>22</sup>. Además, el contenido y la calidad de la prueba científica no son inmutables sino que van variando con el tiempo. Posiciones minoritarias de hoy pueden ser mayoritarias en el futuro, lo que abre la puerta a continuas reevaluaciones y pone en duda el principio de cosa juzgada<sup>23</sup>. Incluso recientemente la ciencia se ha convertido en un fenómeno social. Posiciones que en la comunidad científica serían incuestionables pueden verse debilitadas ante la desconfianza social, que reclama la *democratización* de las decisiones tomadas en base a pruebas científicas<sup>24</sup>. La percepción del riesgo, especialmente en caso de incertidumbre, afecta el modo en que los políticos toman decisiones y los jueces valoran la calidad de los resultados científicos que le sirvieron de base<sup>25</sup>. Como dijo la CIJ en el asunto de las *Plantas de Celulosa* la prueba científica es una categoría especial que requiere un tratamiento por separado<sup>26</sup>.

## 2.1. La incorporación de la prueba científica

La prueba científica se introduce en los procedimientos internacionales de la mano de los expertos. Este tipo de prueba puede producirse a propuesta de parte o por impulso del propio tribunal. Si bien recientemente los tribunales internacionales parecen estar más abiertos a esta última opción<sup>27</sup>, la tradición anglosajona que todavía impera en los procedimientos conduce a cierta *pasividad*<sup>28</sup> en la admisión de pruebas, dejando por tanto en las partes

<sup>20</sup> La prueba científica puede llegar a ser determinante. Como dijo el Órgano de Apelación en *Hormonas II*: «Los expertos nombrados por un grupo especial pueden influir de forma significativa en el proceso de adopción de decisiones. Si un grupo especial no se asegura de que se respeten los requisitos de independencia e imparcialidad en sus consultas con los expertos, se puede poner en peligro la equidad del procedimiento y la imparcialidad de la toma de decisiones», párr. 480.

<sup>21</sup> La separación entre los hechos y el Derecho es particularmente importante ante órganos de apelación, como el de la OMC, ya que no pueden valorar más que el Derecho y la interpretación realizada por el Panel: véase art. 17.6 del Entendimiento Solución de Diferencias (ESD) de la OMC.

<sup>22</sup> D'ASPROMONT, J. y MBENGUE, M. M., «Strategies of Engagement with Scientific Fact-finding in International Adjudication», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5, 2014, núm. 2, pp. 240-272, p. 246.

<sup>23</sup> FOSTER, C. E., *op. cit.*, nota 17, dedica un capítulo completo a este aspecto: «*Reassessment proceedings and res judicata*», pp. 318 y ss.

<sup>24</sup> HOWSE, R., «Democracy, science, and free trade: Risk regulation on trial at the World Trade Organization», *Michigan Law Review*, vol. 98, 2000, núm. 7, pp. 2329-2357.

<sup>25</sup> JASANOFF, S., «What judges should know about the sociology of science», *Jurimetrics*, vol. 32, 1992, núm. 3, pp. 345-359, p. 349.

<sup>26</sup> *Plantas de Celulosa*, *op. cit.*, nota 11, párr. 109. Coincidentemente votos particulares del Juez Cançado Trindade (p. 191) y del Juez Yusuf (p. 219). Esta misma opinión se encuentra también en la doctrina. Por ejemplo, RIDDELL, A. y PLANT, B., *Evidence before the International Court of Justice*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 344.

<sup>27</sup> Sobre el cambio de paradigma: véase FOSTER, C. E., *op. cit.*, nota 17, p. 23.

<sup>28</sup> DEVANEY, J., *Fact finding before the International Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, habla de «*reactive approach*» en general respecto a la prueba, entre otras razones,

la iniciativa de su producción<sup>29</sup>. En la práctica los tribunales internacionales desarrollan posiciones mixtas. Por un lado la CIJ, y en menor medida el TIDM, siguen un criterio tradicional fundado en la contrastación de la prueba de parte (*cross-examination*). Por el otro encontramos una posición más moderna encarnada por el OSD de la OMC, donde hay una aproximación flexible e integral de la prueba científica.

### 2.1.1. *La incorporación de la prueba científica en la Corte Internacional de Justicia*

La falta de reglas específicas sobre la admisibilidad<sup>30</sup> y la aplicación del principio de *liberté de la preuve* hace que la prueba de parte se introduzca en los procedimientos sin ningún tipo de limitación<sup>31</sup>. El principio de soberanía sería la principal causa de esta laxitud y se explicaría, según James Gerard Devaney<sup>32</sup>, por el hecho que al fin y al cabo la jurisdicción de la CIJ es consensuada. Una actitud muy rígida por parte de la Corte podría llevar a las partes a buscar otros mecanismos de resolución de controversias. La falta de una norma expresa en el Estatuto o el Reglamento para compeler a las partes a que ellas produzcan una prueba, o cómo hacerlo, tampoco contribuye<sup>33</sup>. Por ejemplo, en el asunto de las *Plantas de Celulosa*, las partes aportaron la prueba científica esencialmente a través de expertos que actuaban como *advisors*<sup>34</sup> (art. 43 del Reglamento) lo que impidió someterlos a un proceso

---

por el principio de soberanía que impera en los procedimientos inter-estatales. Véase p. 30. Sobre la *pasividad* véase SCHWEBEL, S. B., «Three cases of fact-finding by the International Court of Justice in International law», en LILICH, R. B. (ed.), *Fact-Finding before International Tribunals*, Irvington-on-Hudson, Transnational, 1991, p. 3.

<sup>29</sup> Así, en el sistema anglosajón la regla es que la producción de la prueba es a propuesta de parte y una de las labores del juez constituye, precisamente, en contrastar (e incluso enfrentar) una prueba con otra para tratar de dilucidar la verdad. Véase RIDDELL, A. y PLANT, B., *op. cit.*, nota 26, p. 312. En el TJUE, en cambio, se siguen esquemas más continentales. Así, el juez de Luxemburgo mantiene la tradición que impera en la mayoría de los Estados miembros buscando *la verité juridique* de modo activo. Los testimonios periciales de oficio, a pesar de estar permitidos y regulados en el reglamento de procedimiento, son, sin embargo, poco frecuentes, primando la valoración de los testimonios periciales de parte según el principio contradictorio. Véase BROSSET, E., «L'Expert, l'expertise et le juge de l'Union Européenne», en TRUILHÉ-MARENGO, E. (dir.), *La relation juge-expert dans le contentieux sanitaires et environnementaux*, París, CERIC - La documentation Française, 2011, pp. 247-280.

<sup>30</sup> BROWN, C., *A Common Law of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 90. Véase, además, BROWER, C. N., «Evidence before International tribunals: The need of some standard rules», *The International Lawyer*, vol. 28, 1994, núm. 47, pp. 47-57.

<sup>31</sup> Solo hay dos excepciones: la prueba fruto de negociaciones entre las partes y la obtenida de forma ilegal. Véase REISMAN, W. M. y FREEDMAN, E. E., «Plaintiff's dilemma: Illegally obtained evidence and admissibility in International adjudication», *American Journal of International Law*, vol. 76, 1982, pp. 737-753, p. 739.

<sup>32</sup> DEVANEY, J., *op. cit.*, nota 28, p. 38, y SCHWEBEL, S. B., *op. cit.*, nota 28, p. 4.

<sup>33</sup> TEITELBAUM, R., «Recent Fact-Finding Developments at the International Court of Justice», *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 6, 2007, núm. 1, pp. 119-158, p. 129. Resaltando la falta de reglas sobre cómo realizar el *cross-examination*, MBENGUE, M. M., *op. cit.*, nota 16, p. 544.

<sup>34</sup> Sobre el rol de los expertos como *advisors* (*Plantas de Celulosa*, *op. cit.*, nota 11) o *advocates presenting the science* (*Gabčikovo*, *op. cit.*, nota 11, *Malasia c. Singapur*, *op. cit.*, nota 13): véase FOSTER, C. E., *op. cit.*, nota 17, p. 88.

de *cross-examination* o *re-examination*. En cambio, en el más reciente asunto sobre las *Ballenas*, los expertos acudieron como testigos (art. 63 del Reglamento), fueron examinados por su parte, por la contraparte y preguntados por los jueces<sup>35</sup>.

La CIJ hace un uso limitado de los expertos de oficio, en comparación con otros tribunales internacionales más especializados. Esto se debería al carácter generalista de su jurisdicción<sup>36</sup>. En muy contadas ocasiones<sup>37</sup> la CIJ ha utilizado la facultad que le otorga el art. 50 de su Estatuto para:

«Comisionar a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ella escoja, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial».

Tampoco ha utilizado intensamente<sup>38</sup> el art. 34.2 que le permite:

«Solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen ante la Corte, y recibirá la información que dichas organizaciones envíen a iniciativa propia».

En la CIJ estas aportaciones no estarían sujetas al *cross-examination* y, por tanto, podrían surgir problemas en relación con el respeto al debido proceso<sup>39</sup>.

Ante la indiscutible necesidad de los jueces de asesorarse, aunque muy criticada<sup>40</sup>, existe una costumbre arraigada de informarse sobre las cuestiones técnicas a través de los llamados *experts fantômes*<sup>41</sup>. Sin embargo, ni su iden-

<sup>35</sup> *Ballenas*, *op. cit.*, nota 11, párr. 20, y MBENGUE, M. M., *op. cit.*, nota 16, p. 538.

<sup>36</sup> RÍOS RODRÍGUEZ, J., «Expert et juge international», en TRUILHÉ-MARENGO, E. (dir.), *op. cit.*, nota 29, pp. 117-134, p. 122. Guilbert Guillaume afirmó: «*Le juge inter étatique n'est pas un juge Pénal. [...] Il lui suffit d'arriver à [...] une certitude raisonnable que d'ailleurs est probablement différentes selon les domaines*»: véase GUILLAUME, G., «Commentaire au rapport de Raphaël Rivier relatif à la preuve devant les juridictions inter étatiques à vocation universelle (CIJ et TIDM)», en RUIZ FABRI, H. y SOREL, J. M. (dirs.), *La preuve devant les juridictions internationales*, París, Pedone, 2007, p. 55.

<sup>37</sup> Curiosamente sí que lo utilizó en el primer caso de la CIJ, el del Canal de Corfú: *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, 9 de abril de 1948, *ICJ Reports*, p. 4, p. 21. Otro ejemplo es el caso del Golfo de Maine: *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, 12 de octubre de 1984, *ICJ Reports*, p. 246, apdo. II(3). En cambio en el caso *Gabčíkovo* (*op. cit.*, nota 11) no se consideró necesario (p. 42). En contra, opinión del Juez Weeramantry, p. 118. En apoyo a estas críticas, véase Thompson, L. G. J., «The ECJ and the case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project: The Implications for International Watercourses Law and International Environmental Law», *CEPMLP Annual Review*, 1999. Tampoco lo utilizó en el asunto sobre las *Plantas de Celulosa*, *op. cit.*, nota 11, donde la CIJ decidió principalmente *sopesar y valorar* (p. 72). Véase asimismo comentarios de votos particulares de los Jueces Al-Khasawneh y Simma, p. 111.

<sup>38</sup> Pierre-Marie Dupuy cita solo tres asuntos (*Aerial Incident of 27 July 1955*, *ICAO Council Case* y el *Genocidio en Bosnia*) en donde se requirieron informes al Consejo de la Organización Internacional de Aviación Civil (en los dos primeros) y en el último a la Secretaría General de ONU: véase DUPUY, P. M., «Article 34», en ZIMMERMANN, A., OELLERS-FRAHM K., TOMUSCHAT, Ch. y TAMS, C. J. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 551.

<sup>39</sup> MBENGUE, M. M., *op. cit.*, nota 16, p. 545.

<sup>40</sup> Incluso son mencionados en el voto particular de los Jueces Al-Khasawneh y Simma en *Plantas de Celulosa*, *op. cit.*, nota 11, párr. 14.

<sup>41</sup> JENNINGS, R., «International lawyers and the progressive development of international law», en MAKARCZK, J. (ed.), *Theory of international law at threshold of the 21st century: essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, Leiden, Brill, 1996, p. 416.

tividad ni opiniones quedan formalmente reflejadas en el caso, lo que despierta serias dudas sobre si:

«Such a practice would deprive the Court of the above-mentioned advantages of transparency, openness, procedural fairness, and the ability for the Parties to comment upon or otherwise assist the Court in understanding the evidence before it»<sup>42</sup>.

En supuestos donde la aportación de información por las partes es deficiente la actitud de la CIJ es la de quitar importancia al contenido fáctico del asunto, hacer una división tajante entre hechos y derecho, y centrar la resolución del conflicto en complicados análisis de «*legal rationality to shield itself from scientific controversies*»<sup>43</sup>. Un ejemplo de esta actitud sería el asunto *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons* donde la CIJ consideró que no era necesario:

«[to] study various types of nuclear weapons and to evaluate highly complex and controversial technological, strategic and scientific information»<sup>44</sup>.

Como veremos en la sección 2.3 esta solución no siempre es posible ya que en la mayoría de los supuestos donde hay incertidumbre científica los elementos fácticos y jurídicos están intrínsecamente interrelacionados.

### 2.1.2. *La incorporación de la prueba científica en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar*

El art. 289 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar permite al TIDM nombrar expertos para clarificar cuestiones científicas o técnicas, sea a propuesta de parte, sea de oficio. Estos expertos serán, preferentemente, elegidos de las listas creadas por el art. 2 del Anexo VIII de la citada convención que son, a su vez, nombrados por organizaciones internacionales especializadas<sup>45</sup> en base a las propuestas de los Estados miembros. Por su parte el art. 72 del reglamento del TIDM permite a las partes hacer intervenir a un experto como medio de prueba. Estos expertos, a diferencia de los del art. 289, no pueden participar en las audiencias ni en las deliberaciones. Es decir, las aportaciones de los expertos del art. 72 son meros testimonios o *expert witness*.

<sup>42</sup> *Plantas de Celulosa*, *op. cit.*, nota 11, voto particular de los Jueces Al-Khasawneh y Simma, p. 114. Véase, además, ZIMMERMANN, A., OELLERS-FRAHM K., TOMUSCHAT, Ch. y TAMS C. J. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 1118 (comentando el art. 50). Para un análisis del propio caso, véase SWEENEY-SAMUELSON, C., «Adjudicating conflicts over resources: The ICJ's treatment of technical evidence in the Pulp Mills case», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, 2010, p. 454.

<sup>43</sup> FRANCK, T. M., «Fact-finding in the ICJ», en LILLICH, R. B. (ed.), *Fact-Finding before International Tribunals*, Irvington-on-Hudson, Transnational, 1991, p. 3, p. 28.

<sup>44</sup> *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 1 de febrero de 1995, *ICJ Reports*, p. 3, párr. 15.

<sup>45</sup> La lista de expertos en pesca es propuesta por la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, la de protección y preservación del medio marino por el Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente, la relativa a la investigación marina por la Comisión Oceanográfica Intergubernamental y la concierne a la navegación y contaminación de buques por la Organización Marítima Internacional.

Si bien ambas posibilidades están disponibles, en la práctica el TIDM sigue el mismo criterio de la CIJ al dejar el peso de la incorporación de la prueba científica en manos de los expertos de partes. El TIDM, asimismo e inspirándose en el *common law*, considera las aportaciones de los expertos como un testimonio y al experto un testigo-experto<sup>46</sup>. Incluso el reglamento del TIDM carece de un mecanismo específico para valorar las aportaciones de los expertos más allá de la *cross-examination*<sup>47</sup>, lo que reduce la participación de los jueces en el proceso de incorporación de la prueba científica. La pasividad ha quedado demostrada cuando en el asunto *Atún de aleta azul* las partes invitaron a los jueces a hacer preguntas a los expertos y estos declinaron la invitación con el argumento de que la urgencia en que debían adoptarse las medidas cautelares impedía llevar a cabo dicha sugerencia<sup>48</sup>. Según Emmanuelle Jouannet, la razón de esta actitud sería que los tribunales interestatales no quieren arribar a verdades científicas sino meramente jurídicas<sup>49</sup>. Para llegar a estas últimas solo interesa lo que las partes han probado o dejado de probar siguiendo el proceso contradictorio por más que la verdad científica vaya por otros derroteros<sup>50</sup>.

### 2.1.3. *La incorporación de la prueba científica en la Organización Mundial de Comercio*

A diferencia de la CIJ y del TIDM los Grupos Especiales de la OMC han utilizado intensamente<sup>51</sup> las facultades que les otorgan el art. 13 del Entendimiento Solución de Diferencias (ESD) para:

«Recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente» [...] «y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión».

Esta intensa capacidad investigativa<sup>52</sup>, de carácter global<sup>53</sup>, en principio ilimitada<sup>54</sup>, hace que los expertos de parte sean recibidos con cierta reticencia, considerándose que no tienen tanta imparcialidad como los que propone

<sup>46</sup> NIYUNGEKO, G., *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruselas, Bruylant, 2005, p. 154.

<sup>47</sup> GAMBARELLA, S., «Les enjeux de l'expertise dans les contentieux environnementaux devant le Tribunal International du Droit de la Mer», en TRUILHÉ-MARENGO, E. (dir.), *op. cit.*, nota 29, p. 145.

<sup>48</sup> *Atún de aleta azul*, *op. cit.*, nota 13, párr. 80.

<sup>49</sup> JOUANNET, E. «La preuve comme reflet des évolutions majeures de la société internationale», en RUIZ FABRI, H. y SOREL, J. M., *La preuve devant les juridictions internationales*, París, Pedone, 2007, p. 240.

<sup>50</sup> GAMBARELLA, S., *op. cit.*, nota 47, p. 157. Sobre el principio contradictorio y la prueba pericial: véase JOUANNET, E., «Remarques conclusives sur le principe du contradictoire devant les juridictions internationales», en RUIZ FABRI, H. y SOREL, J. M. (dirs), *op. cit.*, nota 36, p. 182.

<sup>51</sup> CHRISTOFOROU, T., «WTO Panels in Face of Scientific Uncertainty», en WEISS, F. (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, Londres, Cameron May, 2000, p. 258.

<sup>52</sup> *Productos Agrícolas*, *op. cit.*, nota 12, informe del Órgano de Apelación, párr. 129.

<sup>53</sup> *Camarones*, *op. cit.*, nota 12, informe del Órgano de Apelación, párr. 104.

<sup>54</sup> *Brasil c. Canadá*, medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles, asunto DS70, informe del Órgano de Apelación, 2 de agosto de 1999, párr. 185.

el propio Grupo Especial<sup>55</sup>. Incluso, y a diferencia de la CIJ, la OMC no busca provocar el enfrentamiento de expertos de parte, resaltando sus contradicciones, sino más bien todo lo contrario, considerando que estos choques poco aportan a la resolución del caso<sup>56</sup>. La prueba pericial de oficio consta de un procedimiento que incluye la selección de los expertos, la formulación de las preguntas y la celebración de entrevistas<sup>57</sup> e incluye la posibilidad de que las partes comenten los informes en la fase oral, con lo que habría una suerte de *cross-examination* sobre los peritos de oficio<sup>58</sup>. Una de las principales funciones de este asesoramiento es, precisamente, dar a los miembros del Grupo Especial elementos para poder valorar las pruebas científicas aportadas por las partes<sup>59</sup>.

Una particularidad de la OMC es la posibilidad de nominar expertos a título individual o a grupos de expertos. Como destaca Eve Truilhé-Marengo los grupos especiales han evitado utilizar la segunda opción, probablemente porque una aportación de un grupo, fruto del consenso, sería mucho más difícil de matizar<sup>60</sup>. Así, en *Hormonas*, *Amianto*, *Productos Biotecnológicos* y en *Hormonas II* los expertos nominados lo fueron a título individual a pesar que en los dos primeros las Comunidades Europeas (CE) habían solicitado la constitución de grupos. Sin embargo, esta reticencia a la colegialidad se ve compensada por la presencia de grupos de expertos permanentes, tales como el creado por el art. 11.2 del Acuerdo MSF, que ha sido consultado en todos (excepto uno) los casos relativos a medidas sanitarias y fitosanitarias<sup>61</sup>.

Otra especificidad de la prueba científica en los contenciosos OMC es la amplitud con la que se admite aportaciones de terceros interesados, los *amici curie*<sup>62</sup>, incluso durante la etapa de la apelación cuando, formalmente, el Órgano de Apelación solo puede valorar el derecho<sup>63</sup>. Sin embargo, las me-

<sup>55</sup> PAUWELYN, J., «The use of experts in WTO dispute settlement», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, núm. 2, pp. 325-364, p. 334.

<sup>56</sup> MARCEAU, G. y HAWKINS, J. K., «Experts in WTO Dispute Settlement», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, 2012, núm. 3, pp. 493-507, p. 505.

<sup>57</sup> *Productos Biotecnológicos*, *op. cit.*, nota 12, párr. 7.20. De modo similar en *Amianto* y *Hormonas* (*op. cit.*, nota 12).

<sup>58</sup> MBENGUE, M. M., *op. cit.*, nota 16, p. 546.

<sup>59</sup> PAUWELYN, J., *op. cit.*, nota 55, p. 329.

<sup>60</sup> TRUILHÉ-MARENGO, E., «La science, l'expert et le juge de l'OMC. Modele ou contre-modele?», en TRUILHÉ-MARENGO, E. (dir.), *op. cit.*, nota 29, p. 163.

<sup>61</sup> MARCEAU, G. y HAWKINS, J. K., *op. cit.*, nota 56, p. 501. Un grupo similar se encuentra en el art. 14.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC.

<sup>62</sup> STEGER, D. P., «Amicus Curiae: Participant or Friend? The WTO and NAFTA Experience», en VON BOGDANDY, A., MAVROIDIS, P. C. y MÉNY, Y. (eds.), *European Integration and International Coordination: Studies in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, La Haya, Kluwer Law International, 2011, p. 423.

<sup>63</sup> Art. 17 ESD. Las facultades del art. 13 del ESD no se aplican, por tanto, al Órgano de Apelación. Véase KUYPER, P. J., «The Appellate Body and the Facts», en BRONCKERS, M. y QUICK R. (eds.), *New Directions in International Economic Law, Essays in Honour of John H. Jackson*, La Haya, Kluwer Law International, 2000, p. 312. Sin embargo, el Órgano de Apelación puede analizar si el Grupo Especial ha valorado *objetivamente* los hechos, ya que esto constituye una cuestión de derecho: véase *Hormonas*, *op. cit.*, nota 12, informe del Órgano de Apelación, párr. 132.

morias aportadas por los *amici curie* tienen poco impacto en la valoración final<sup>64</sup>. Como ya afirmara el Órgano de Apelación en el asunto *Camarones*, los Grupos Especiales no están obligados ni a aceptar ni a valorar dicha prueba<sup>65</sup>. En *Productos Biotecnológicos*, un asunto donde la prueba científica y la incertidumbre en torno a ella eran esenciales para resolver el caso, el Grupo Especial decidió aceptar cinco memorias de *amici curie*, tres provenientes de universidades y dos de ONG. Sus contenidos, especialmente los concernientes a la prueba científica, no fueron valorados en el informe final con lo que es más que dudosa su influencia en la decisión tomada.

#### 2.1.4. *¿Pueden las convicciones de un experto hacia el principio de precaución afectar su independencia e imparcialidad?*

Los expertos pueden introducir prueba científica por diversos medios, sea como testigos, peritos, o miembros de comisiones de organismos internacionales. Aun cuando hayan sido propuestos por una de las partes deben actuar ante el panel o tribunal siempre en su *propia capacidad* y garantizar su *independencia*<sup>66</sup>. Sin embargo, esto no impide que, fruto de su vida profesional, experiencia y propias convicciones, los expertos tengan su propia concepción sobre cómo abordar determinados problemas o riesgos. Algunos tendrán un *curriculum* claramente más propenso a utilizar y aplicar aproximaciones precautorias que otros. Como afirma Jacqueline Peel, quienes reciben las opiniones de los expertos pueden no distinguir qué parte de sus evaluaciones son realmente objetivas y cuales están influenciadas por sus convicciones personales, en muchos supuestos precautorias o anti-precautorias<sup>67</sup>. Estas convicciones incluso quedan reflejadas en los informes, por ejemplo, cuando el Dr. Henderson en el asunto *Amianto* afirmó que el principio de precaución es un complemento importante para la toma de decisiones si no es posible basarse en datos científicos<sup>68</sup>. O el Dr. Frazier en *Camarones* cuando dijo que la ausencia de información no probaba que no existía un daño<sup>69</sup>. También el Dr. Andow en *Productos Biotecnológicos* aseguró desconfiar de la opinión mayoritaria de los entomologistas: cada vez que estos eran preguntados sobre los efectos de un nuevo insecticida consideraban que no se crearían resistencias, pero a la larga sí que se producían<sup>70</sup>.

<sup>64</sup> Para un análisis general: véase ZAMBELLI, M. «L'amici curiae dans le règlement des différends de l'OMC: Etat des lieux et perspectives», *RIDI*, 2005, núm. 2, pp. 197-218.

<sup>65</sup> *Camarones*, *op. cit.*, nota 12, informe del Órgano de Apelación, párrs. 104, 108-109.

<sup>66</sup> Por ejemplo, el art. 15 del Reglamento del TIDM obliga a los expertos a realizar una declaración solemne sobre su imparcialidad. La declaración es similar incluso para los expertos de parte (de naturaleza testimonial). Véase art. 79.b) del mismo Reglamento.

<sup>67</sup> PEEL, J., *The precautionary principle in practice: Environmental decision-making and scientific uncertainty*, Sidney, Federation Press, 2005, p. 157.

<sup>68</sup> *Amianto*, *op. cit.*, nota 12, informe del Grupo Especial, párr. 5.624.

<sup>69</sup> *Camarones*, *op. cit.*, nota 12, informe del Grupo Especial, párr. 5.273. Esta idea será luego invocada en *Productos Biotecnológicos*, *op. cit.*, nota 12, párr. 7.269.

<sup>70</sup> *Productos Biotecnológicos*, *ibid.*, Anexo H, párr. 39.

No parece que las convicciones en cuanto al principio de precaución, o su intensidad, deban impedir la incorporación de un experto. Sí que puede que dichos elementos deban ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la prueba por estos aportada. Al final, la independencia e imparcialidad no son cualidades personales de los expertos sino más bien el resultado de un sistema procesal contradictorio destinado a desacreditar a aquellos expertos que no puedan demostrar tales cualidades<sup>71</sup>. Sin embargo, no puede negarse que dicha impronta precautoria puede marcar mucho la decisión final del tribunal internacional, como ocurrió en *Atún de aleta azul* donde la clara inspiración precautoria de los informes del Prof. Beddington contribuyó a que se reconociese la necesidad de incluir una gestión precautoria de los *stocks* de atún<sup>72</sup>.

## 2.2. La distinción entre elementos fácticos y jurídicos

La justicia internacional sigue el principio *da mihi factum, dabo tibi ius* que obliga a separar claramente hechos y derecho. Por ello, la prueba científica, introducida en el proceso esencialmente a través de los expertos, no debería contener valoraciones jurídicas<sup>73</sup> y menos aun el tribunal debería preguntar cuestiones que impliquen tomar decisiones a favor de una u otra parte, ya que de ese modo se podría estar contaminando el proceso. No obstante, en los casos complejos, donde se aplica el principio de precaución, muchas veces resulta muy difícil hacer esta separación. Así, al aportar la prueba científica los expertos pueden llegar a valorar, e incluso ser preguntados, sobre la necesidad o razonabilidad de las medidas precautorias adoptadas, siempre de acuerdo con su conocimiento del estado de la ciencia, aunque ello no deje de constituir opiniones que mezclan elementos fácticos con conceptos jurídicos muchas veces indeterminados<sup>74</sup>.

El Derecho OMC contiene numerosos ejemplos de conceptos que permiten estas interconexiones. Así los *test* de necesidad del art. XX.b) del GATT y del art. 2.2 del Acuerdo MSF, la prohibición de distinciones arbitrarias o injustificadas del art. 5.5 del Acuerdo MSF, o el concepto jurídico indeterminado de *evaluación de riesgos* presente, entre otros, en la cláusula precautoria del art. 5.7 del Acuerdo MSF, son terreno abonado para que los Grupos Especiales no solo se informen sino que a veces trasladen la valoración de la prueba a los propios expertos. Por ejemplo, en el asunto *Amianto* se preguntó a los expertos sobre si las medidas comunitarias que prohibían la comercialización de los productos implicados eran *necesarias* para proteger la vida

<sup>71</sup> *Gambardella, op. cit.*, nota 47, p. 149.

<sup>72</sup> POLACHEK, T. y PREECE, A., «A scientific overview on the status of the southern Bluefin tuna stocks», estudio incluido como Anexo 4 por Australia (véase *Atún de aleta azul, op. cit.*, nota 13).

<sup>73</sup> *Plantas de Celulosa, op. cit.*, nota 11, voto particular del Juez Cançado Trindade, párrs. 70 y 71.

<sup>74</sup> Según Jean Salmon en Derecho internacional la interpretación de estos conceptos no necesariamente precede su aplicación sino que hay una dinámica dialéctica entre los dos procesos: véase SALMON, J. J. A., «Le fait dans l'application du droit international», *Recueil des Cours*, vol. 175, 1982, pp. 257-414.



o la salud humana en el contexto del art. XX.b) del GATT (un concepto con relevancia jurídica) y en particular si existían otras medidas menos restrictivas, lo que ahonda aun más en la valoración del concepto<sup>75</sup>. Asimismo, en el contencioso *Productos Biotecnológicos* se incluyó en el cuestionario por escrito una pregunta sobre si la prueba aportada por las partes era suficiente para adoptar medidas provisionales en base al art. 5.7 del Acuerdo MSF<sup>76</sup> y si realmente el estado del arte no permitía realizar una evaluación de riesgos definitiva<sup>77</sup>.

Según Vern Walker la clave estaría en la distinción entre lo general y lo particular del caso. Un tribunal puede preguntar a un experto sobre qué medidas son necesarias, razonables, proporcionadas o suficientes para realizar una evaluación de riesgos o adoptar una medida precautoria, pero lo que no puede hacer es pedir que valoren, en concreto, la prueba aportada por las partes y emitan un juicio al respecto. Es más, estos juicios no solo incidirían en el caso concreto sino que al hacerlos propios el tribunal o panel pueden tener la fuerza del precedente para casos futuros<sup>78</sup>.

Un ejemplo de cómo se puede corregir esta mala práctica lo encontramos en el asunto *Hormonas*. La clave de este caso era dilucidar si la información científica disponible (sobre los efectos dañinos para la salud de ingerir carnes provenientes de animales que habían recibido hormonas para acelerar su crecimiento) era o no *insuficiente*, de modo que se pudiese utilizar el art. 5.7 del Acuerdo MSF. Las CE preguntaron a varios expertos, directamente, sobre si la información era insuficiente y los Estados Unidos objetaron afirmando que este era un concepto jurídico y no fáctico. La pregunta tuvo que volver a redactarse en el sentido de si la información que las CE habían puesto a disposición para justificar su conclusión era o no suficiente para realizar una evaluación de riesgos lo que, según hemos dicho, no deja de tener cierto contenido valorativo sobre el caso concreto<sup>79</sup>.

En la CIJ la distinción entre hechos y derecho se hace normalmente en la valoración y no en el momento de la producción de la prueba. En el asunto *Plantas de Celulosa* los votos particulares de los Jueces Al-Kashawneh y Simma, y la declaración del Juez Yusuf, resaltaron la responsabilidad de la Corte en interpretar el Derecho, el encuadramiento jurídico de los hechos y la valoración de la prueba, tarea que no puede recaer en los expertos aunque, el Juez Yusuf, reconoce que sí se le puede preguntar a un experto su opinión sobre

---

<sup>75</sup> *Amianto*, *op. cit.*, nota 11, informe del Grupo Especial, Anexo VI, Transcripción de la reunión con Expertos, párrs. 381, 383 y 385.

<sup>76</sup> *Productos Biotecnológicos*, *op. cit.*, nota 11, respuestas de los expertos científicos, preguntas 61, 65, 68, 71, 74 y 77.

<sup>77</sup> *Ibid.*, preguntas 59, 63, 66, 69, 72, 75 y 78.

<sup>78</sup> WALKER, V., «Transforming science into law: Default reasoning in international trade disputes», en WAGNER, W. y STEINZOR, R. (eds.), *Rescuing Science from Politics: Regulation and the distortion of scientific research*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 165-192, p. 185.

<sup>79</sup> Véase *Hormonas II*, *op. cit.*, nota 12, informe del Grupo Especial, Transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos (Anexo G), párr. 370.

«ciertas pruebas en particular»<sup>80</sup>. En el asunto *Ballenas*, el voto disidente del Juez Owada criticó que en el proceso de *cross-examination* y *re-examination* de los testigos-expertos se mezclaron elementos fácticos con jurídicos<sup>81</sup>.

### 3. LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Dado que la incorporación de la prueba, incluso la científica, corre esencialmente a cargo de las partes, la carga de la prueba puede tener un papel muy relevante en la vialidad del caso. Si la parte sobre la que pesa la obligación de probar no demuestra sus alegaciones, puede que el asunto se resuelva sin siquiera analizar el fondo. Los tribunales internacionales siguen el principio *actori incumbit probatio*<sup>82</sup>, aunque a diferencia del Derecho nacional, no lo suelen incluir en sus normas procesales<sup>83</sup>, lo que permite cierta flexibilización interpretativa.

Si bien *actori incumbit probatio*, es un principio consolidado y reiteradamente mencionado en la jurisprudencia<sup>84</sup>, sin embargo, no es un principio rígido y la intensidad probatoria exigida puede variar según el contexto. No es lo mismo quien alega una regla general que el que pretende aplicar una excepción, y existen criterios especiales para evitar la llamada prueba negativa o diabólica. En tales casos una prueba mínima (*prima facie*) puede ser suficiente para dar por cumplido el requisito<sup>85</sup> o inclusive se pueden utilizar indicios o presunciones<sup>86</sup>.

¿Puede el principio de precaución afectar la carga de la prueba? Primero debemos recordar, tal como se mencionó en la introducción, que el principio de precaución es claramente una forma de revertir la carga de la prueba administrativa (es decir, la que imponen las autoridades —o se imponen sobre

<sup>80</sup> *Plantas de Celulosa*, *op. cit.*, nota 11, voto particular de los Jueces Al-Khasawneh y Simma, párr. 16; declaración del Juez Yusuf, párrs. 10-12.

<sup>81</sup> *Ballenas*, *op. cit.*, nota 11, voto particular del Juez Owada, párrs. 24-25. De modo similar los votos particulares de los Jueces Abraham (párr. 36), Yusuf (párr. 44), Xue (párr. 15) y Sebutinde (párr. 9).

<sup>82</sup> SHABTAI, R., *The law and practice of the International Court 1920-2015*, Brill, 2015, p. 1040; KAZAZI, M., *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 54; y PAUWELYN, J., «Evidence, proof and persuasion in WTO dispute settlement. Who bears the burden?», *Journal of International Economic Law*, vol. 1, 1998, pp. 227-258, pp. 235-237.

<sup>83</sup> No lo incluyen ni la CIJ, ni el TIDM, ni el OSD de la OMC. Como cita Foster, su incorporación fue discutida en el informe especial sobre procedimiento arbitral de 1950 de la Comisión de Derecho Internacional pero finalmente no se incluyó en las reglas modelo de 1958. Solo el art. 24 de las reglas opcionales sobre arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje lo incluye, así como el art. 24 de las de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: véase FOSTER, C. E., *op. cit.*, nota 17, p. 194.

<sup>84</sup> Por ejemplo, *Plantas de Celulosa*, *op. cit.*, nota 11, párr. 162.

<sup>85</sup> KAZAZI, M., *op. cit.*, nota 82, pp. 332-40. AMERASINGHE, C. F., *Evidence in International Litigation*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2005, p. 249. En el Derecho OMC el uso de la prueba *prima facie* como desencadenante de una inversión de la carga de la prueba es ampliamente utilizada, incluso ante supuestos en donde la prueba no es de difícil producción. Véase, entre otros, *Hormonas*, *op. cit.*, nota 12, informe de Órgano de Apelación, párr. 104.

<sup>86</sup> FOSTER, C. E., *op. cit.*, nota 17, p. 234.

ellas— en el contexto de una medida precautoria) pero no necesariamente la procesal que estamos analizando en esta sección. La diferencia se hizo clara en el asunto *Productos agrícolas*, donde la carga de la prueba impuesta por Japón para que todo Estado exportador demostrase que su tratamiento fitosanitario sobre la variedad exportada alcanzaba los niveles exigidos (carga de la prueba administrativa) no era lo mismo que el que pesaba sobre Estados Unidos para demostrar que la medida contravenía el Acuerdo MSF (carga de la prueba procesal)<sup>87</sup>.

Hasta el momento el principio de precaución no ha sido interpretado por la jurisprudencia internacional como un mecanismo que implique la reversión de la carga de la prueba en los procedimientos internacionales. Así, en el asunto *Planta MOX* se rechazó el argumento de Irlanda que solicitaba, con arreglo al principio de precaución, que se le impusiese a Reino Unido la obligación de demostrar que las actividades propuestas no provocarían daño alguno. Igualmente en *Pruebas Nucleares II* se rechazó un argumento similar de Nueva Zelanda.

Sin embargo, parece que el argumento comienza a aparecer en votos particulares, por ejemplo, en los del Juez Laing en las medidas provisionales de *Atún de aleta azul*<sup>88</sup>, del Árbitro Griffith en *Planta MOX*<sup>89</sup> y el del Juez Weeramantry en el *Pruebas Nucleares II*. Este último afirmó:

«*There are two ways of approaching this question. The first is to place the burden of proof fairly and squarely upon New Zealand, and to ask whether a prima facie case has been made out of the presence of such dangers as New Zealand complains of.*

*The Second approach is to apply the principle of environmental law under which, where environmental damage of any sort of threatened, the burden of proving that it will not produce the damaging consequences complained of is placed upon the author of that damage. In the is view of the mater, the Court would hold that the environmental damage New Zealand complains of is prima facie established in the absence of proof by France that the proposed nuclear test are environmentally safe»<sup>90</sup>.*

Estos votos defendieron la posibilidad de que el principio de precaución, en casos medioambientales, pudiese revertir el principio *actori incumbit probatio* una vez demostrada la gravedad del daño hipotético (en dos de los casos incuestionable al tratarse de riesgo nuclear) y sin necesidad de demostrar ni la probabilidad de ocurrencia ni la incertidumbre científica. Sin embargo, no se trata de una interpretación extendida.

Aun cuando descartásemos una reversión total, sí que pueden inferirse ciertos efectos sobre la carga de la prueba inspirados en el principio de precaución. Recordemos que según la definición dada en la introducción, el

<sup>87</sup> *Productos agrícolas*, *op. cit.*, nota 12, informe del Grupo Especial, párr: 8.13.

<sup>88</sup> *Atún de aleta azul*, *op. cit.*, nota 13, voto particular del Juez Laing, párrs. 1.4 y 21.

<sup>89</sup> *Planta MOX*, *op. cit.*, nota 13, voto particular del Árbitro Griffith, párr: 72.

<sup>90</sup> *Pruebas Nucleares II*, *op. cit.*, nota 11, voto particular del Juez Weeramantry, p. 48.

principio de precaución actúa en contextos de *falta de certeza científica* y de *peligro de daño grave e irreversible*<sup>91</sup>. Ambos supuestos, como vimos en la subsección anterior, implican necesariamente prueba científica muchas veces de difícil producción. Razones de correcta administración de justicia pueden llevar a reducir las exigencias probatorias, facilitando la aceptación de una prueba preliminar, *prima facie*, o de baja intensidad que, en la práctica, significaría una suerte de *moderación*<sup>92</sup> de la carga probatoria fundada en el principio de precaución.

Un grupo de casos en donde puede inferirse ese efecto tiene que ver con las medidas provisionales o cautelares. Tradicionalmente estas medidas son de difícil admisión. Los tribunales internacionales las consideran excepcionales, y hacen recaer sobre la parte que la solicita una carga de la prueba de gran intensidad sobre el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. En los supuestos donde hay incertidumbre científica, sin embargo, parece que la intensidad de la carga de la prueba se reduce. En *Atún de aleta azul* se obligó a Japón a volver al nivel de capturas previas al inicio del programa experimental de 1999 cuando existían serias dudas sobre la causa de la reducción del número de ejemplares<sup>93</sup>. Más interesante es el caso de la *Planta MOX*, donde el TIDM, al negar las medidas provisionales solicitadas por Irlanda, no se basó en la falta de capacidad probatoria por parte del solicitante sino más bien en la suficiente defensa de Reino Unido, que habría logrado demostrar que el riesgo era bajo<sup>94</sup>. Irlanda había alegado el principio de precaución como un factor que invertiría la carga de la prueba y obligaría a Reino Unido a probar la no necesidad de la medida. Según los votos particulares de los Jueces Treves y Wolfrum el tribunal parece no haber seguido esta interpretación, pero el principio de precaución sí que habría reducido sobremanera la carga probatoria de Irlanda y habría centrado la atención las defensas de Reino Unido<sup>95</sup>. En *Plantas de Celulosa*, las medidas provisionales fueron denegadas porque el riesgo no se consideró *inminente* (las plantas no habían entrado en operación aún). En este último el principio de precaución parece haber tenido menos afectación que en los demás. En conclusión, siguiendo a Patricia Birnie, Alan Boyle y Catherine Redgwell, parece que las medidas provisionales fueron concedidas en *Atún de aleta azul* porque los solicitantes demostraron el riesgo, y denegadas en *Planta MOX* y *Plantas de Celulosa* porque no lo lograron<sup>96</sup>. Probado *prima facie* el riesgo, el principio de precaución ayudaría a reducir significativamente la obligación de demostrar el *fumus bonis iuris* que, en este caso, sería la fundamentación científica sobre la probabilidad de producción. Volveremos sobre la aproximación precautoria utilizando la técnica de la prueba *prima facie* al tratar el estándar de revisión.

<sup>91</sup> Véase nota 2.

<sup>92</sup> FOSTER, C. E., *op. cit.*, nota 17, p. 259.

<sup>93</sup> *Atún de aleta azul*, *op. cit.*, nota 13, párrs. 79-80.

<sup>94</sup> *Planta MOX*, *op. cit.*, nota 13, párrs. 71-72.

<sup>95</sup> *Ibid.*, el voto particular del Juez Wolfrum, párr. 5 y del Juez Treves, párr. 8.

<sup>96</sup> BIRNIE, P., BOYLE, A. y REDGWELL, C., *International Law and the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 158.

También es necesario analizar si las facultades de los tribunales internacionales para encarar sus propios medios probatorios no pueden alterar la obligación de una de las partes según las reglas de la carga de la prueba. Por ejemplo, en *Productos agrícolas* el Grupo Especial fundó su decisión condenatoria contra Japón no en una prueba aportada por Estados Unidos sino más bien en los informes encargados a un experto independiente. Al llegar el caso al Órgano de Apelación se aclaró que si bien los árbitros tienen gran capacidad para investigar los hechos no pueden usar dicho poder para beneficiar a una de las partes cuando esta ni siquiera ha demostrado, *prima facie*, sus argumentos<sup>97</sup>.

Aunque a iniciativa del propio tribunal, diferente es el caso en que se suspende el procedimiento, normalmente a través de una medida provisional o cautelar basada en el principio de precaución, y se promueve a que las partes intenten llegar a un acuerdo sobre los aspectos técnicos del conflicto. Los desenlaces, sin embargo, son dispares. En *Malasia c. Singapur* el TIDM fijó unas medidas provisionales requiriendo a las partes abrir consultas para establecer un grupo de expertos con el mandato de dirigir un estudio que determinase, en el plazo de un año, los efectos de las obras iniciadas por Singapur para ganar territorio al mar y propusiese medidas para mitigar sus efectos negativos<sup>98</sup>. Un año después las partes presentaron el informe conjunto y un acuerdo que resolvía la disputa. El tribunal emitió laudo siguiendo esta solución sin necesidad de vista<sup>99</sup>. El mismo tribunal, en el asunto *Atún de aleta azul*, emitió otra medida cautelar<sup>100</sup> fundada en la necesidad urgente de preservar la población de atunes. Dicha medida requería a las partes que iniciasen negociaciones para determinar de forma cooperativa el método de cálculo de la población de atunes, particularmente la edad de maduración, la mortalidad natural, la probabilidad de ser pescados y la densidad en las áreas actualmente en veda. A pesar de que el Tribunal requirió el estudio conjunto en el plazo de *algunas semanas* no se llegó a un acuerdo entre las partes<sup>101</sup>. En definitiva, en los casos en que las partes llegan a un acuerdo no se alteraría la carga de la prueba. Aquí el principio de precaución ayudaría a resolver, en todo o en parte, el conflicto.

Finalmente una mención al asunto *Ballenas*. En este caso, si bien el principio de precaución se trata de forma incidental, la CIJ parece haber aplicado una suerte de inversión de la carga de la prueba ya que hizo recaer todo el peso sobre Japón. Sin embargo, esto se debería más bien al carácter de excep-

---

<sup>97</sup> Sin embargo, esta opinión en contrario no alteró el fondo del caso, ya que el informe independiente fue aceptado por ambas partes. Véase *Productos agrícolas*, *op. cit.*, nota 12, informe del Órgano de Apelación, párrs. 129-130. Para un comentario, PAUWELYN, J., *op. cit.*, nota 55, p. 354. El mismo criterio se siguió posteriormente en *Amianto*, *op. cit.*, nota 12, párr. 8.81, en donde se cita el informe anterior.

<sup>98</sup> *Malasia c. Singapur*, *op. cit.*, nota 13, párr. 106.1.a.i).

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> *Atún de aleta azul*, *op. cit.*, nota 13, párr. 90.

<sup>101</sup> Para un análisis del caso, véase FOSTER, C., «The “real dispute” in the Southern Bluefin Tuna case: A scientific dispute?», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 16, 2001, núm. 4, pp. 571-601.

ción del art. VIII del Convenio Internacional para la regulación de la pesca de la ballena<sup>102</sup> (ICRW) que al principio de precaución.

#### 4. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y EL *STANDARD OF REVIEW*

Como mencionamos en la introducción, el principio de precaución está incluido en diversos tratados internacionales. En los textos medioambientales suele ser una inspiración para que los Estados desarrollen una normativa interna o alcancen acuerdos internacionales proclives a la actuación ante una situación de riesgo grave e incertidumbre científica<sup>103</sup>. En otros casos, actúa más bien como excepción o justificación ante el incumplimiento de obligaciones internacionales, como las del libre comercio<sup>104</sup>. En esta sección no se realizará un análisis de los textos legales sino más bien de la valoración que ha tenido la jurisprudencia sobre ellos. En especial intentaremos definir, en la medida de lo posible, los estándares de revisión que se han llevado a cabo en uno y otro supuesto.

##### 4.1. El principio de precaución como atenuante

Al abordar la carga de la prueba, en la sección anterior, realizamos una distinción entre carga de la prueba procesal y administrativa. No hay duda que el principio de precaución revierte la carga de la prueba administrativa, reduciendo la obligación de justificación por parte de los Estados para adoptar una medida precautoria. Como vimos esto no necesariamente se traslada al proceso judicial o arbitral pero sí que es verdad que tiene una influencia en el estándar de revisión, especialmente si se trata de una medida estatal que pretende ser reconocida como excepción a un principio de Derecho internacional, por ejemplo, el libre comercio. El principio de precaución actuaría como amplificador de la discrecionalidad de los Estados en la adopción de medidas restrictivas y, por tanto, reduciría el estándar de revisión por parte de los tribunales internacionales. La jurisprudencia de la OMC ofrece un conjunto interesante de ejemplos al respecto.

El primer mecanismo de atenuación sería el recurso de la prueba mínima o *prima facie*. Este no altera la carga de la prueba pero reduce significativamente su peso cuando el demandante dispone a su favor el principio de

<sup>102</sup> «Notwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempt from the operation of this Convention. Each Contracting Government shall report at once to the Commission all such authorizations which it has granted. Each Contracting Government may at any time revoke any such special permit which it has granted».

<sup>103</sup> Véase nota 2.

<sup>104</sup> Por ejemplo, el art. XX.b) del GATT o el art. 5.7 del Acuerdo MSF.

precaución<sup>105</sup>. No queda claro cuánto ni cómo se cumple este requisito, pero lo que sí parece es que puede usarse tanto como una reversión de la carga de la prueba (como vimos en la sección 3) o como un nivel mínimo de prueba necesario para entrar a valorar el fondo<sup>106</sup>.

En segundo lugar, al revisar las evaluaciones de riesgos que fundan medidas precautorias los Grupos Especiales no deben buscar la verdad científica sino más bien un punto intermedio entre esta y la mera verificación del cumplimiento de los procedimientos<sup>107</sup>. En el asunto *Hormonas*, el Órgano de Apelación afirmó que el Grupo Especial no debe realizar un reexamen *ex novo* de la evaluación de riesgos realizada por los Estados, ni tampoco tener una deferencia total, limitándose a comprobar los pasos procesales. Lo que debe hacer es una «evaluación objetiva de los hechos»<sup>108</sup>. Más tarde, en *Hormonas II*, el Órgano de Apelación vuelve a criticar la valoración realizada por el Grupo Especial. Este había realizado una valoración minuciosa de cada prueba científica aportada para tratar de dilucidar la toxicidad del estradiol. Para el Órgano de Apelación el Grupo Especial había excedido el mandato del art. 13 del ESD de realizar una evaluación objetiva de los hechos, ya que este se cumpliría dilucidando si la evaluación de riesgos realizada por la CE se correspondía o no con el estado de los conocimientos científicos, debiendo ser esta coherente y estar justificada con objetividad<sup>109</sup>.

Finalmente, se reconoce un amplio margen de maniobra a los Estados para declarar una situación de ausencia de pruebas científicas suficientes (elemento necesario para adoptar medidas precautorias). Según la jurisprudencia de la OMC un Estado puede discrepar con los postulados de una organización científica internacional que considera que sí había información suficiente y, por tanto, no había que aplicar medidas precautorias. Incluso dijo que la suficiencia o insuficiencia no es una cuestión de «masa crítica» de información científica. En algunos supuestos la cantidad de estudios (especialmente cuando hay una evolución lenta) puede ser determinante pero en otros una sola investigación que cree un cambio de paradigma puede ser suficiente<sup>110</sup>.

Como puede apreciarse el principio de precaución refuerza la capacidad de los Estados para tomar decisiones de excepción. El control que realiza la jurisprudencia es relativamente laxo, para evitar excesos o violaciones al principio de no discriminación, pero no entra a valorar la verdad científica de la decisión. Esto es así porque en estos casos el principio de precaución se ve reforzado por el principio de soberanía, en especial el de determinar el

<sup>105</sup> PEEL, J., *op. cit.*, nota 67, p. 155, y FISHER, E., *op. cit.*, nota 9, p. 331.

<sup>106</sup> DEVANEY, J., *op. cit.*, nota 28, pp. 144-146, y BARCELÓ, J., «Burden of Proof, Prima Facie Case and Presumption in WTO Dispute Settlement», *Cornell International Law Journal*, vol. 42, 2009, núm. 23, p. 26.

<sup>107</sup> TRUILHÉ-MARENGO, E., *op. cit.*, nota 60, p. 173.

<sup>108</sup> Art. II ESD, *Hormonas*, *op. cit.*, nota 12, informe del Órgano de Apelación, párr. 117.

<sup>109</sup> *Hormonas II*, *op. cit.*, nota 12, informe del Órgano de Apelación, párrs. 590, 612-615.

<sup>110</sup> *Ibid.*, párr. 591.

nivel de riesgo aceptable. Este derecho está reconocido en el Acuerdo MSF (art. 3.3) y es una contrapartida a la obligación de fundar sus decisiones en datos científicos (arts. 2.2 y 5.1). El principio de precaución reduciría la intensidad de dicha fundamentación científica.

#### 4.2. El incumplimiento de obligaciones precautorias internacionales

Cuando, en cambio, lo que se juzga es una acción estatal que supuestamente viola el principio de precaución, el *standard of review* es diferente.

Aquí el principio de precaución no sustenta una excepción sino que es más bien la regla a cumplir frente a una medida nacional (no precautoria) que se apoya en el principio de soberanía. A diferencia del caso anterior donde de soberanía y precaución iban siempre de la mano ahora los Estados, en ejercicio de esa soberanía, son los que eligen adoptar una visión no precautoria. Es una situación realmente difícil para el tribunal, ya que debe elegir entre un principio consolidado en el Derecho internacional y uno en auge. Lo normal es que intente evitar pronunciarse sobre el fondo<sup>111</sup> o promueva soluciones amigables<sup>112</sup> entre las partes. Pero si no tienen más remedio que hacerlo seguramente el estándar de revisión ya no se verá tan influenciado por el principio de precaución.

Esto es precisamente lo que ocurrió en *Plantas de Celulosa*. En este caso Argentina argumentaba que Uruguay no había cumplido las obligaciones fijadas en el Acuerdo por el que se establece el Estatuto del Río Uruguay, en concreto la de tomar todas las medidas necesarias para preservar el medio acuático y prevenir la contaminación, así como la obligación de proteger la biodiversidad y la riqueza pesquera. Siguiendo los criterios de la sección anterior, hubiera sido suficiente con que Argentina hubiese probado *prima facie* la incertidumbre y el riesgo para aplicar el principio. Sin embargo, aquí la CIJ cargó sobre Argentina todo el peso de la carga probatoria. El rechazo de las pretensiones de Argentina se basó en que esta no había demostrado que Uruguay había actuado sin la diligencia debida o que las plantas podrían tener efectos dañinos sobre el medioambiente<sup>113</sup>, ni que la alteración de los niveles de oxígeno se debiesen a la proliferación de algas producto de la actividad de las plantas<sup>114</sup>, o que los niveles anormales de nonilfenol<sup>115</sup> o de dioxinas y furanos<sup>116</sup> encontrados en el río se debiesen a dicha actividad. No

<sup>111</sup> Como ocurrió en *Planta MOX* (op. cit., nota 13) y en *Pruebas Nucleares II* (op. cit., nota 11) donde, si bien se invocaron argumentos precautorios, el tribunal no llegó a analizar el fondo del asunto. El primero por haber suspendido el procedimiento a la espera de una decisión del TJUE y el segundo por perderse el objeto al declarar Francia una moratoria sobre sus pruebas nucleares.

<sup>112</sup> Como ocurrió en *Gabčíkovo* (op. cit., nota 11), *Atún de aleta azul* o *Malasia c. Singapur* (op. cit., nota 13).

<sup>113</sup> *Plantas de Celulosa*, op. cit., nota 12, párr. 265.

<sup>114</sup> *Ibid.*, párrs. 239 y 250.

<sup>115</sup> *Ibid.*, párr. 257.

<sup>116</sup> *Ibid.*, párr. 259.



solo recayó en Argentina la carga de la prueba sino que el *standard of review* fue alto, no admitiendo que la incertidumbre pudiese conllevar aceptar una prueba científica de baja intensidad. Esta interpretación mereció duras críticas, incluso de los miembros del tribunal, que en votos disidentes afirmaron:

«*The Court has approached it in a way that will increase doubts in the international legal community whether it, as an institution, is well-placed to tackle complex scientific questions*»<sup>117</sup>.

Creemos que no es que la CIJ no haya sabido manejar cuestiones científicas complejas, sino que en el enfrentamiento entre soberanía y precaución se anularon los efectos del segundo sobre el estándar de revisión. Ni siquiera la violación de los procedimientos de los arts. 7 a 12 del Estatuto del Río Uruguay, tal como declaró la CIJ<sup>118</sup> fueron suficientes para que Argentina pudiera satisfacer a la Corte que parece haberle exigido una prueba científica sustancial y completa.

Ante las críticas recibidas<sup>119</sup>, se esperaba con mucha expectativa la decisión en el asunto *Ballenas*. Los hechos parecían encuadrarlo en la misma categoría. Se trataba de una decisión de un Estado (Japón) que en el marco de un tratado internacional para la protección de las ballenas había adoptado una medida que podía considerarse contraria al principio de precaución ya que pretendía, argumentando la falta de certeza científica sobre su impacto, seguir cazando ballenas con fines de investigación. Aquí el razonamiento de la CIJ cambia y se acerca más al *standard of review* de la OMC que a los de *Plantas de Celulosa*, tal como subrayó el Juez Owada en su voto particular<sup>120</sup>. Comienza invirtiendo la carga de la prueba, haciéndola recaer sobre Japón, luego somete la actuación de Japón y en particular sus argumentos científicos a un «*objective standard of review*» que se desprendería del art. VIII de la ICRW; y finalmente, decide condenar a Japón por considerar que sus actividades, supuestamente con fines de investigación científica, no se basaban en la ciencia. Sin embargo, no siempre llueve a gusto de todos y según el propio Juez Owada la CIJ habría incorporado incorrectamente el *standard of review* de la OMC, primero porque no dispone de sustento normativo de base y, en segundo lugar, porque parece haber basado su decisión más en la calidad de la ciencia que en los procedimientos seguidos<sup>121</sup>.

A pesar de estas críticas sí que creemos que hay cierta lógica en el razonamiento de la CIJ. En los casos en donde la OMC desarrolló su estándar de revisión de mínima prueba científica el principio de precaución sustentaba la posición del Estado, con lo que habría una justificación para la reducción de la intensidad de la carga probatoria. En cambio en el asunto *Ballenas* el

<sup>117</sup> *Ibid.*, voto disidente de los Jueces Al-Khasawneh y Simma, p. 109.

<sup>118</sup> *Ibid.*, párr. 282.

<sup>119</sup> Entre otros, PAYNE, C. R., «Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.)», *American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, núm. 94; JUSTE RUIZ, J. y BOU FRANCH, V. E., *op. cit.*, nota 5.

<sup>120</sup> *Ballenas*, *op. cit.*, nota 11, voto particular del Juez Owada, párr. 33.

<sup>121</sup> *Ballenas*, *ibid.*, párr. 37. Confrontar con MBENGUE, M. M., *op. cit.*, nota 16, p. 547.

Estado pretendía escapar al principio de precaución. Es normal que aquí el estándar de revisión tenga que ser más intenso, analizando no solo los procedimientos y la apariencia de sustento científico sino también el propio contenido intrínseco de los argumentos. En definitiva, Japón fue condenado porque no disponía de la mínima prueba para demostrar la calidad científica de su accionar.

## 5. CONCLUSIONES

En los casos complejos, donde la prueba científica está en el centro del conflicto, el principio de precaución puede ser una herramienta interesante para ayudar al juez en su labor. Su aplicación exige previamente constatar la incertidumbre científica y la gravedad del riesgo, dos presupuestos que solo pueden comprobarse a través de una correcta incorporación de la prueba científica. Los mecanismos de incorporación de la prueba científica fundados exclusivamente en la prueba de parte son más propensos a provocar la sensación de contradicción y falta de certeza. En cambio los que promueven las pruebas de oficio puede que reduzcan la aplicación del principio. En cuanto a la carga de la prueba, el desarrollo de la jurisprudencia conduce a que el principio de precaución invierta la carga, no de forma formal pero si material, a través del mecanismo de la prueba mínima o *prima facie*. Sin embargo, ya hay varios ejemplos donde la reversión es total y automática. Tanto la inversión de la carga de la prueba como los estándares de revisión varían según si el principio se aplica en forma conjunta o enfrentada con el de soberanía. Cuando el principio de precaución beneficia una decisión soberana de un Estado frente a una obligación internacional, la tendencia es la de ampliar sus efectos dentro del proceso. En cambio, cuando hay contradicción, los efectos son mínimos y solo ante casos de ausencia total de justificación científica, normalmente procedimental y no de fondo, se puede llegar a una decisión condenatoria contra el Estado infractor.

En todo el proceso antes descrito puede evidenciarse un cierto diálogo judicial entre los tribunales internacionales. La CIJ, aun sin citarlo expresamente, comienza a tener en cuenta y aplicar criterios más flexibles para la incorporación de la prueba científica, inspirados claramente en la jurisprudencia del OSD. En la carga de la prueba el TIDM parece adoptar la delantera, permitiendo cierta inversión de la carga de la prueba cuando se trata de la aplicación del principio de precaución, lo que está siendo tenido en cuenta por la CIJ (más tíbiamente) y también por el OSD. Seguramente en el estándar de revisión y la utilización del mecanismo de prueba *prima facie* es donde el diálogo entre la CIJ y el OSD ha quedado más en evidencia, con menciones expresas en los votos particulares. A pesar de ello, la ausencia de citas cruzadas nos hace concluir que los avances son tenues. Por ello mismo nos surge la duda de si se trata de un proceso de diálogo judicial o simple evolución paralela. En cualquiera de ambos casos, como ya dijera el Juez Guillaume en el año 2000, el *inter-judicial dialogue* puede llegar a ser una *minimalist solu-*

*tion* para coordinar la proliferación de órganos judiciales internacionales<sup>122</sup>. Estos tienden a buscar sus propios caminos, lo que constituye un serio riesgo para la coherencia en la aplicación del Derecho internacional que, sin duda, habría que intentar impedir.

## RESUMEN

### EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Pese a que el principio de precaución es esencialmente una herramienta para la toma de decisiones a nivel nacional, consideramos que también puede ser útil como mecanismo procedimental en la resolución de disputas internacionales en un contexto de incertidumbre científica. Este artículo estudia la jurisprudencia de tres instancias internacionales (CIJ, OMC y TIDM) para analizar el proceso de incorporación de la prueba científica, el impacto del principio de precaución sobre la carga de la prueba y su influencia en el estándar de revisión.

**Palabras clave:** principio de precaución, incorporación prueba científica, carga de la prueba, estándar de revisión, CIJ, OSD/OMC, TIDM.

## ABSTRACT

### THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN INTERNATIONAL CASE LAW

Although the precautionary principle is mainly a tool for decision making at national level it could also be useful as a judiciary mechanism in the settlement of international disputes involving scientific uncertainties. In this article we study the case law of three international courts (ICJ, WTO and ITLOS) in order to analyse the fact-finding of scientific evidence, the impact of the precautionary principle over the burden of proof and its influence on the standard of review.

**Keywords:** precautionary principle, fact-finding of scientific evidence, burden of proof, standard of review, ICJ, DSB/WTO, ITLOS.

---

<sup>122</sup> GUILLAUME, G., «The proliferation of international judicial bodies: The outlook for the international legal order», discurso del presidente de la CIJ ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, 27 de octubre de 2000.



## RETOS DE LA AYUDA HUMANITARIA EN CONFLICTOS ARMADOS PROLONGADOS: EL ROL CRECIENTE DE LOS AGENTES LOCALES\*

Elisenda CALVET MARTÍNEZ

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA OBSTACULIZACIÓN DE LA AYUDA HUMANITARIA EN LOS CONFLICTOS ARMADOS PROLONGADOS.—2.1. La denegación arbitraria del acceso a la ayuda humanitaria.—2.2. Hambruna como arma de guerra.—2.3. Aumento de la violencia contra las operaciones de ayuda humanitaria.—3. EL ROL CRECIENTE DE LOS AGENTES LOCALES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS PROLONGADOS.—3.1. La necesidad de incorporar a los agentes locales en la ayuda humanitaria y su relación con las agencias humanitarias internacionales.—3.2. La financiación insuficiente de los agentes locales.—3.3. El fomento de la capacidad local mediante estrategias a largo plazo.—4. LA CUMBRE HUMANITARIA MUNDIAL: COMPROMISOS ADQUIRIDOS PARA EL EMPODERAMIENTO DE LOS AGENTES LOCALES.—5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Los conflictos armados actuales no solo tienden a prolongarse en el tiempo sino que además se caracterizan por ser de naturaleza asimétrica, la proliferación de actores no estatales, la tendencia a atacar a la población civil, el aumento de la violencia contra las operaciones humanitarias, el despliegue de misiones de mantenimiento de la paz «robustas» de las Naciones Unidas, etc. De modo que el «espacio humanitario»<sup>1</sup> se ha ido restringiendo considerablemente hasta llegar a la situación en la que el acceso de la ayuda humanitaria en conflictos como el de Yemen o Siria ha sido constantemente denegado, provocando hambruna entre la población civil.

---

\* El presente trabajo se basa en una comunicación presentada en el seminario organizado por la AEPDIRI y el IBEI sobre «Humanitarismo y Relaciones Internacionales. Entre desafíos institucionales y controversia normativa» en Barcelona el 28 de abril de 2016. Además se enmarca en el proyecto de investigación DER2015-67026-P sobre *La territorialidad como límite de la jurisdicción del Estado ante conductas de actores privados no estatales que repercuten en la efectividad de los derechos humanos internacionales*, del Ministerio de Economía y Competitividad concedido a la Universidad de Barcelona. Elisenda Calvet Martínez es Investigadora postdoctoral de Derecho internacional público de la Universidad de Barcelona. Email: [elisendacalvet@ub.edu](mailto:elisendacalvet@ub.edu).

<sup>1</sup> HUBERT, D. y BRASSARD-BOUDREAU, C., «Shrinking Humanitarian Space? Trends and Prospects on Security and Access», *The Journal of Humanitarian Assistance*, 2010.

La ayuda humanitaria incluye no solo la ayuda de emergencia sino también actividades más a largo plazo dirigida a refugiados y desplazados internos, y tiene por objeto no solo la supervivencia inmediata sino que también lleva a cabo actividades que contribuyan al desarrollo y a la prevención de conflictos y preparación para futuros desastres naturales<sup>2</sup>, mientras que la *asistencia humanitaria* consiste en el «envío de bienes o prestación de servicios a las víctimas de un conflicto armado que son incapaces, con sus propios medios, de satisfacer sus necesidades básicas»<sup>3</sup>.

Por otra parte, la *acción humanitaria* tiene un sentido más amplio y comprende un «conjunto diverso de acciones de ayuda a las víctimas de desastres (desencadenados por catástrofes naturales o por conflictos armados), orientadas a aliviar su sufrimiento, garantizar su subsistencia, proteger sus derechos fundamentales y defender su dignidad, así como, a veces, a frenar el proceso de desestructuración socioeconómica de la comunidad y prepararlos ante desastres naturales. Puede ser proporcionado por actores nacionales o internacionales»<sup>4</sup>.

Si bien la imposibilidad de los organismos internacionales de proporcionar la ayuda humanitaria adecuada en contextos de crisis humanitarias no es una novedad, la complejidad de los conflictos armados prolongados actuales ha vuelto a plantear la necesidad de contar con una participación más significativa de Organizaciones no Gubernamentales (ONG) de carácter nacional y local para garantizar el acceso de la ayuda y suministros de socorro a la población civil. Hasta el momento, las agencias humanitarias internacionales se han limitado, por lo general, a subcontratar a personal local, a menudo estableciendo una relación desigual de poder, y subestimando las capacidades, conocimientos y cultura de los agentes locales<sup>5</sup>. Sin embargo, el liderazgo local tampoco es una panacea y no siempre es posible o adecuado, bien porque el Estado no quiere responsabilizarse de la ayuda humanitaria o bien porque es parte del conflicto y no tiene la capacidad de proteger a su propia población<sup>6</sup>. En este sentido, también puede ocurrir que el apoyo al personal local

<sup>2</sup> La *ayuda de emergencia* es la proporcionada con un carácter de urgencia a las víctimas de desastres naturales o conflictos armados y que consiste en el suministro de bienes y servicios esenciales para la supervivencia de la población civil, en un plazo entre seis y doce meses. Para más detalle sobre los conceptos de ayuda humanitaria y distinción con otras figuras similares, véase ABRISKETA, J. y PÉREZ DE ARMIÑO, C., «Acción humanitaria: concepto y evolución», *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Bilbao, HEGO, 2005-2006, disponible en el siguiente enlace: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/1> (consultada el 20 de octubre de 2016).

<sup>3</sup> ABRIL STOFFELS, R., *La asistencia humanitaria en los conflictos armados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 40.

<sup>4</sup> ABRISKETA, J. y PÉREZ DE ARMIÑO, C., *op. cit.*, nota 2.

<sup>5</sup> AFRICA DEVELOPMENT SOLUTION, «A more Dignified and Equitable Humanitarian System», julio de 2015, disponible en el siguiente enlace: <http://adesoafrika.org/newsroom/newsroom/a-more-dignified-and-equitable-humanitarian-system/?keywords=equitable+humanitarian+system> (consultada el 20 de octubre de 2016).

<sup>6</sup> GINGERIGH, T. R. y COHEN, M. J., *Turning the humanitarian system on its head: saving lives and livelihoods by strengthening local capacity and shifting leadership to local actors*, Oxfam Research Reports, julio de 2015, p. 5.

refuerce las estructuras de poder que forman parte del conflicto, exacerbando el conflicto armado<sup>7</sup>.

Por otra parte, el sistema humanitario tradicional hace tiempo que viene replanteándose ante la aparición de «nuevos» donantes, ONG del Sur, organizaciones regionales, asociaciones de la diáspora o actores privados que reclaman un mayor reconocimiento de su labor<sup>8</sup>. Así, el sistema humanitario está compuesto por unos actores principales cuya actividad esencial es la acción humanitaria, mientras que otras entidades pueden desarrollar un papel importante en la ayuda, pero tienen otros objetivos principales. De entre los actores principales se puede destacar: las ONG locales, nacionales e internacionales; las agencias humanitarias de la ONU, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja (MICR) y de la Media Luna Roja (MLR); organismos de gobiernos afectados con responsabilidad de respuesta a la crisis; departamentos humanitarios de organizaciones intergubernamentales regionales y organismos de gobiernos donantes que proporcionan financiación y coordinación humanitaria. En cambio, otros actores como las fuerzas armadas, las organizaciones confesionales, las empresas o las organizaciones de la diáspora pueden desempeñar un papel importante en la respuesta humanitaria aunque su función principal no sea la acción humanitaria<sup>9</sup>.

En todo caso, la cuestión principal es cómo hacer que la ayuda humanitaria sea más efectiva y pueda integrar de forma más equitativa a los distintos actores que participan en el sistema humanitario. Es por este motivo por lo que en mayo de 2016, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, se convocó la Primera Cumbre Humanitaria Mundial en la que representantes de los Estados miembros, las ONG, la sociedad civil, las poblaciones afectadas por las crisis, el sector privado y las organizaciones internacionales se reunieron para comprometerse a reducir de manera colectiva e individual las necesidades humanitarias y el sufrimiento sin precedentes en todo el mundo. La cuestión de la «localización» de la ayuda humanitaria fue una de las cuestiones centrales del debate y constituye uno de los cinco puntos de la Agenda

<sup>7</sup> ANDERSON, M. B., «You Save My Life Today, But for What Tomorrow? Some Moral Dilemmas of Humanitarian Aid», en MOORE, J., *Hard Choices: Moral Dilemmas in Humanitarian Intervention*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1998, p. 145. La autora menciona el caso de los campos de refugiados ruandeses en el Zaire en 1994 en los que las agencias humanitarias decidieron distribuir la ayuda a través de los líderes locales, y luego resultó que formaban parte de la comunidad Hutu responsable del genocidio en Ruanda, que aprovecharon los recursos de la ayuda humanitaria para controlar a la población civil y para rearmarse y volver a la guerra.

<sup>8</sup> PANTULIANO, S., «The Changing Nature of Humanitarian Assistance», *New World*, UNA-UK, Spring, 2014, p. 8. Por *asociaciones de la diáspora*, si bien no hay una definición consensuada, comprende a grupos de migrantes o descendientes de migrantes que viven fuera de su país pero que aún mantienen contacto con sus lugares de origen. Las asociaciones de diáspora no forman grupos homogéneos en cuanto a capacidad o perspectiva política y no necesariamente operan conforme a los principios humanitarios, pero cada vez tienen un papel más relevante en el ámbito humanitario y de desarrollo en situaciones de crisis humanitarias. Véanse, entre otros, INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *The Role of Diaspora in Humanitarian Response Summary*, Nueva York, julio de 2015.

<sup>9</sup> ALNAP, *El estado del sistema humanitario*, 2015, p. 18.

Humanitaria propuesta por el Secretario General Ban Ki-moon con ocasión del encuentro<sup>10</sup>.

Esta contribución tiene por objeto analizar la naturaleza y características específicas de los conflictos armados prolongados y la restricción del acceso de la ayuda humanitaria en estos, identificando como posibles causas la obstaculización constante de la ayuda humanitaria por las diferentes partes en conflicto, el uso de la hambruna como arma de guerra (en violación del Derecho internacional humanitario) y el aumento de la violencia contra las operaciones humanitarias. A continuación, se analizará el rol creciente de los agentes locales en los conflictos armados prolongados y la necesidad de contar con una mayor participación de las ONG nacionales y locales, no solo por su proximidad, conocimiento del entorno y capacidad para llegar a la población que está fuera del alcance de los actores internacionales, sino también para mejorar la eficacia de la ayuda humanitaria. Para ello será necesario revisar la relación entre los agentes locales y las agencias internacionales, conseguir una mayor financiación directa de los agentes locales (en la actualidad no alcanza el 0,2 por 100) y fomentar la capacidad local mediante estrategias a largo plazo. Posteriormente, se examinarán los compromisos adquiridos en la Cumbre Humanitaria Mundial relativos a la «localización» de la ayuda humanitaria y se terminará con unas conclusiones.

## 2. LA OBSTACULIZACIÓN DE LA AYUDA HUMANITARIA EN LOS CONFLICTOS ARMADOS PROLONGADOS

El término «conflictos armados prolongados» no se encuentra regulado por el Derecho internacional humanitario, el cual solamente distingue entre conflictos armados de carácter internacional y de carácter no internacional, dejando fuera de su alcance las tensiones internas y disturbios interiores<sup>11</sup>. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), dada la complejidad de los conflictos armados actuales y con miras a superar esta distinción, ha establecido que existe un conflicto armado «*whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State*»<sup>12</sup>. Si bien el TPIY establece que hay que analizar caso por

<sup>10</sup> *Una humanidad: nuestra responsabilidad compartida*, Informe del Secretario General para la Cumbre Humanitaria Mundial, ONU Doc. A/70/709, de 2 de febrero de 2016.

<sup>11</sup> Arts. 2 y 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; art. 54.1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo Adicional I) y art. 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo Adicional II). Para una mayor discusión sobre el concepto y tipología de conflictos armados, véase VITÉ, S., «Typology of armed conflict in International humanitarian law: legal concepts and actual situations», *International Review of the Red Cross*, vol. 91, 2009, núm. 873, pp. 69-94.

<sup>12</sup> Véanse, entre otros, TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, caso núm. IT-94-1-AR72 (Sala de Apelaciones), decisión de 2 de octubre de 1995, párr. 70; y *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, caso núm. IT-95-16-T, Sentencia de 14 de enero de 2000, párr. 545.



caso, utiliza como criterios la intensidad y la organización para determinar si existe un conflicto armado<sup>13</sup>.

No obstante, cada vez más, los conflictos armados, sin importar si son de carácter internacional o interno, tienden a prolongarse en el tiempo, convirtiéndose en «emergencias complejas crónicas»<sup>14</sup> en las que el conflicto de larga duración se debe a las estructuras de gobierno débiles y pobreza severa, lo cual hace que las necesidades de la población civil no sean una cuestión puntual sino que perduran en el tiempo, siendo necesario plantear la acción humanitaria más a largo plazo. Así, de los 58 países que recibieron asistencia humanitaria en 2014, el 84 por 100 la habían recibido cada año durante los cinco años anteriores, y el 69 por 100 estaban recibiendo ayuda por décimo año consecutivo<sup>15</sup>.

Los conflictos armados prolongados pueden definirse como aquellos que comprenden interacciones hostiles que se extienden durante largos periodos de tiempo con brotes esporádicos de guerra abierta que fluctúan en frecuencia e intensidad y en los que no hay una perspectiva de terminación<sup>16</sup>. En la actualidad, se podrían considerar conflictos de esta naturaleza la situación de Siria, Yemen, Ucrania, República Centroafricana, Mali, Nigeria y los países de la región de los Grandes Lagos. Si bien la existencia de conflictos armados prolongados no es una novedad, los de hoy se caracterizan por nuevos factores que dificultan el ejercicio y acceso de la ayuda humanitaria.

En este sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en un reciente estudio sobre conflictos armados prolongados, destaca que estos tienden a darse en zonas urbanas y a desarrollarse tanto en países pobres

<sup>13</sup> En relación a la intensidad, el TPIY tiene en cuenta los siguientes factores: «*The factors taken into account to assess the intensity of the conflict include the seriousness of attacks and whether there has been an increase in armed clashes; the spread of clashes over territory and over a period of time; any increase in number of government forces and mobilization and the distribution of weapons among both parties to the conflict; involvement of the UN Security Council; number of civilians forced to flee from the combat zones; types of weapons used, particularly heavy weapons, and other military equipment, such as tanks and other heavy vehicles; the blockading or besieging of towns and heavy shelling of towns; the extent of destruction and number of casualties caused by shelling or fighting; [...] including the protracted nature, of violence which has required the engagement of the armed forces and the high number of casualties and extent of material destruction*»: véase TPIY, *Prosecutor v. Haradinaj*, caso núm. IT-04-84bis-T, Sentencia de 29 de noviembre de 2012, párr. 394.

<sup>14</sup> ALNAP, *op. cit.*, nota 10, p. 32. Fischer y Jaime Orúa definen «emergencias complejas» como las situaciones en las que una catástrofe natural o una emergencia de otro tipo se suma a un conflicto bélico como, por ejemplo, una situación de hambre en un país que sufre una guerra civil: véase FISCHER, H. y ORÁA, J., *Derecho internacional y ayuda humanitaria*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000, p. 60.

<sup>15</sup> ALNAP, *op. cit.*, nota 10, p. 32.

<sup>16</sup> AZAR, E., JUREIDINI, P. y MCLAURIN, R., «Protracted social conflict: Theory and practice in the Middle East», *Journal of Palestine Studies*, vol. 8, 1978, núm. 1, pp. 41-60, p. 50. Para Edward Azar, los conflictos prolongados se distinguen por las siguientes características: «*Duration (protractedness) of a high-conflict NRR (Normal Relations Range); fluctuation in the intensity and frequency of interaction; conflict spillover into all domains; strong equilibrating forces that constrain interactions to remain within the existing NRR and force interaction trends back to the NRR when they go beyond its boundaries whether in conflict or cooperation; the absence of a distinct termination*».

como de ingresos medios. Además, estos conflictos pueden constituir un solo conflicto a lo largo del tiempo o una serie de conflictos y se caracterizan por su fragmentación y mutación constante e intensidad variable. Asimismo, los conflictos armados internos prolongados suelen internacionalizarse en diferentes momentos y niveles, ya sea a través de la intervención de Estados o de organizaciones internacionales, y tienen un impacto acumulativo al degradar de forma progresiva las infraestructuras, los servicios, las condiciones de vida y la dignidad de la población civil provocando fragilidad en los sistemas económicos y sociales. Finalmente, el CICR resalta la concentración del sufrimiento en los conflictos armados prolongados, como es el caso de los desplazados y refugiados. En este sentido, 8,6 millones de nuevos desplazados internos en el 2015 tuvieron lugar en Iraq, Siria y Yemen, y en cifras globales, el 54 por 100 de los refugiados de todo el mundo provenían de tres países solamente en el 2015 (Siria, Afganistán y Somalia)<sup>17</sup>. De modo que los conflictos prolongados se han convertido en «*the new normal*» con la consiguiente complejidad de necesidades y la diversidad de respuestas que requieren, y así lo ha reconocido la Cumbre Humanitaria Mundial<sup>18</sup>.

Como se verá a continuación, la denegación del acceso de la ayuda humanitaria, la utilización de la hambruna como arma de guerra y el aumento de la violencia contra las operaciones humanitarias en el contexto de conflictos armados prolongados son algunos de los retos a los que se debe enfrentar el sistema humanitario en la actualidad. Además, la denegación arbitraria del acceso humanitario y la privación de bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, incluyendo la obstaculización deliberada del suministro de socorro y acceso a la asistencia humanitaria, constituyen una violación del Derecho internacional. Esta reducción del «espacio humanitario» se debe, en cierta medida, a que la ayuda humanitaria muchas veces se confunde con otro tipo de intervenciones internacionales de carácter militar, y es vista por los distintos grupos armados y la población civil con falta de imparcialidad, neutralidad e independencia.

## 2.1. La denegación arbitraria del acceso de la ayuda humanitaria

La responsabilidad primordial de cubrir las necesidades básicas de la población civil corresponde a las partes en conflicto y así está reconocido por la Asamblea General en los principios rectores para el fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las Naciones Unidas:

---

<sup>17</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Protracted conflict and humanitarian action. Some recent experiences*, Ginebra, agosto de 2016, pp. 9-11.

<sup>18</sup> TSOLAKOGLU, A., *The first UN World Humanitarian Summit: Results, omissions, and future goals*, disponible en [http://www.solidaritynow.org/grafeio-tupou\\_en/publications\\_en.html?id=169&lang=\\_en](http://www.solidaritynow.org/grafeio-tupou_en/publications_en.html?id=169&lang=_en) (consultada el 20 de octubre de 2016).

«Cada Estado tiene la responsabilidad primordial y principal de ocuparse de las víctimas de desastres naturales y otras emergencias que se produzcan en su territorio. Por tanto, corresponde al Estado afectado el papel principal en la iniciación, organización, coordinación y prestación de asistencia humanitaria dentro de su territorio»<sup>19</sup>.

Por otro lado, conforme a la soberanía de los Estados y los principios de integridad territorial y de no intervención, la asistencia humanitaria «deberá proporcionarse con el consentimiento del país afectado y, en principio, sobre la base de una petición del país afectado»<sup>20</sup>. En los conflictos armados internacionales, el Derecho internacional humanitario prevé que los Estados «autorizarán el libre paso de todo envío de medicamentos y de material sanitario [...] destinados únicamente a la población civil»<sup>21</sup>, «permitirán y facilitarán el paso rápido y sin trabas de todos los envíos, materiales y personal de socorro» y, en todo caso, «el ofrecimiento de tales socorros no será considerado como injerencia en el conflicto ni como acto hostil»<sup>22</sup>.

Para los conflictos armados internos, el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 reconoce el derecho de iniciativa humanitaria al establecer que una organización imparcial «podrá ofrecer» sus servicios a las partes en conflicto, mientras que el Protocolo Adicional II dispone en su art. 18.2 que «cuando la población civil esté padeciendo privaciones extremadas por la falta de abastecimientos indispensables para su supervivencia» se llevarán a cabo acciones de asistencia humanitaria con el consentimiento de los Estados, siempre que sea realizada mediante los principios de neutralidad e imparcialidad.

De modo que, como regla general, se necesita el consentimiento de los Estados para poder llevar a cabo acciones de ayuda humanitaria en situaciones de conflicto armado, si bien este consentimiento no puede ser arbitrariamente denegado<sup>23</sup>. Igualmente, la obligación de las partes en conflicto de permitir y facilitar el paso rápido y sin trabas de toda ayuda humanitaria destinada a las personas civiles necesitadas siempre que tenga carácter imparcial y se preste sin distinción desfavorable alguna, es una norma de carácter consuetudinario aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como internos<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> ASAMBLEA GENERAL, Resolución 46/182, de 19 de diciembre de 1991, principio 4. Véase también, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Principios rectores de los desplazamientos internos*, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, de 11 de febrero de 1998: «Las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad primarias de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su Jurisdicción» (Principio 3), y «La obligación y responsabilidad primarias de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos corresponde a las autoridades nacionales».

<sup>20</sup> ASAMBLEA GENERAL, Resolución 46/182, *op. cit.*, nota 20, principio 3.

<sup>21</sup> Art. 23 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

<sup>22</sup> Art. 70 del Protocolo Adicional I.

<sup>23</sup> OCHA, *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, octubre de 2016, p. 16.

<sup>24</sup> HENCKAERTS, J.-M. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, Normas, Ginebra, CICR, 2007, norma 55. En este sentido, Ruth Abril distingue entre autori-

La obstaculización de la ayuda humanitaria en conflictos armados no es una cuestión nueva sino que ya se dio en los años noventa en los Balcanes, y en especial en Bosnia y Herzegovina en donde la denegación de la asistencia humanitaria se convirtió en un instrumento de guerra, dando pie a la llamada «intervención humanitaria»<sup>25</sup>. A diferencia de la ayuda humanitaria, la *intervención humanitaria* reside en la «acción comprendida por uno o más Estados [...] en otro Estado consistente en el uso de la fuerza dirigida a salvaguardar y proteger los derechos humanos más fundamentales»<sup>26</sup>, mientras que la *injerencia humanitaria* implica la prestación de ayuda humanitaria a las víctimas de conflictos armados denegada de forma arbitraria por las autoridades competentes pero sin el empleo de la fuerza<sup>27</sup>.

Ante los fracasos de las intervenciones de la comunidad internacional en Somalia, Ruanda y Kosovo, la legitimidad de la intervención humanitaria fue cuestionada y objeto de debate. Así, en el 2001 surgió la doctrina de la «responsabilidad de proteger» en la que se establece que cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad<sup>28</sup>. Asimismo, la comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas, «tiene también la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados» para ayudar a proteger a la población civil ante graves violaciones de derechos humanos y en última instancia adoptar medidas colectivas de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas si los medios pacíficos resultan inadecuados y las autoridades nacionales no protegen debidamente a la población civil ante estos crímenes<sup>29</sup>.

---

zación de la ayuda humanitaria que en principio corresponde a los Estados, del *consentimiento*, que deben darlo todas las Partes en conflicto que están en condiciones de obstaculizar o impedir la entrada de la asistencia humanitaria. Para más detalle, véase ABRIL STOFFELS, R., *op. cit.*, nota 4, pp. 286-297.

<sup>25</sup> Véase, entre otras, la Resolución 770 (1992), de 13 de agosto, en la que el Consejo de Seguridad insta a los Estados a que tomen «todas las medidas necesarias» para facilitar el suministro de asistencia humanitaria a Sarajevo y todas las demás partes de Bosnia y Herzegovina en que fuera necesario.

<sup>26</sup> ESCUDERO ESPINOSA, J. F., *Cuestiones en torno a la intervención humanitaria y el derecho internacional actual*, León, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, 2002, p. 310.

<sup>27</sup> Véase, entre otros, MÁRQUEZ CARRASCO, C., «La práctica del Consejo de Seguridad en torno a la asistencia y la injerencia humanitaria», en RAMÓN CHORNET, C. (ed.), *Problemas actuales del derecho internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 153-171; y ABRIL STOFFELS, R., *op. cit.*, nota 4, p. 50.

<sup>28</sup> ASAMBLEA GENERAL, *Documento Final de la Cumbre Mundial*, Resolución 60/1, de 16 de septiembre de 2005, párrs. 138-140. Véase, también, *La responsabilidad de proteger: informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados*, diciembre de 2001; SECRETARIO GENERAL, *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, ONU Doc. A/59/2005, de 21 de marzo de 2005; y SECRETARIO GENERAL, *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*, ONU Doc. A/63/67, de 12 de enero de 2009.

<sup>29</sup> Para más información sobre la noción y alcance de la «responsabilidad de proteger», véase, entre otros, GARCÍA PÉREZ, R., «La “responsabilidad de proteger”: un nuevo papel para Naciones Unidas en la gestión de la seguridad internacional», *REEI*, 2006, núm. 11, pp. 1-18; DÍAZ BARRADO, C. M., «La responsabilidad de proteger en el derecho internacional contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional», *REEI*, 2012, núm. 24, pp. 7-40;

Desde el estallido del conflicto en Siria en 2011, las Naciones Unidas han venido haciendo un llamamiento a las autoridades sirias para que «den al personal de asistencia humanitaria acceso inmediato, cabal e irrestricto a toda la población que necesite asistencia, de conformidad con el Derecho internacional y los principios rectores de la asistencia humanitaria»<sup>30</sup>. En este sentido, el propio Consejo de Seguridad manifestaba su preocupación por la difícil situación de los cerca de 393.700 civiles atrapados en zonas asediadas y de la situación de más de 4,5 millones de personas que viven en zonas de difícil acceso y denunciaba las dificultades para proporcionar acceso para la asistencia humanitaria a todos los civiles necesitados dentro de Siria<sup>31</sup>. Así, en el 2015, las Naciones Unidas tan solo pudieron hacer llegar el 3,5 por 100 de la asistencia en salud de la población asediada y el 0,7 por 100 de la asistencia alimentaria de la población por mes<sup>32</sup>.

En vista de la continua denegación del acceso a la ayuda humanitaria, el Consejo de Seguridad, en su Resolución 2165 (2014) adoptada por unanimidad, autorizaba por primera vez a las agencias de la ONU a llevar a cabo las actividades humanitarias en Siria desde los países vecinos sin necesidad de consentimiento por parte del gobierno de Siria y solo requiriendo una notificación a las autoridades sirias<sup>33</sup>. A pesar de la adopción de estas resoluciones del Consejo de Seguridad, de carácter obligatorio para los Estados miembros de la ONU, «las partes en el conflicto continuaron restringiendo totalmente o en gran medida el acceso a las zonas sitiadas» y «las injerencias y restricciones deliberadas de las partes continuaron impidiendo la prestación de ayuda»<sup>34</sup>. En definitiva, las resoluciones fueron ignoradas por las partes en conflicto y los demás Estados miembros de la ONU, duplicándose en número de personas necesitadas y disminuyendo la ayuda humanitaria<sup>35</sup>. Además, se ha dado la paradoja de que en Siria los inspectores de armas químicas han tenido libre acceso sobre la base de la resolución 2118 (2013) del Consejo de Seguridad, mientras que las ambulancias, los alimentos y los medicamentos de las organizaciones humanitarias se han visto sistemáticamente obstaculizados<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD, Resolución 2042 (2012), de 14 de abril, párr. 10. Véase también, ASAMBLEA GENERAL, *La situación en la República Árabe Siria*, Resolución 66/253, de 16 de febrero de 2012, párr. 10.

<sup>31</sup> Véase, entre otras, CONSEJO DE SEGURIDAD, Resolución 2139 (2014), de 22 de febrero; Resolución 2165 (2014), de 14 de julio; Resolución 2191 (2014), de 17 de diciembre, y Resolución 2258 (2015), de 22 de diciembre.

<sup>32</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD, Resolución 2258 (2015), *op. cit.*, nota 32.

<sup>33</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD, Resolución 2165 (2014), *op. cit.*, nota 32, párr. 2.

<sup>34</sup> *Informe del Secretario General sobre la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad 2139 (2014), 2165 (2014) y 2191 (2014)*, ONU Doc. S/2015/962, de 11 de diciembre de 2015, párrs. 33 y 43.

<sup>35</sup> NORWEGEAN REFUGEE COUNCIL, *Failing Syria: Assessing the impact of the UN Security Council Resolutions in protecting and assisting civilians in Syria*, 2015.

<sup>36</sup> MÉDECINS SANS FRONTIÈRE, *Political will shown to work for chemical weapons access in Syria - same now needed urgently for humanitarian aid*, 15 de octubre de 2013, disponible en el siguiente enlace: <http://www.msf.org/article/political-will-shown-work-chemical-weapons-access-syria-%E2%80%93-same-now-needed-urgently> (consultada el 20 de octubre de 2016).

Según el último informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación en Siria establecida por las Naciones Unidas, aproximadamente 4,5 millones de sirios están confinados en zonas en donde los actores humanitarios no tienen acceso regular<sup>37</sup>. El asedio de ciudades como Alepo, Madaya, Zabadani o Bqine, en las que se impide el acceso de la ayuda humanitaria, conlleva la vulneración del derecho a una alimentación adecuada, a la salud y a la vida a la población civil, lo cual constituye la violación de derechos humanos fundamentales y de obligaciones que emanan del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Igualmente, la Comisión ha denunciado los ataques indiscriminados y desproporcionados que sufre la población civil en Siria, en donde las fuerzas gubernamentales, los grupos armados de la oposición y los grupos terroristas utilizan los asedios y la consecuente hambruna, la denegación del acceso a la ayuda humanitaria y otras formas de privación como métodos de guerra para forzar la rendición o extraer concesiones políticas<sup>38</sup>.

En este sentido, el consentimiento de las partes en conflicto para el acceso de la ayuda humanitaria no puede denegarse por razones arbitrarias, de modo que si la población civil no está suficientemente dotada de suministros esenciales para su supervivencia, la parte responsable de cubrir estas necesidades no proporciona la asistencia necesaria y hay organizaciones humanitarias que actúan sobre la base de los principios de humanidad e imparcialidad que han ofrecido sus servicios, la parte está obligada a dar su consentimiento<sup>39</sup>. La denegación del acceso de la ayuda humanitaria se puede considerar arbitraria cuando contribuye a hacer padecer hambre a la población civil —véase sección 2.2—; cuando no permite que las operaciones de asistencia médica traten a los combatientes de la parte enemiga; cuando la denegación de la ayuda humanitaria es utilizada como castigo colectivo para la población civil; cuando la denegación se realiza respecto a un grupo determinado o una parte de la población civil lo cual constituye una violación de la prohibición de discriminación; o bien cuando la obstaculización de la ayuda humanitaria vulnera derechos humanos aplicables en tiempo de conflicto armado como, por ejemplo, cuando impide garantizar el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a un nivel de vida adecuado o derecho a la salud<sup>40</sup>. En todo caso, las consecuencias de la denegación del acceso de la ayuda humanitaria de forma arbitraria implican una vulneración del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, lo cual conlleva la responsabilidad internacional del Estado.

---

<sup>37</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, UN Doc. A/HRC/31/68, de 11 de febrero de 2016, párr. 118.

<sup>38</sup> *Ibid.*, párr. 146.

<sup>39</sup> HENCKAERTS, J.-M. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, nota 25, norma 55; OCHA, *op. cit.*, nota 24, p. 21; PILLOUD, C. *et al.* (eds.), *Commentary on the additional protocols: of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, párr. 2805.

<sup>40</sup> OCHA, *op. cit.*, nota 24, pp. 23-24.

## 2.2. Hambruna como arma de guerra

En el marco de la regulación jurídica internacional, el Derecho internacional humanitario prohíbe hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra, tanto en conflicto armado internacional como de carácter interno:

«Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego»<sup>41</sup>.

Si bien los Convenios de Ginebra de 1949 tienen un carácter universal al estar ratificados por la práctica totalidad de los Estados, sus Protocolos adicionales no gozan de tan amplia aceptación. No obstante, en la actualidad, se considera que la prohibición de hacer padecer hambre como método de guerra, tanto en conflicto armado internacional como interno, forma parte también del Derecho internacional humanitario consuetudinario<sup>42</sup> y, por tanto, es obligatorio para todos los Estados, aunque no sean parte de los Protocolos Adicionales.

Asimismo, la Corte Penal Internacional (CPI) tiene competencia sobre crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales, en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes, entre los cuales se incluye «hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra»<sup>43</sup>. Sin embargo, el Estatuto no contempla hacer padecer hambre como un crimen de guerra en conflictos armados internos. En todo caso, el Estatuto de Roma prevé también como crimen de lesa humanidad el ataque sistemático o generalizado dirigido contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, entre otros, el exterminio entendido como «la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población»<sup>44</sup>.

En relación a los asedios, el Derecho internacional humanitario no los prohíbe siempre que tengan por finalidad alcanzar un objetivo militar y no hacer padecer hambre a la población civil<sup>45</sup>. Igualmente, en caso de embar-

<sup>41</sup> Art. 14 del Protocolo Adicional II. Véase, también, el art. 54.1 del Protocolo Adicional I.

<sup>42</sup> HENCKAERTS, J.-M. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, nota 25, norma 53.

<sup>43</sup> Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, ONU Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, art. 8.2.b.xxv).

<sup>44</sup> Estatuto de Roma, art. 7.1.b) y 7.2.b).

<sup>45</sup> HENCKAERTS, J.-M. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, nota 25, pp. 209-210.

gos o asedios que provocan hambruna, las partes en conflicto deberán facilitar el paso de la ayuda humanitaria si la población civil no está suficientemente abastecida. Respecto al asedio de determinadas zonas de Siria, el Consejo de Seguridad ha exigido «que todas las partes permitan la prestación de asistencia humanitaria, incluida la asistencia médica, dejen de privar a los civiles de alimentos y medicinas indispensables para su supervivencia y permitan la evacuación rápida, segura y sin trabas de todos los civiles que deseen abandonar esos lugares» siendo necesario que las partes establezcan «pausas humanitarias, días de tranquilidad, alto el fuego localizados y treguas para que los organismos humanitarios tengan acceso seguro y sin trabas a todas las zonas afectadas»<sup>46</sup>.

Junto a la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra, el Derecho internacional humanitario establece que las partes en conflicto deberán permitir y facilitar el paso rápido y sin trabas de toda ayuda humanitaria destinada a la población civil necesitada<sup>47</sup> y, además, garantizar la libertad de movimiento del personal humanitario autorizado, pudiendo ser restringida temporalmente en caso de necesidad militar imperiosa<sup>48</sup>.

En todo caso, el Derecho internacional humanitario busca un equilibrio entre las necesidades militares y las humanitarias, siendo el Estado el primer responsable de cubrir las necesidades básicas de la población afectada por el conflicto armado<sup>49</sup>. Las operaciones humanitarias requieren el consentimiento de las partes y, para que no puedan ser consideradas una injerencia en los asuntos internos del Estado, deben ser realizadas sobre la base de los principios de imparcialidad, neutralidad e independencia<sup>50</sup>. La denegación del acceso a la ayuda humanitaria no puede ser arbitraria, y, en cualquier caso, si provoca hambruna no existe una razón válida para denegar dicho acceso.

### 2.3. Aumento de la violencia contra las operaciones de ayuda humanitaria

Desde 2002, el número de personas pertenecientes a organizaciones humanitarias muertas o heridas se ha triplicado, llegando en el 2013 a la cifra de 474 personas, afectando aproximadamente al 90 por 100 de los casos

<sup>46</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD, Resolución 2139 (2014), *op. cit.*, nota 32, párr. 5.

<sup>47</sup> Véanse el art. 23 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el art. 70.2 del Protocolo Adicional I. Nótese que el Protocolo Adicional II se refiere a «acciones de socorro» y no expresamente al acceso a la ayuda humanitaria, estableciendo en su art. 18.2 que «cuando la población civil esté padeciendo privaciones extremadas por la falta de abastecimientos indispensables para su supervivencia, tales como víveres y suministros sanitarios, se emprenderán, con el consentimiento de la Alta Parte Contratante interesada, *acciones de socorro* en favor de la población civil, de carácter exclusivamente humanitario e imparcial y realizadas sin distinción alguna de carácter desfavorable» ( *cursiva añadida*).

<sup>48</sup> Art. 71.3 del Protocolo Adicional I y art. 18.2 del Protocolo Adicional II.

<sup>49</sup> SCHWENDIMANN, F., «The legal framework of humanitarian access in armed conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 93, 2011, núm. 884, pp. 1006-1007.

<sup>50</sup> *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Merits), Judgment, ICJ Reports 1986*, párr. 241.



a personal nacional de organizaciones internacionales o locales, incluyendo personal y voluntariado de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y Media Luna Roja<sup>51</sup>. La razón por la cual el personal nacional es el más afectado es porque se encuentra en la primera línea en el terreno y está en contacto directo con los grupos armados. En otras ocasiones, el personal humanitario nacional es objeto de violencia porque proviene de otra zona o tiene un origen étnico diferente de la población local a la que atiende<sup>52</sup>. Los contextos en los que el personal humanitario está más expuesto a la violencia son Afganistán, Siria, Sudán del Sur, República Centroafricana y Paquistán, siendo los secuestros, por encima de los disparos, la forma más habitual de violencia ejercida contra el personal humanitario<sup>53</sup>.

En Siria los principales obstáculos a la ayuda humanitaria médica son la violencia y la inseguridad, los ataques a las instalaciones y personal médico y la ausencia de autorización por parte del gobierno y el incumplimiento por parte de los grupos armados de las garantías de seguridad de los equipos de la organización<sup>54</sup>. Esto ha llevado a que organizaciones como MSF se hayan visto obligadas a retirar todo su personal expatriado de la zona y cerrar cuatro centros de salud de las áreas bajo control del ISIS, cambiando su *modus operandi* y, por tanto, trabajando solo con personal local para poder seguir prestando asistencia médica y humanitaria<sup>55</sup>.

Asimismo, en la República Centroafricana en varias ocasiones el personal médico de MSF tuvo que proteger a los pacientes de los ataques de los grupos armados dentro de los hospitales<sup>56</sup>. Por otra parte, en Sudán, durante 2015 continuó interrumpido el acceso humanitario en las zonas de conflicto no controladas por el gobierno, además de las restricciones administrativas relativas a las autorizaciones de viajes y emisión de visados para el personal humanitario que siguieron dificultando las actividades de ayuda humanitaria<sup>57</sup>. Ya en 2009, el gobierno del Sudán había expulsado a 13 ONG internacionales y revocado las licencias de tres ONG nacionales (afectando a 7.610 agentes humanitarios) que operaban en la zona del Darfur, coincidiendo con la emisión de la orden de arresto contra el Presidente sudanés Omar Al-Bashir por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad de la CPI<sup>58</sup>, seguramente

<sup>51</sup> FICR, *Informe mundial de desastres-resumen: los agentes locales en el centro de la acción humanitaria eficaz*, 2015, p. 27.

<sup>52</sup> MAXWELL, D. y DONNELLY, P., *Component 2. The contemporary Humanitarian Landscape: Malaise, Blockages and Game Changers. Case Study: The Violence in South Sudan, December 2013 to Present*, agosto de 2015, p. 16.

<sup>53</sup> HUMANITARIAN OUTCOMES, *Aid Worker Security Report 2015. Figures at a glance*, disponible en [https://aidworkersecurity.org/sites/default/files/HO\\_AidWorkerSecPreview\\_1015\\_G.PDF](https://aidworkersecurity.org/sites/default/files/HO_AidWorkerSecPreview_1015_G.PDF) (consultada el 20 de octubre de 2016).

<sup>54</sup> MÉDECINS SANS FRONTIÈRE, *International Activity Report*, 2014, p. 82.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>57</sup> *Informe del Secretario General sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, ONU Doc. S/2016/447, de 13 de mayo de 2016, párr. 30.

<sup>58</sup> BARBER, R., «Facilitating humanitarian assistance in international humanitarian and human rights law», *International Review of the Red Cross*, vol. 91, 2009, núm. 874, pp. 371-397, p. 377. Véase

por considerar que eran testimonios incómodos de las atrocidades que se cometían en el conflicto armado.

Uno de los motivos principales por los que el personal humanitario y médico es objeto de ataques y violencia es por la percepción de parcialidad que tienen las diferentes partes en conflicto<sup>59</sup>. En Siria, por ejemplo, MSF denunció los ataques continuos sufridos por parte de las fuerzas de seguridad del Gobierno de Bashar al Assad en los centros de salud ubicados en zonas controladas por la oposición por considerar que el personal médico era afín o simpatizante con la oposición. En este contexto, atenerse a los principios humanitarios es lo que permite a las organizaciones humanitarias preservar el espacio humanitario<sup>60</sup>.

El problema es que a menudo la ayuda humanitaria internacional se confunde con otras intervenciones internacionales de tipo militar, ya se trate de una misión de paz, una intervención en virtud de la «responsabilidad de proteger» o una intervención no autorizada por las Naciones Unidas llevada a cabo por una coalición de Estados (como en el caso de Iraq, Afganistán o Siria). Esto es porque las partes en conflicto perciben la intervención internacional como un todo, sin distinguir la ayuda humanitaria respecto a los demás tipos de intervención, lo cual puede afectar negativamente a las actividades humanitarias<sup>61</sup>. Además, esta distinción cada vez más difusa entre actividades humanitarias y militares también repercute en la percepción de neutralidad de las agencias humanitarias que pueden perder su credibilidad y aceptación como actores que tienen motivaciones puramente humanitarias y no de tipo político<sup>62</sup>.

En el conflicto de Afganistán, por ejemplo, Estados Unidos desarrolló tres roles a la vez: fue una parte beligerante, fue el mayor donante en ayuda humanitaria y al mismo tiempo proveedor directo de asistencia humanitaria<sup>63</sup>. Esta confusión de roles contribuyen, sin duda, a la percepción de «parcialidad» de las actividades humanitarias por parte de la población en general y de los diferentes grupos armados. Además, en el caso de Afganistán USAID (United States Agency for International Development) descubrió en el 2010 que los afganos subcontratados pagaban una «*protection tax*» a los líderes

---

también, ECKROTH, K. R., «Humanitarian principles and protection dilemmas: Addressing the security situation of aid workers in Darfur», *Journal of International Peacekeeping*, vol. 14, 2010, núms. 1-2, pp. 86-116, p. 100.

<sup>59</sup> SCHWENDIMANN, F., *op. cit.*, nota 50, p. 994.

<sup>60</sup> MÉDECINS SANS FRONTIÈRE, *Syria: Aleppo surviving on a fragile humanitarian lifeline. The brutal violence against the medical mission has put the healthcare System on the verge of collapse*, 15 de marzo de 2015, disponible en el siguiente enlace: <http://www.msf.org/article/syria-aleppo-surviving-fragile-humanitarian-lifeline> (consultada el 20 de octubre de 2016).

<sup>61</sup> HOFMAN, M., «The Evolution from Integrated Missions to “Peace Keepers on Steroids”», *Global Responsibility to Protect*, vol. 2, 2014, núm. 6, p. 247.

<sup>62</sup> JAEGER, T., «Humanitarian and Military Action in Armed Conflict-Side by Side, not Hand in Hand», *Nordic Journal of International Law*, vol. 78, 2009, núm. 4, pp. 567-579, p. 573.

<sup>63</sup> SEYBOLT, T., «Harmonizing the Humanitarian Aid Network: Adaptive Change in a Complex System», *International Studies Quarterly*, vol. 53, 2009, núm. 4, p. 1046.

locales talibanes que alcanzaba un 20 por 100 de las tasas administrativas, llegando a un total estimado de 5,4 millones de dólares<sup>64</sup>, lo cual demuestra que a menudo las agencias humanitarias deben pagar tasas o sobornos en los puntos de control o a los líderes locales para poder operar y prestar asistencia.

Asimismo, en un contexto de conflicto armado en el que población civil está en riesgo, distintos actores internacionales pueden adoptar medidas para protegerla, siendo importante que las operaciones que impliquen a las fuerzas armadas (por ejemplo, la creación de zonas seguras o evacuación de la población) tengan en cuenta el impacto que pueden tener sus acciones en las operaciones humanitarias. En este sentido, es importante procurar que las operaciones militares no tengan un efecto negativo en la percepción de la neutralidad de las agencias humanitarias por parte de los grupos armados y la población civil para evitar que pongan en peligro la seguridad de los actores humanitarios<sup>65</sup>.

### 3. EL ROL CRECIENTE DE LOS AGENTES LOCALES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS PROLONGADOS

La obstaculización constante de la ayuda humanitaria junto con el aumento de la violencia contra el personal humanitario en conflictos armados prolongados en los que las agencias internacionales humanitarias no pueden intervenir directamente y lo tienen que hacer a través de agentes locales, ha planteado numerosos retos, entre los que cabe destacar la necesidad de un mayor comprensión del contexto y las distintas dinámicas de poder entre las partes en conflicto y la integración de la ayuda humanitaria en iniciativas más amplias dirigidas a abordar las causas estructurales del conflicto. En escenarios como Siria, la «respuesta local», ha sido fundamental para cubrir las necesidades de la población civil, ante el vacío producido por la obstaculización del acceso de las agencias humanitarias internacionales. Desde el inicio del conflicto en el 2011 entre 600 y 700 ONG se han establecido en Siria y cerca de 30 organizaciones de diáspora se han registrado en Estados Unidos, Europa, Turquía o en los Estados del Golfo, trabajando de forma independiente o como contrapartes de ONG internacionales<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> GALLI, A. «The US Humanitarian Assistance Facilitation Act», *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 5, 2014, núms. 1-2, pp. 130-151, p. 140.

<sup>65</sup> ICRC e INTERACTION, *Outcome report: Trapped in Conflict: Evaluating Scenarios to Assist At-Risk Civilians*, International Committee of the Red Cross and InterAction Roundtable, julio de 2015.

<sup>66</sup> SVOBODA, E. y PANTULIANO, S., «International and local/diaspora actors in the Syria response. A diverging set of systems?», *HPG Working Paper*, marzo de 2015, p. 10. Para estos autores la «respuesta local» comprende a grupos y organizaciones que no pertenecen al sistema humanitario tradicional de las Naciones Unidas, el MICR y MLR o las ONG internacionales, y que comprende colectivos profesionales como los médicos que ya existían antes del conflictos, organizaciones de la caridad, redes antigobierno y activistas, organizaciones de la diáspora, redes de coordinación y grupos armados que también proveen asistencia.

En consecuencia, con el objeto de mejorar la eficacia de la ayuda humanitaria en contextos de conflictos armados prolongados, se plantea la necesidad de incorporar a los agentes locales dándoles mayor protagonismo y no como meros vehículos de asistencia humanitaria. Para ello se analizará cómo deberían coordinarse con las agencias humanitarias internacionales, a continuación se planteará la dificultad de financiar a los agentes locales en un sistema dominado por los principales donantes occidentales y, finalmente, se abordará la necesidad de fomentar la capacidad local mediante estrategias de actuación a largo plazo.

### **3.1. La necesidad de incorporar a los agentes locales en la ayuda humanitaria y su relación con las agencias humanitarias internacionales**

En los conflictos armados prolongados, los agentes locales pueden contribuir a una mayor eficacia de la ayuda humanitaria no solo por su proximidad sino también por su perspectiva y mejor conocimiento del entorno, la posibilidad de permanecer en el terreno mayor tiempo que las agencias internacionales y la capacidad de llegar a población que está fuera del alcance de los actores internacionales<sup>67</sup>. No obstante, tampoco se puede transferir a los actores locales toda la responsabilidad ante las crisis humanitarias y convertirlos en un mero vehículo de la ayuda humanitaria internacional<sup>68</sup> sino que debe haber un mayor equilibrio de responsabilidad entre las agencias humanitarias internacionales y las nacionales/locales mediante un acuerdo de asociación como contraparte<sup>69</sup>.

Si bien los agentes locales y los grupos de diáspora gozan de mayor acceso a las personas necesitadas respecto a las agencias internacionales humanitarias, no siempre es una tarea fácil. El personal sirio de las ONG locales suele pertenecer a las mismas comunidades que los grupos armados y, por tanto, tienen una posición privilegiada para negociar con ellos el acceso de la ayuda humanitaria. Sin embargo, no necesariamente el personal local está más seguro que el personal internacional de las agencias internacionales humanitarias<sup>70</sup>. El caso de Sudán del Sur demuestra que, contrariamente a lo que se cree, el personal humanitario internacional objeto de violencia apenas alcanza un 10 por 100, siendo el personal nacional el que mayoritariamente sufre ataques por parte de los diferentes grupos armados<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Véanse, entre otros, SWITHERN, S., *Global Humanitarian Assistance Report 2015*, Londres, Development Initiatives, p. 74; y FICR, *Informe mundial de desastres 2015-resumen: los agentes locales en el centro de la acción humanitaria eficaz*.

<sup>68</sup> WORLD HUMANITARIAN SUMMIT, *Regional Consultation Europe and Others Group*, febrero de 2015, p. 6.

<sup>69</sup> SVOBODA, E. y PANTULIANO, S., *op. cit.*, nota 66, p. 2.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>71</sup> MAXWELL, D. y DONNELLY, P., *op. cit.*, nota 52, p. 16.

Cuando el acceso de la ayuda humanitaria está obstaculizado o la inseguridad del personal humanitario es muy elevada, las agencias internacionales suelen optar por la «gestión a distancia» de la crisis humanitaria, como por ejemplo, en el caso de MSF en Siria. En estas situaciones, normalmente la responsabilidad recae en el ámbito internacional y la dotación de personal local varía en función de la inseguridad aunque también puede ocurrir que el diseño del proyecto prevea directamente la ejecución en la distancia como ha ocurrido en el caso de Somalia, en donde los proyectos se dirigen, por lo general, desde Kenia. Dentro de las distintas formas de colaboración con los actores locales, las agencias internacionales pueden subcontratar la prestación de servicios humanitarios con empresas locales; pueden apoyar las actividades de socorro en efectivo o en especie; puede consistir en un intercambio de información, ideas y recursos; en la organización de cursos de formación o en el fomento de la capacidad local<sup>72</sup>.

El problema es que esta gestión a distancia suele considerarse una medida de carácter temporal y se adopta en respuesta a la inseguridad de la zona, lo cual hace que los organismos internacionales no estén interesados en destinar recursos para diseñar políticas y directrices más a largo plazo. La gestión a distancia también implica que las agencias humanitarias son percibidas como «distantes» respecto a la población afectada, trasladando las decisiones fuera del terreno en donde están las necesidades reales<sup>73</sup>. Además, la relación de poder entre los agentes internacionales y los agentes locales es desigual, distinguiéndose diferentes formas de gestión a distancia o remota<sup>74</sup>: el «control remoto» en el que las agencias internacionales adoptan todas las decisiones programáticas con una escasa delegación de autoridad a las agencias locales; el «soporte remoto» con una delegación parcial o temporal del poder de decisión a los actores locales; y finalmente la «asociación remota» en la que las agencias internacionales y las locales están al mismo nivel, trasladando una parte importante de la responsabilidad a los actores locales.

Asimismo, la presencia en el terreno antes de la crisis puede facilitar la cooperación con los agentes locales, como es el caso del MICR y MLR que tiene la ventaja de contar con Sociedades Nacionales en prácticamente todos los países del mundo, lo cual permite al CICR actuar con una contraparte que conoce el terreno y que además actúa conforme a los principios de humanidad, imparcialidad, neutralidad e independencia<sup>75</sup>. En todo caso, cada vez más las agencias internacionales son conscientes de que la gestión a distancia no es

<sup>72</sup> FICR, *Informe mundial de desastres 2015-resumen: los agentes locales en el centro de la acción humanitaria eficaz*, p. 31.

<sup>73</sup> CARTER, W., *Component 2: Enabling access and quality aid in insecure environments*, *Secure Access in Volatile Environments (SAVE)*, agosto de 2015, p. 10.

<sup>74</sup> HARMER, A., «Remote partnership: aid delivery in insecure environments», en FICR, *World Disasters Report 2015*, p. 125.

<sup>75</sup> En la actualidad cuenta con 190 Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Para más información, consultar en siguiente enlace: <http://www.ifrc.org/en/who-we-are/the-movement/>.

una cuestión temporal sino que va a constituir una forma indispensable de trabajar sobre todo en conflictos armados prolongados en los que se deniega el acceso a la ayuda humanitaria y las agencias internacionales no pueden operar directamente.

### 3.2. La financiación insuficiente de los agentes locales

Uno de los retos de la ayuda humanitaria es la llamada «brecha de financiación humanitaria» que se estima en 15 billones de dólares<sup>76</sup>. Teniendo en cuenta que en la actualidad la comunidad internacional destina cerca de 25 billones de dólares para cubrir las necesidades de las personas como consecuencia de los conflictos armados o desastres naturales y siendo esta cantidad doce veces mayor que hace cincuenta años, sigue sin ser suficiente para atender al número creciente de personas que necesitan ayuda humanitaria. De modo que terminar con esta brecha significaría «*no one having to die or live without dignity for the lack of money*»<sup>77</sup>. Para ello, el Panel de Alto Nivel sobre la Financiación Humanitaria estima que hay que reducir las necesidades, movilizar más fondos a través de los canales tradicionales o mecanismos innovadores y mejorar la eficiencia de la asistencia humanitaria.

Las agencias humanitarias de la ONU y las ONG internacionales más grandes junto con el MICR y MLR reciben la mayor parte de recursos. De hecho, tan solo cinco organizaciones humanitarias (Médecins Sans Frontières, Save the Children, Oxfam, World Vision y el Comité Internacional de Rescate) recibieron el 31 por 100 de los recursos en 2014. Además, los gobiernos normalmente canalizan sus contribuciones a través de organizaciones intergubernamentales como la Unión Europea o la Unión Africana. La financiación privada para conflictos prolongados no alcanza el 10 por 100 y los estudios demuestran que la población general tiende a hacer donaciones más onerosas para desastres naturales y en cambio muestra más reticencia en conflictos armados porque tienen más connotaciones políticas. Los tres principales donantes son Estados Unidos, UE y Reino Unido, que en 2014 aportaron más del 50 por 100 de las contribuciones humanitarias gubernamentales<sup>78</sup>.

La cuestión es que los principales donantes siguen canalizando las contribuciones humanitarias a través de ONG internacionales de su país o agencias de la ONU, de modo que uno de los retos de la ayuda humanitaria es fomentar la financiación directa a ONG nacionales o locales. En 2014, tan solo el 0,2 por 100 de la financiación humanitaria internacional fue enviada directamente a ONG locales y nacionales, y la financiación a los gobiernos directamente afectados apenas recibieron el 3 por 100 de toda la financiación

---

<sup>76</sup> OCHA, «High-Level Panel on Humanitarian Financing», *Report to the Secretary-General: Too important to fail - Addressing the humanitarian financing gap*, diciembre de 2015.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> Datos extraídos del informe de ALNAP 2015, *op. cit.*, nota 10.

humanitaria<sup>79</sup>. En este sentido, el Secretario General de las Naciones Unidas en su último informe elaborado para la Cumbre Humanitaria Mundial 2016 reclama «inversión en la humanidad» como una responsabilidad compartida de la comunidad internacional, y propugna fomentar la capacidad local (*«local capacity-building»*). Para ello, el Secretario General pide a las agencias de la ONU que al menos el 15 por 100 de la financiación humanitaria se invierta directamente en ONG locales y nacionales<sup>80</sup>.

En el caso de Siria, en general, las donaciones a las agencias humanitarias internacionales se destinan a campos de refugiados situados fuera del territorio —principalmente en Líbano, Jordania, Turquía o Iraq— bien porque no tienen permiso para trabajar en el país o han tenido que retirar el personal de la zona por razones de inseguridad, o porque cuando trabajan en Siria, sus actividades humanitarias son muy limitadas debido a las restricciones del gobierno<sup>81</sup>. Además, los donantes occidentales, en un primer momento, exigían para financiar a las ONG locales que estas tuvieran al menos tres años de existencia con cuentas auditadas pero, teniendo en cuenta que la mayoría de las ONG y organizaciones de la diáspora se crearon cuando estalló el conflicto, la mayoría no cumplía con estas condiciones y los donantes tuvieron que flexibilizar los criterios para poder financiar agencias en Siria<sup>82</sup>. Otras veces, los donantes imponen limitaciones en la selección de proyectos o de programas, lo cual puede provocar que el personal humanitario no pueda atender a todas las personas necesitadas y se ponga en duda su actuación sobre la base de los principios de imparcialidad y neutralidad, aumentando el riesgo de la seguridad de los agentes humanitarios<sup>83</sup>.

Por otro lado, a veces las ONG locales prefieren recibir dinero en vez de bienes porque logísticamente es más complicado y atrae más la atención y, por tanto, tiene más riesgo. De modo que, si bien los agentes locales están dispuestos a tomar riesgos para transportar medicinas que no están disponibles en el país, en caso de alimentos, prefieren el dinero en efectivo para poderlos comprar en la misma zona<sup>84</sup>. En cambio, las agencias internacionales prefieren enviar bienes en vez de dinero efectivo porque así evitan tener que cumplir con los trámites de las medidas anti-terroristas y de blanqueo de dinero que pueden demorar la ayuda<sup>85</sup>.

Así, USAID requiere a las organizaciones que reciben sus fondos la firma del «Certificado Anti-Terror», en el cual se comprometen a no entregar ningún tipo de material o recursos a personas o entidades relacionadas con actos terroristas y por tanto, prohíbe cualquier tipo de contacto (*«no-contact policy»*) con cierto grupos como Hamas, la Yihad islámica o los

<sup>79</sup> ONU Doc. A/70/709, *op. cit.*, nota 11, p. 43.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>81</sup> Véase, entre otros, *Hand in Hand For Syria* en <http://www.handinhandforsyria.org.uk/>.

<sup>82</sup> SVOBODA, E. y PANTULIANO, S., *op. cit.*, nota 66, p. 18.

<sup>83</sup> GALLI, A., *op. cit.*, nota 64, p. 139.

<sup>84</sup> SVOBODA, E. y PANTULIANO, S., *op. cit.*, nota 66, p. 17.

<sup>85</sup> ISMAIL, O., «Guns not hurricanes», *World Disasters Report 2015*, FICR, p. 163.

Talibanes<sup>86</sup>. No obstante, a veces las organizaciones deben contactar con los líderes locales para obtener su autorización y coordinar la ayuda humanitaria. Como consecuencia de esta restricción, algunas agencias deciden no coordinarse con las autoridades locales o llevar a cabo proyectos más modestos lo cual resta eficacia y sostenibilidad a la ayuda humanitaria<sup>87</sup>.

En todo caso, la financiación internacional de las ONG nacionales y locales es «impredecible, volátil, de difícil acceso, insuficiente y no contribuye suficientemente para apoyar el fortalecimiento de la capacidad»<sup>88</sup>, de modo que se sigue hablando de capacidad local pero sin grandes cambios a nivel de financiación.

### 3.3. El fomento de la capacidad local mediante estrategias a largo plazo

Uno de los problemas de los conflictos armados prolongados es su naturaleza cambiante, lo cual implica que la ayuda humanitaria debe adaptarse constantemente a nuevas emergencias además de las ya existentes en la zona de conflicto. En este sentido, la ONG *Hand in Hand for Syria* denunciaba el impacto en la población civil de los bombardeos aéreos iniciados por el Reino Unido en diciembre de 2015 porque «*we are unable to focus on the long term development of Syria, as long as we are consistently forced to divert our attention on emergency aid efforts and the immediate humanitarian crisis*»<sup>89</sup>. Una muestra de ello es el «Syria Regional Response Plan» que combina la asistencia humanitaria con el desarrollo al reconocer que las necesidades a largo plazo deben cubrirse al mismo tiempo que las de corto plazo para los refugiados sirios:

*«The increasing stress on local living conditions changed the emphasis within the RRP6 planning due to a mounting realization that adequate refugee protection cannot be maintained without enhancing social cohesion and addressing investment in local infrastructure, economy and social systems. The early and unprecedented engagement of development agencies in the Syria refugee emergency also reflects an understanding that longer term, more comprehensive assistance is required to achieve stability and build resilience»*<sup>90</sup>.

Además, en este tipo de contextos, en la medida en que las agencias humanitarias no solo tratan los «efectos» sino también las «causas» de los conflictos armados prolongados, la distinción entre actividades «humanitarias» y de «desarrollo» está cada vez más desdibujada. Al principio, la mayoría de agencias mantenían dos agendas separadas, la de emergencias y la de desa-

<sup>86</sup> GALLI, A., *op. cit.*, nota 64, p. 134.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>88</sup> ALNAP, *op. cit.*, nota 9, p. 47.

<sup>89</sup> HAND IN HAND FOR SYRIA, *Statement on British Air Strikes in Syria*, 3 de diciembre de 2015, disponible en el siguiente enlace: <http://www.handinhandforsyria.org.uk/britain-statement-3rd-december-2015/#sthash.j3Wa8jWQ.dpuf> (consultada el 20 de octubre de 2016).

<sup>90</sup> ACNUR, *2014 Syria Regional Response Plan Strategic Overview*, p. 16 (redonda añadida).



rollo, pero la creciente inseguridad y prolongación de los conflictos armados ha hecho más difícil distinguir entre lo que constituye gastos y actividades humanitarias de los gastos y actividades de desarrollo<sup>91</sup>.

No obstante, cuando en este tipo de contextos se habla del «fomento de la capacidad local», para algunas organizaciones es una cuestión tabú porque equivale a realizar actividades de desarrollo, es decir, acciones típicas de organizaciones que trabajan a largo plazo en la zona y no propias de organizaciones humanitarias que responden a emergencias puntuales<sup>92</sup>. No es el caso de las ONG del Sur que no tienen ningún problema en combinar proyectos a corto y largo plazo y de hecho critican a las ONG del Norte por querer separar ambas cuestiones<sup>93</sup>. Si bien el fomento de la capacidad local es una cuestión que tradicionalmente se ha trabajado en los programas de desarrollo de las agencias internacionales, también es cierto que esta actividad se ha vuelto inseparable de la acción humanitaria de todas las organizaciones humanitarias y que este enfoque se considera actualmente indispensable para una mayor eficacia de la ayuda humanitaria.

Teniendo en cuenta que los conflictos armados se prolongan durante años, los expertos apuestan por trabajar con proyectos plurianuales y a largo plazo y no anuales, como es la práctica habitual en los proyectos humanitarios, y dejar de lado el debate entre humanitario y desarrollo y centrarse en las personas necesitadas en contextos de crisis. Según el Secretario General, el nuevo paradigma de la asistencia humanitaria internacional, llevada a cabo por las agencias de la ONU, las ONG y los donantes, viene marcado por tres cambios fundamentales: «a) reforzar los sistemas nacionales y locales en lugar de sustituirlos; b) prever las crisis en lugar de esperarlas; c) superar la división entre las actividades humanitarias y de desarrollo, trabajando para lograr resultados colectivos, sobre la base de la ventaja comparativa y en función de calendarios multianuales»<sup>94</sup>.

De modo que, para fomentar la capacidad local en conflictos armados prolongados, las agencias internacionales no deben crear estructuras paralelas sino que deben esforzarse para apoyar a las agencias locales, y nacionales, proporcionarles conocimiento, experiencia y buenas prácticas. El desarrollo de las actividades de forma conjunta y con planes plurianuales contribuye al respeto de la dignidad y el deseo de las personas de ser resilientes, a reducir la dependencia respecto de la asistencia humanitaria extranjera y permite evitar intervenciones internacionales costosas a más largo plazo<sup>95</sup>. Además,

<sup>91</sup> BORTON, J., *Future of the Humanitarian System: Impacts of Internal Changes*, Feinstein international Center, HFP, King's College London, Tufts University, 2009, p. 5; y BENNET, Ch., *Time to let go. Remaking humanitarian action for modern era*, Humanitarian Policy Group, abril de 2016, p. 9.

<sup>92</sup> AUDET, F., «What future role for local organizations? A reflection on the need for humanitarian capacity-building», *International Review of the Red Cross*, vol. 93, 2011, núm. 884, p. 1154.

<sup>93</sup> BINDER, A. y MEIER, C., «Opportunity knocks: why non-Western donors enter humanitarianism and how to make the best of it», *International Review of the Red Cross*, vol. 93, 2011, núm. 884, p. 1140.

<sup>94</sup> ONU Doc. A/70/709, *op. cit.*, nota 11, párr. 110.

<sup>95</sup> *Ibid.*, párr. 112.

en lugares como Somalia, Sudán o Yemen, en donde se ha llevado a cabo una planificación humanitaria multianual, en lugar del ciclo habitual de doce meses, esto ha permitido una base de recursos más estable y la capacidad de desarrollar la resiliencia de los programas en escenarios en los que la ayuda humanitaria será necesaria durante varios años<sup>96</sup>.

#### **4. LA CUMBRE HUMANITARIA MUNDIAL: COMPROMISOS ADQUIRIDOS PARA EL EMPODERAMIENTO DE LOS AGENTES LOCALES**

A pesar de que la ayuda humanitaria alcanza cada vez a más personas y cuenta con mayores recursos, sigue siendo insuficiente para hacer frente a las crecientes necesidades y retos que plantean los conflictos armados actuales, los desastres naturales, el cambio climático y las crisis humanitarias. Es por este motivo que el Secretario General de las Naciones Unidas decidió convocar la Primera Cumbre Humanitaria Mundial en Estambul del 23 al 24 de mayo de 2016 en donde se reunieron representantes de los Estados miembros, las ONG, la sociedad civil, personas afectadas por las crisis humanitarias, organizaciones internacionales y el sector privado con el objeto de mejorar la eficacia de la ayuda humanitaria. Para preparar la Cumbre se llevaron a cabo consultas regionales a más de 23.000 personas de 153 países durante los tres años anteriores<sup>97</sup>.

Después de este proceso de consulta, el Secretario General propuso una Agenda Humanitaria<sup>98</sup> en su informe presentado en febrero de 2016 bajo el título «Una humanidad: nuestra responsabilidad compartida», en la que estableció cinco «responsabilidades compartidas»: 1) liderazgo político para prevenir los conflictos y ponerles fin; 2) defender las normas que protegen a la humanidad; 3) no dejar a nadie atrás; 4) cambiar la vida de las personas, desde proporcionar ayuda hasta poner fin a la necesidad, y 5) invertir en humanidad<sup>99</sup>. De las diferentes «responsabilidades compartidas», la cuarta es la que se refiere específicamente a la importancia de la participación y liderazgo de los agentes locales en la gestión de las crisis humanitarias.

Así, para el Secretario General, la cuarta «responsabilidad compartida» implica reforzar los sistemas locales, anticiparse a las crisis y superar la división entre las actividades humanitarias y de desarrollo, y para ello considera indispensable «comprometerse a trabajar a un nivel tan local como sea posible y tan internacional como sea necesario»<sup>100</sup>. En este sentido, la Cumbre

---

<sup>96</sup> ALNAP, *op. cit.*, nota 10, p. 47.

<sup>97</sup> Para más información, véase Secretaría de la Cumbre Mundial Humanitaria, *Recuperar la humanidad: Síntesis del proceso de consulta para la Cumbre Mundial Humanitaria*, Nueva York, Naciones Unidas, 2015.

<sup>98</sup> Para más información, véase <http://agendaforhumanity.org/> (consultada el 20 de octubre de 2016).

<sup>99</sup> ONU Doc. A/70/709, *op. cit.*, nota 11.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 34.

Humanitaria Mundial marcó una nueva forma de trabajar y supuso un punto de inflexión sobre la participación, capacitación y financiación de los agentes nacionales y locales al adoptar 399 compromisos para promover el empoderamiento de los agentes humanitarios locales<sup>101</sup>.

Por una parte, en el marco del compromiso llamado «gran pacto» («*Grand Bargain*»), se acordó *canalizar* un 25 por 100 de la financiación lo más directa posible a los agentes locales de aquí a 2020<sup>102</sup>, lo cual es un aumento considerable teniendo en cuenta que actualmente es del 0,2 por 100. Además, en la Cumbre se reconoció la importancia de la ayuda humanitaria en forma de dinero en efectivo y ONG como Mercy Corps se comprometió a aumentar la asistencia basada en la entrega de dinero efectivo, en un 25 por 100<sup>103</sup>.

Asimismo, se adoptó la Carta para el Cambio («*Charter4Change*»)<sup>104</sup> impulsada por ONG nacionales e internacionales con el objetivo de promover la «localización» de la ayuda humanitaria. Hasta ahora, la Carta ha sido firmada por 29 ONG internacionales ha recibido el apoyo de 150 organizaciones locales y nacionales de 43 países. La Carta reclama principalmente una mayor financiación para las ONG del Sur, una mayor transparencia en la transferencia de recursos a las ONG locales y nacionales para fomentar la confianza de los donantes e intermediarios y una mayor capacitación y liderazgo de los agentes locales. Igualmente, la Carta también alerta del impacto negativo que tiene el reclutamiento de personal local por parte de ONG internacionales o de las Naciones Unidas cuando surge una emergencia porque entonces las ONG locales se quedan sin el personal adecuado en el momento en que más lo necesitan.

También cabe destacar la creación de una Red para el Empoderamiento de la Respuesta Humanitaria («*Network for Empowered Aid Response*») compuesta por organizaciones locales y nacionales de África, Asia, Pacífico, Oriente Medio y América Latina y que tiene por objetivo poner de relieve la labor que realizan los agentes locales en las crisis humanitarias y remodelar la ayuda humanitaria para pasar de «*top-down*» a una ayuda «*locally driven and owned*»<sup>105</sup>. En el pasado, la colaboración entre ONG del Sur primero tenían que ir del Sur al Norte y después del Norte al Sur, mientras que ahora se busca una nueva forma de colaborar dentro del sistema humanitario, para que sea posible también una colaboración entre ONG del Sur sin necesidad de acudir primero a las ONG del Norte. Además, la Red «NEAR» quiere pro-

<sup>101</sup> SECRETARIO GENERAL, *Resultados de la Cumbre Humanitaria Mundial, Informe del Secretario General*, ONU Doc. A/71/353, de 23 de agosto de 2016, párt. 36.

<sup>102</sup> *Ibid.*, párt. 37.

<sup>103</sup> WORLD HUMANITARIAN SUMMIT, *Commitments to Action*, 8 de septiembre de 2016, disponible en [https://www.worldhumanitariansummit.org/sites/default/files/media/WHS%20Commitment%20to%20Action\\_8September2016.pdf](https://www.worldhumanitariansummit.org/sites/default/files/media/WHS%20Commitment%20to%20Action_8September2016.pdf) (consultada el 20 de octubre de 2016).

<sup>104</sup> Disponible en <https://charter4change.files.wordpress.com/2016/02/charter-for-change-july-20152.pdf> (consultada el 20 de octubre de 2016).

<sup>105</sup> Para más información, véase el siguiente enlace: <http://www.near.ngo/> (consultada el 20 de octubre de 2016).

mover una relación justa, equitativa y digna entre los agentes locales y las agencias internacionales, y no de subordinación como ocurre a menudo, y asegurar, al mismo tiempo, que los agentes locales puedan participar en todos los niveles de gestión de las crisis humanitarias para que la ayuda humanitaria sea más efectiva y llegue a las personas que lo necesitan.

Finalmente, respecto a la necesidad de superar la distinción entre actividades humanitarias y de desarrollo, la Cumbre culminó con un compromiso para cambiar la forma en que colaboran los agentes humanitarios y de desarrollo. Así, dentro de los Compromisos para la Acción, el Secretario General junto con siete agencias de las Naciones Unidas y el apoyo del Banco Mundial y de la Organización Internacional para las Migraciones se comprometieron a implementar una «nueva forma de trabajar» que permita atender a las necesidades inmediatas de las personas y al mismo tiempo reducir el riesgo y la vulnerabilidad trabajando conjuntamente para objetivos comunes y en programas<sup>106</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Las crisis humanitarias actuales como los conflictos armados prolongados, en los que el acceso a la ayuda humanitaria es restringida por las diferentes partes en conflicto y en donde la inseguridad del personal humanitario es muy elevada, han puesto de manifiesto la importancia de contar de forma más significativa con los agentes humanitarios locales para poder atender con mayor eficacia a las necesidades de la población afectada. A menudo, las ONG nacionales y locales son las únicas que tienen acceso a zonas remotas o asediadas y además suelen tener un conocimiento más profundo del contexto y de las relaciones de poder entre las distintas partes en conflicto. El problema es que la financiación de la ayuda humanitaria está concentrada en unos pocos donantes occidentales quienes mayoritariamente canalizan sus aportaciones a través de las agencias de la ONU, las ONG internacionales y del MICR y MLR.

Para poder romper con este esquema «tradicional» de asistencia humanitaria, además de nuevas formas de financiación como la acordada en la Cumbre Humanitaria Mundial a través del «gran pacto», es importante mejorar la coordinación entre las agencias internacionales humanitarias, que reciben buena parte de los recursos, con los agentes locales, impulsando la capacidad local a través de estrategias a largo plazo y no mediante planes anuales como es habitual. Debido al cambio constante de las necesidades de la población en los conflictos armados prolongados, una mayor sinergia entre los diferentes actores humanitarios internacionales y locales en un plano de igualdad contribuye a una mayor eficacia de la acción humanitaria en este tipo de escenarios.

---

<sup>106</sup> *Commitments to Action, op. cit.*, nota 103, p. 25.

La Cumbre Humanitaria Mundial constituye un punto de inflexión al reconocer la importancia del empoderamiento de las ONG locales y nacionales y por tanto, pasar de una ayuda humanitaria «*top-down*» a una de tipo «*bottom-up*». Las ONG del Sur y los «nuevos» donantes reclaman un mayor reconocimiento de su labor y promueven otras formas de ayuda humanitaria. Sin embargo, la localización de la ayuda humanitaria también puede tener una doble lectura, más de carácter neoliberal, y es que sobre la base de las estrategias de resiliencia de la población afectada, se haga un uso interesado del empoderamiento local al considerar que la población se puede «salvar por sus propios medios», liberando así de responsabilidad a las agencias internacionales humanitarias y dejando toda la responsabilidad en las ONG nacionales y locales.

## RESUMEN

### RETOS DE LA AYUDA HUMANITARIA EN CONFLICTOS ARMADOS PROLONGADOS: EL ROL CRECIENTE DE LOS AGENTES LOCALES

Los conflictos prolongados como los de Yemen y Siria, la obstaculización constante de la ayuda humanitaria, la hambruna como arma de guerra, el aumento de la violencia contra las operaciones humanitarias y el difícil acceso por parte de las agencias internacionales a la población necesitada es una constante. Otorgar un mayor protagonismo a los agentes locales e «invertir en la humanidad» es una responsabilidad básica compartida según el Secretario General de las Naciones Unidas. No obstante, en el 2014, los agentes locales tan solo recibieron directamente el 0,2 por 100 de la financiación humanitaria internacional. Los retos de la ayuda humanitaria pasan, entre otros, por la necesidad de un mayor entendimiento entre agentes locales y agentes internacionales de la dinámica de poder en entornos de conflicto y una mayor integración de la ayuda humanitaria en iniciativas más amplias dirigidas a la transformación de las causas estructurales del conflicto. La Primera Cumbre Humanitaria Mundial celebrada en Estambul en mayo de 2016 ha puesto el foco en el empoderamiento de las ONG locales y nacionales como una nueva forma de trabajar y hacer más eficaz la ayuda humanitaria.

**Palabras clave:** ayuda humanitaria, conflictos armados prolongados, agentes humanitarios locales, hambruna como arma de guerra, denegación arbitraria de la ayuda humanitaria.

## ABSTRACT

### CHALLENGES OF HUMANITARIAN AID IN PROTRACTED ARMED CONFLICT: THE INCREASING ROLE OF LOCAL AGENTS

Protracted armed conflicts such as Yemen and Syria, the hindering humanitarian aid, the use of starvation as a weapon of war, the increasing violence against humanitarian operations and the difficult access by international agencies to the people in need has become a commonplace. To give greater prominence to local actors and to «invest in people» is a basic shared responsibility according to the Secretary General of the United Nations. However, in 2014, local agents only received directly 0.2 per cent of international humanitarian funding. The challenges of humanitarian aid are, among others, the need for greater understanding between local and international agents of the power dynamics during con-

flicts and a greater integration of humanitarian aid into broader initiatives aimed at transforming the structural roots of conflicts. The First World Humanitarian Summit held in Istanbul in May 2016 has put the focus on empowering local and national NGOs as a new way of working and make humanitarian aid more effective.

**Keywords:** humanitarian aid, protracted armed conflict, local humanitarian agents, starvation as a weapon of war, arbitrary denial of humanitarian access.

## DESARROLLO SOSTENIBLE Y AGENDA 2030

### EL ROL DE DERECHO INTERNACIONAL DENTRO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA AGENDA 2030

Gregory MESSENGER \*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA FRAGMENTACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL.—3. LAS SUBVENCIONES A LA PESCA.—4. DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA PESQUERA.—5. CONCLUSIONES.

#### 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho internacional permite que los Estados coordinen su comportamiento cuando se enfrentan a retos que no se pueden vencer por sí solos. Hay pocos ejemplos más clarificadores que el desarrollo sostenible, que necesariamente implica la protección del medio ambiente y la coordinación de políticas económicas. ¿Cómo puede el Derecho internacional apoyar la búsqueda de desarrollo sostenible que incide en varios aspectos de la gobernanza global si en su forma actual carece de coherencia a nivel institucional o normativo? Esta contribución propone que la fragmentación del Derecho internacional, al contrario de lo que podría parecer, ofrece oportunidades para cumplir los retos actuales sobre desarrollo sostenible precisamente porque existen conflictos entre los sistemas de gestión globales. El examen del cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y en particular, del control de subvenciones a la pesca, permitirá identificar el papel que el Derecho internacional puede desempeñar en su forma fragmentada para este objetivo, abriendo puertas para un «multilateralismo pragmático».

---

\* Gregory Messenger es Lecturer in Law University of Liverpool. [Gregory.Messenger@liverpool.ac.uk](mailto:Gregory.Messenger@liverpool.ac.uk).

## 2. DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA FRAGMENTACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

El desarrollo sostenible ha sido uno de los objetivos de la comunidad internacional desde hace tres décadas<sup>1</sup>. Definido como un modelo de desarrollo que asegura que se «satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias»<sup>2</sup>, el desarrollo sostenible tiene como objeto la integración de políticas económicas, medioambientales y sanitarias para asegurar que los beneficios del desarrollo económico se puedan disfrutar tanto por esta generación como por las siguientes, lo cual implica entender el desarrollo económico *lato sensu* como parte de un sistema global e intergeneracional<sup>3</sup>.

Al nivel legal, el desarrollo sostenible como concepto dentro del Derecho internacional ha ido cristalizando lentamente, desde la Comisión Brundtland en 1987<sup>4</sup>, el Programa 21 en 1992<sup>5</sup>, la Declaración del Milenio<sup>6</sup>, la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en 2002, hasta la más reciente Agenda 2030<sup>7</sup>. Aunque el principio del desarrollo sostenible se encuentra en numerosos acuerdos internacionales, incluyendo los de naturaleza comercial<sup>8</sup>, ha llegado a su punto culminante en el marco de la Agenda 2030 —una declaración multilateral sobre los retos principales que la comunidad internacional enfrenta—<sup>9</sup>. La Agenda está compuesta por diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible acompañados por un conjunto de metas para evaluar su cumplimiento. Estos Objetivos incluyen, por ejemplo, «poner fin a todas las formas de pobreza en el mundo», «garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos» y «lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas»<sup>10</sup>. Por tanto, estos Objetivos se embarcan en diversos campos del Derecho internacional: Derecho medioambiental, Derecho internacional económico y la protección internacional de derechos humanos.

<sup>1</sup> Véase Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, incluido en Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 4 de agosto de 1987, A/42/427 (Comisión Brundtland).

<sup>2</sup> Comisión Brundtland, *op. cit.*, nota 1, párr. 27.

<sup>3</sup> Tres pilares del desarrollo sostenible: desarrollo económico, desarrollo social, y la protección del medio ambiente. Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, UN Doc. A/CONF/199/20 (2002), Resolución 1, párr. 5.

<sup>4</sup> Comisión Brundtland, *op. cit.*, nota 1.

<sup>5</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 al 4 de junio de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I).

<sup>6</sup> Incluido en Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2000, A/RES/55/2.

<sup>7</sup> Adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 de septiembre de 2015, A/70/L.1 (Agenda 2030).

<sup>8</sup> Véase el preámbulo, Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo de Marrakech), 15 de abril de 1994, [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/legal\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm) (consultada el 30 de octubre 2016).

<sup>9</sup> Agenda 2030, *op. cit.*, nota 7.

<sup>10</sup> Objetivos 1, 6 y 5.



El utilizar tantas áreas de Derecho internacional, y al mismo tiempo tan diferentes, crea dificultades para asegurar un esfuerzo común entre Estados en un sistema marcado por su descentralización y pluralidad de instituciones. Si a esto uno añade los inconvenientes que se presentan por la diversidad de sistemas normativos dentro de este marco, lo que resulta es una red de instituciones y normas poco coordinadas y a veces en conflicto las unas contra las otras. Semejante desafío se vuelve apremiante al tomar en cuenta cómo los diversos regímenes jurídicos comparten distintos marcos de comportamiento o pensamiento. Por ejemplo, el Objetivo 2 apela a la comunidad internacional a «Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible». La seguridad alimentaria ofrece una serie de retos para el Derecho internacional: algunos regímenes como el Derecho de la Organización Mundial de Comercio (OMC) asocia las dificultades que surgen del comercio agrícola (es decir, las fluctuaciones de precios) con los efectos secundarios de un sistema de libre comercio que, en términos genéricos, ofrece más ventajas que desventajas<sup>11</sup>. Según esta lógica, la fijación de precios suele crear más problemas, ya que aumenta las distorsiones dentro del mercado, que nos remontan al fracaso de las políticas de estabilidad de precios desde los cincuenta hasta los setenta<sup>12</sup>. En consecuencia, las medidas para aliviar la seguridad alimentaria tienen que encajar dentro de unas normas que tienen por objeto mantener un mercado competitivo<sup>13</sup>. Un modelo basado en el libre acceso a los productos básicos, y no en el comercio de bienes alimenticios, como un sistema de derechos socioeconómicos, entiende el problema de otra manera, centrándose en los riesgos de la especulación y sobredemanda o sobrecapacidad, poniendo el punto de mira en el resultado para el individuo y no en las consecuencias económicas que puedan derivarse, más allá de la crisis a la que nos enfrentamos actualmente<sup>14</sup>.

En los casos de los otros Objetivos, nos encontramos con posibles conflictos normativos, y no solo dentro de un marco abstracto como en el caso anterior, sino como posibles conflictos entre regímenes jurídicos. Si tomamos como ejemplo el Objetivo 15, que requiere «promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de la tierra y frenar la pérdida de la diversidad biológica», se puede ver cómo acciones destinadas a proteger la tierra contra su degrada-

<sup>11</sup> Véase el preámbulo del Acuerdo sobre la Agricultura, 15 de abril de 1994, [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/legal\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm) (consultada el 30 de octubre de 2016) exhortando la creación de «un sistema de comercio agropecuario equitativo y orientado al mercado».

<sup>12</sup> Véase TREBILCOCK, M., «Between Theories of Trade and Development: The Future of the World Trading System», *JWI&T*, vol. 16, 2015, p. 122.

<sup>13</sup> Escasos avances se encuentran en la Decisión Ministerial, *Constitución de existencias públicas con fines de seguridad alimentaria*, WT/MIN(i3)/38 WT/L/913 (2013) y en la Decisión Ministerial, *Competencia de las Exportaciones*, WT/MIN(15)/45 WT/L/980 (2015).

<sup>14</sup> DE SCHUTTER, O., «Food Commodities Speculation and Food Price Crises: Regulation to Reduce the Risks of Price Volatility», 2010: [http://www2.ohchr.org/english/issues/food/docs/Briefing\\_Note\\_02\\_September\\_2010\\_EN.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/food/docs/Briefing_Note_02_September_2010_EN.pdf) (consultada el 30 de octubre de 2016).

ción podrían inspirar el planteamiento de demandas basadas en el Derecho internacional de inversiones<sup>15</sup>. En este contexto, un tratado bilateral de inversiones podría actuar como contrapunto, limitando la libertad del Estado para conseguir sus objetivos medioambientales.

A pesar de estos retos, y señalado el temor existente a la fragmentación del Derecho internacional<sup>16</sup>, ha habido un avance en lo que se puede denominar como «un multilateralismo pragmático». Este término, usado recientemente por el Representante de Comercio de los Estados Unidos, Embajador Michael Froman, implica un rechazo de la esperada crítica sobre la fragmentación, o en el contexto de la OMC, al regionalismo, que se puede entender como una manifestación particular de esta preocupación general<sup>17</sup>. Es una política que busca el acuerdo entre todos los participantes pero, cuando no sea posible, acepta la conclusión de acuerdos entre una selección de ellos. A un determinado nivel, implica un rechazo de los conceptos de universalidad y el «compromiso único» de la OMC, pero a otro nivel busca el acuerdo, aceptando que lo perfecto es enemigo de lo bueno, y que para poder enfrentar los grandes retos del mundo, incluyendo el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, habrá que buscar un acuerdo dentro de un mundo multipolar. Los avances que se pueden observar en relación con la prohibición de subvencionar ciertas modalidades de pesca ofrecen un buen ejemplo de esta política, y del papel del Derecho internacional.

### 3. LAS SUBVENCIONES A LA PESCA

El Objetivo 14 alienta a «conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible». En concreto, la meta 14.6 exige:

«Para 2020, prohibir ciertas formas de subvenciones a la pesca que contribuyen a la capacidad de pesca excesiva y la sobreexplotación pesquera, eliminar las subvenciones que contribuyen a la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada y abstenerse de introducir nuevas subvenciones de esa índole, reconociendo que la negociación sobre las subvenciones a la pesca en el marco de la Organización Mundial del Comercio debe incluir un trato especial y diferenciado, apropiado y efectivo para los países en desarrollo y los países menos adelantados».

La gestión de la pesca mundial es compleja, y en ella están implicadas varias organizaciones internacionales. Según lo señalado por la Agenda, la principal preocupación son las subvenciones que puedan fomentar el uso excesivo de recursos pesqueros o contribuir a la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR). Las subvenciones a la pesca pueden presentar di-

<sup>15</sup> Por ejemplo, NAFTA (UNCITRAL), *Glamis Gold Ltd c. Estados Unidos*, Laudo, 14 de mayo de 2009.

<sup>16</sup> Su mayor exponente se encuentra en Informe de la Comisión de Derecho Internacional, «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», 13 de abril de 2006, A/CN.4/L.682.

<sup>17</sup> MAVROIDIS, P., «If I Don't Do It, Somebody Else Will (Or Won't)», *JWT*, vol. 40, 2006, p. 187.

versas formas: ingresos a pescadores, la compra de barcos de pesca, el apoyo a sectores relacionados con la industria, el suministro de nuevas redes u otro tipo de equipos. La principal preocupación es que al apoyar a las industrias pesqueras (tanto en alta mar como en las aguas territoriales o en el interior), las subvenciones pueden aumentar la capacidad de pesca y, en consecuencia, fomentar la sobrepesca de determinados especies de peces, lo que, a su vez, afecta de forma negativa a la biodiversidad<sup>18</sup>.

Sin embargo, este problema tiene sus matices: algunas subvenciones fomentan la pesca sostenible mediante la provisión de barcos más avanzados, equipos de detección de bancos de arena o redes<sup>19</sup>. Además, los intereses en la protección de las poblaciones de peces pueden ir en contra de otros intereses importantes, como la protección de las comunidades locales contra la falta de recursos económicos, el mantenimiento de las prácticas tradicionales en comunidades indígenas o la promoción de la seguridad alimentaria<sup>20</sup>. Tampoco está claro que haya repercusiones significativas en el comercio internacional de tales subvenciones<sup>21</sup>. De hecho, la mayoría de las industrias pesqueras no se orientan hacia las exportaciones, sino más bien hacia el consumo interno. Por tanto, se plantea un segundo desafío a los subsidios a la pesca: si es un problema su utilización pero causan un impacto pequeño en la interrupción del comercio, ¿es la OMC el foro apropiado para abordarlos?

El mantenimiento de las poblaciones de peces y el uso responsable de los recursos marítimos es responsabilidad de varias organizaciones internacionales<sup>22</sup>. Las organizaciones regionales de pesca marítima forman una red compleja de actores que cubren regiones geográficas (como la Comisión de Pesquerías del Atlántico Nororiental) o son específicas de una región, como la Comisión del Atún del Océano Índico. Igualmente, la mayoría no son estrictamente regionales en el sentido de pertenencia, sino en el área de interés, garantizando así la presencia de Estados con intereses pesqueros en las regiones. Son claves en la gobernación de la pesca, ya que muchas poseen importantes facultades para regular la conservación y gestión de las poblaciones de peces, incluida la designación de capturas totales admisibles, los buques de vigilancia y el intercambio de información<sup>23</sup>. Una limitación clave de estos organismos, aparte de las cuestiones previsibles derivadas de la falta

<sup>18</sup> Véase Parlamento Europeo, «Global Fisheries Subsidies: Note», 2013, p. 23: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/513978/IPOL-PECH\\_NT\(2013\)513978\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/513978/IPOL-PECH_NT(2013)513978_EN.pdf) (consultada el 30 de octubre de 2016).

<sup>19</sup> Véase UNCTAD-FAO-UNEP, «Declaración Conjunta sobre Subvenciones a la Pesca»: [http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/U14d1c\\_d16\\_FishSub\\_Statement\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/U14d1c_d16_FishSub_Statement_en.pdf) (consultada el 30 de octubre de 2016), párr. 3.

<sup>20</sup> Véase HE, J., «Chinese public policy on fisheries subsidies: Reconciling trade, environmental and food security stakes», *Marine Policy*, vol. 56, 2015, p. 106.

<sup>21</sup> CHANG, S. W., «WTO Disciplines on Fisheries Subsidies: A Historic Step Towards Sustainability?», *JIEL*, vol. 6, 2003, p. 879; CHOU, Y. y OU, C. S., «The opportunity to regulate domestic fishery subsidies through international agreements», *Marine Policy*, vol. 63, 2016, p. 118.

<sup>22</sup> Véase YOUNG, M. A., *Trading Fish, Saving Fish: The Interaction between Regimes in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, capítulo 2.

<sup>23</sup> FAO, *Report: The State of World Fisheries and Aquaculture*, Roma, 2008, p. 69.

de voluntad política o de recursos, es su limitada capacidad de afectar las políticas de gestión en la alta mar<sup>24</sup>.

Las organizaciones regionales de ordenación pesquera (OROP) son solo un conjunto de organismos dentro de la red de ordenación pesquera, parte de una red más amplia de las Naciones Unidas, en la que se instruye a los Estados a que creen otros órganos regionales cuando sea necesario<sup>25</sup>. Diferentes órganos de las Naciones Unidas desempeñan un papel, no solo con las OROP sino también de forma independiente. La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) son todos participantes y también han contribuido a la red jurídica de tratados y códigos que buscan ayudar a conservar y gestionar las poblaciones de peces<sup>26</sup>.

Más recientemente, tres agencias clave han coordinado esfuerzos para fomentar algún avance sobre el tema de las subvenciones a la pesca. En julio de 2016, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la FAO y el PNUMA emitieron una declaración conjunta para alentar el progreso de las negociaciones y declararse «listos para apoyar a los Estados Miembros en la consecución de la coherencia política. La creación de capacidad y la asistencia técnica» en la consecución del ODS 14<sup>27</sup>.

Otras organizaciones menos obvias desempeñan también un papel, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que ha participado activamente en la determinación de la magnitud y el alcance de la superposición entre la conservación y la ordenación de la pesca y la prevalencia de las subvenciones en el sector pesquero<sup>28</sup>. Es aquí donde el papel de las entidades no ambientales o del Derecho del mar se vuelve contencioso. Si bien existe una necesidad imperiosa de regular la pesca para garantizar una utilización equitativa y sostenible de las poblaciones, no está claro que las subvenciones a la pesca que puedan contribuir a la sobrepesca o la pesca ilegal tengan un impacto comercial del tipo que habitualmente se contempla en la legislación comercial mundial<sup>29</sup>. Sin embargo, la esperanza

---

<sup>24</sup> Véase FAO, «Performance Reviews by Regional Fishery Bodies: Introduction, Summaries, Synthesis and Best Practices», vol. 1, 2012, p. 26.

<sup>25</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, 1833 UNTS 3 (CDM), art. 118.

<sup>26</sup> *Inter alia*: el CDM *ibid.*; el Acuerdo de la FAO para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar (1993); el Acuerdo de Nueva York de la FAO relativo a la gestión de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias; el Acuerdo de la FAO sobre medidas del Estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (2009).

<sup>27</sup> UNCTAD-FAO-UNEP, *op. cit.*, nota 19, párr. 6.

<sup>28</sup> Véase COX, A. y SCHMIDT, C. C., «Subsidies in the OECD Fisheries Sector: A Review of Recent Analysis and Future Directions»: <http://www.oecd.org/tad/fisheries/2507604.pdf> (consultada el 30 de octubre de 2016).

<sup>29</sup> MILAZZO, M., «Subsidies in World Fisheries: A Re-examination», *World Bank Technical Paper*, 1998, núm. 406.

de muchas de estas instituciones se centra, al menos en parte, en los resultados de la OMC<sup>30</sup>.

#### 4. DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA PESQUERA

El estado actual de las negociaciones en la OMC sobre las subvenciones a la pesca no parece particularmente esperanzador: se han realizado progresos lentos desde el mandato original de la Declaración de Doha de 2001<sup>31</sup>. Durante una reciente reunión informal del Grupo de Negociación sobre Normas, los miembros indicaron que estaban dispuestos a avanzar en el tema (aunque se mantuvieran bloqueados por cuestiones políticas, dada la necesidad de llegar a un acuerdo no solo sobre las subvenciones sino también sobre los otros ámbitos de estudio del Grupo)<sup>32</sup>. La propuesta de Nueva Zelanda consistía en reunir información a través de «una serie de preguntas con el fin de compartir información sobre tales desarrollos como un trasfondo para nuevos debates sobre las disciplinas de las subvenciones a la pesca»<sup>33</sup>.

Posteriormente, se ha avanzado algo a la luz de la inclusión en el texto del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) de una limitación de las subvenciones a la pesca, que:

«ninguna Parte otorgará o mantendrá ninguna de las siguientes subvenciones conforme a la definición del Artículo 1.1 del Acuerdo SMC que sean específicas conforme al significado del Artículo 2 del Acuerdo SMC:

(a) subvenciones a la pesca que afecten negativamente a poblaciones de peces que estén en una condición de sobrepesca; y

(b) subvenciones otorgadas a un buque pesquero mientras se encuentre listado por el Estado de pabellón o por una Organización o Arreglo Regional de Ordenación Pesquera pertinente por pesca INDNR, de conformidad con las reglas y procedimientos de esa organización o arreglo y conforme con el Derecho internacional»<sup>34</sup>.

Esta medida tendría un impacto significativo, basándose en el modelo de definición de subvenciones en la OMC. En vez de ver el regionalismo como un desafío para la OMC, en este caso se puede interpretar como un apoyo desde el nivel regional. Es notable que desde que llegaron a un acuerdo sobre el texto de TPP, algunos de los Estados envueltos en la negociación se han movido para iniciar conversaciones con el objetivo de prohibir las sub-

<sup>30</sup> UNCTAD-FAO-UNEP, *op. cit.*, nota 19, párr. 5.

<sup>31</sup> Declaración ministerial, 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1.

<sup>32</sup> OMC, «WTO members affirm interest in new international fisheries subsidies rules, but differ on way forward», 29 de junio de 2016: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news16\\_e/rule\\_06jul16\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/rule_06jul16_e.htm) (consultada el 30 de octubre de 2016).

<sup>33</sup> Comunicación: «Identifying the WTO Contribution to the 2030 Agenda for Sustainable Development: Fisheries Subsidies Questions», 24 de mayo de 2016, TN/RLW/272.

<sup>34</sup> Art. 20.16(5) TPP (omitidas las notas a pie de página): <https://www.direcon.gob.cl/tpp/capitulos-del-acuerdo/> (consultada el 30 de octubre de 2016).

venciones a la pesca según este modelo. Argentina, Australia, Canadá, Chile, Colombia, Nueva Zelanda, Noruega, Papúa Nueva Guinea, Perú, Singapur, Suiza, Uruguay y los Estados Unidos han comenzado a preparar negociaciones «para trabajar entre sí y con otros que piensan parecido para concluir un acuerdo ambicioso y de alto nivel, y al mismo tiempo trabajar con todos los Miembros de la OMC para avanzar hacia un acuerdo multilateral en la OMC»<sup>35</sup>. Ulteriormente, la Unión Europea también se ha apuntado, usando la reforma de la Política Pesquera Común de la Unión como ejemplo al nivel multilateral<sup>36</sup>. Aunque la ausencia de China y Japón es preocupante debido a su alto impacto en la pesca<sup>37</sup>, la posibilidad de llegar a un acuerdo es más cercana ahora de lo que lo ha sido desde hace décadas.

## 5. CONCLUSIONES

Al principio, parecía que el Derecho internacional actual, fragmentado y descentralizado, no podía apoyar el cumplimiento de los retos más importantes para la comunidad internacional, poniendo trabas en vez de apoyar al cumplimiento de los ODS. Sin embargo lo que ha surgido como elemento clave dentro de la gestión de subvenciones a la pesca ha sido el rol del Derecho internacional, en todas sus formas —universal, multilateral, regional, comercial y medioambiental—, para ofrecer herramientas a la comunidad internacional con el fin de progresar hacia el cumplimiento de una de las metas clave para la gestión marítima. No han sido los conflictos normativos los que han detenido la creación de una prohibición de subvenciones a la pesca, sino las exigencias de la política de consenso. La competencia entre regímenes jurídicos ha permitido a algunos Estados la oportunidad de llegar a acuerdos y estimular la cooperación con otros participantes, como la Unión Europea, que no quiere que se introduzcan nuevas normas sin su participación. No es un rechazo de la universalidad sino «una nueva forma de multilateralismo pragmático»<sup>38</sup> que permite el uso de una amplia gama de instituciones de Derecho internacional.

**Palabras clave:** Derecho internacional público, desarrollo sostenible, la Organización Mundial de Comercio, política pesquera.

**Keywords:** Public International law, sustainable development, the World Trade Organization, fisheries policy.

---

<sup>35</sup> Declaración Conjunta sobre las Subvenciones a la Pesca, Washington DC, 14 de septiembre de 2016: [https://ustr.gov/sites/default/files/09142016\\_STATEMENT\\_joint\\_statement\\_fisheries\\_partners\\_FINAL.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/09142016_STATEMENT_joint_statement_fisheries_partners_FINAL.pdf) (consultada el 30 de octubre de 2016).

<sup>36</sup> MALMSTRÖM, C., «Protecting global fisheries through the WTO», 17 de octubre de 2016: [https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/protecting-global-fisheries-through-wto\\_en](https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/protecting-global-fisheries-through-wto_en) (consultada el 30 de octubre de 2016).

<sup>37</sup> Véase ICTSD Bridges, «Group of WTO Members Announces Talks to Ban Harmful Fisheries Subsidies», 22 de septiembre de 2016: <http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/group-of-wto-members-announces-talks-to-ban-harmful-fisheries-subsidies> (consultada el 30 de octubre de 2016).

<sup>38</sup> Declaración del Representante de Comercio de los Estados Unidos, Conferencia Ministerial, Nairobi 15 a 18 de diciembre de 2015, WT/MIN(15)/ST/121.

## LA AGENDA 2030 Y LOS OBJETIVOS PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. UNA MIRADA CRÍTICA SOBRE SU APORTACIÓN A LA GOBERNANZA GLOBAL EN TÉRMINOS DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL\*

Antonio CARDESA-SALZMANN

Antoni PIGRAU SOLÉ

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS OBJETIVOS PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE.—3. LOS OBJETIVOS Y LAS METAS PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE: ¿INSTRUMENTO DE COHESIÓN Y COORDINACIÓN NORMATIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL?—4. EL DESARROLLO SOSTENIBLE: ¿UN «CONCEPTO» NORMATIVO EN CRISIS?—5. CONSIDERACIONES FINALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

La presente contribución al foro de la *Revista Española de Derecho Internacional* pretende aportar algunos elementos de reflexión crítica sobre el papel que los Objetivos del Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030<sup>1</sup> pueden desempeñar en la gobernanza global desde la perspectiva de su incidencia en la justicia distributiva y sostenibilidad ambiental. En parte, esta contribución se basará en las conclusiones alcanzadas en el *1st Tarragona International Environmental Law Colloquium*, organizado conjuntamente por el Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT) y la

---

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2013-44009-P «Del desarrollo sostenible a la justicia ambiental: hacia una matriz conceptual para la gobernanza global», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Antonio Cardesa Salzmann es Lecturer in EU Environmental Law en la University of Strathclyde; Antoni Pigrau Solé es Catedrático de Derecho internacional público y Director del CEDAT en la Universidad Rovira i Virgili. *Email:* [antonio.cardesa-salzmann@strath.ac.uk](mailto:antonio.cardesa-salzmann@strath.ac.uk); [antoni.pigrau@urv.cat](mailto:antoni.pigrau@urv.cat).

<sup>1</sup> Asamblea General, Res. 70/1 «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», de 25 de septiembre de 2015.

Asociación de Alumnos y Exalumnos de Derecho Ambiental de Tarragona (AAEDAT)<sup>2</sup>.

## 2. LOS OBJETIVOS PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

El 8 de septiembre de 2000 la Asamblea General de la ONU adoptaba solemnemente la Declaración del Milenio<sup>3</sup>. En ella se afirmaban como valores esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto de la naturaleza y la responsabilidad común. De su contenido se derivaron ocho grandes objetivos, desglosados en dieciocho metas más concretas. Al término de su ciclo de implementación, pudieron constatarse algunos resultados positivos, aunque parciales. Sin embargo, estos logros puntuales no permiten obviar la falta de avances significativos en la mayoría de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)<sup>4</sup>.

En uno de los escasos resultados destacables de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20) celebrada en Río de Janeiro en junio de 2012, los Estados decidieron abordar los retos pendientes de los ODM, abriendo significativamente su enfoque desde el planteamiento tradicional de desarrollo, hacia el desarrollo *sostenible*. En este sentido, el documento final de la cumbre incluye un acuerdo para poner en marcha un proceso para desarrollar un conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que serían evaluables mediante metas e indicadores conexos, y que reemplazarían a los ODM<sup>5</sup>. A tal efecto, la Asamblea General creó un Grupo de Trabajo abierto, que culminó la negociación del texto en agosto de 2015<sup>6</sup>.

El resultado de dicho acuerdo fueron los 17 *Objetivos de Desarrollo Sostenible*<sup>7</sup>, adoptados el 25 de septiembre de 2015, que incluyen 179 metas concretas, en el marco de una nueva y no menos ambiciosa estrategia que debe aplicarse hasta el año 2030. Los objetivos, que se conciben «de carácter integrado e indivisible» y pretenden conjugar las tres dimensiones (económica,

<sup>2</sup> La organización del coloquio contó con la inestimable contribución del comité científico externo, compuesto por la Dra. Mar CAMPINS ERITJA, la Dra. Teresa FAJARDO DEL CASTILLO y la Dra. Rosa María FERNÁNDEZ EGEA.

<sup>3</sup> Naciones Unidas, Doc. A/RES/55/2, 13 de septiembre de 2000.

<sup>4</sup> *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015*, Nueva York, Naciones Unidas, 2015. Accesible en línea en [http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015\\_spanish.pdf](http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.pdf) (consultada el 4 de noviembre de 2016); NANDA, V. P., «The Journey from the Millennium Development Goals to the Sustainable Development Goals», *Denver Journal of International Law & Policy*, vol. 44, 2015-2016, pp. 395-397.

<sup>5</sup> Río+20, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. Documento final de la Conferencia, *El futuro que queremos*; A/CONF.216/L.1, 19 de junio de 2012, párrs. 245-251. La Asamblea General hizo suyo el documento mediante la Resolución 66/288 «El futuro que queremos», aprobada el 27 de julio de 2012.

<sup>6</sup> Toda la documentación de los trabajos del Grupo está en <https://sustainabledevelopment.un.org/owg.html> (consultada el 6 de noviembre de 2016).

<sup>7</sup> A/RES/70/1, párr. 59.



social y ambiental) del desarrollo sostenible<sup>8</sup>, son los siguientes: 1) Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo; 2) Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible; 3) Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades; 4) Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos; 5) Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas; 6) Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos; 7) Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos; 8) Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; 9) Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación; 10) Reducir la desigualdad en los países y entre ellos; 11) Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles; 12) Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles; 13) Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos; 14) Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible; 15) Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad; 16) Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas, y 17) Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

### **3. LOS OBJETIVOS Y LAS METAS PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE: ¿INSTRUMENTO DE COHESIÓN Y COORDINACIÓN NORMATIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL?**

Como señala Rakhyun E. Kim<sup>9</sup>, los 17 ODS no surgen por generación espontánea en un vacío jurídico. Por el contrario, fueron establecidos sobre la base de obligaciones internacionales vigentes relevantes para el desarrollo sostenible. En este sentido, ante el panorama de fragmentación del Derecho internacional en regímenes autónomos que persiguen —tanto en el plano normativo, como en el institucional y procedimental— objetivos, racionalidades y discursos normativos divergentes o incluso contradictorios, los ODS han sido presentados como un marco político de coordinación y síntesis de obligaciones internacionales asumidas por los Estados en los ámbitos económico, social y medioambiental.

<sup>8</sup> *Ibid.*, preámbulo.

<sup>9</sup> KIM, R. E., «The Nexus between International Law and the Sustainable Development Goals», *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 25, 2016, núm. 1, pp. 15-26.

En este sentido, se identifican con bastante concreción en cada uno de los 17 objetivos los foros institucionales internacionales especializados que deberán coordinar sus respectivas políticas para promover la consecución de las metas intra-objetivo establecidas. Al mismo tiempo, la Agenda 2030 consolida el Foro Político de Alto Nivel (FPAN)<sup>10</sup> como el órgano principal de seguimiento y examen político de los ODS, que se erige así en el foro de coordinación transversal entre todos los objetivos que vela por preservar el carácter integral e indivisible de los mismos.

Sin embargo, coincidimos aquí con Kim<sup>11</sup> en presagiar que, pese a su relativa novedad, los mecanismos de coordinación interinstitucional establecidos bajo el paraguas del FPAN harán, en el mejor de los casos, una modesta aportación a la indivisibilidad e integración de los objetivos y las metas y, por ende, al desarrollo sostenible.

En este sentido, por ejemplo, el diagnóstico de los desafíos reales que afronta el planeta consensuado en el texto final de la Declaración consiste en una extensa lista de retos que abarcan desde la pobreza, a las desigualdades, incluidas las de género, pasando por el desempleo, la escalada de los conflictos, el extremismo violento, el agotamiento de los recursos naturales, la desertificación o el cambio climático<sup>12</sup>. Pero, como si se trataran todos ellos de desastres naturales, no se establece ninguna relación causal ni de conexión entre el sistema económico global imperante y tales desafíos, cuando es relativamente sencillo prever una difícil convivencia por ejemplo, entre la estructura de la industria agroalimentaria real y la mejora de la nutrición o la promoción de la agricultura sostenible (Objetivo 2); o entre un crecimiento económico que se persigue intensificando la presión sobre los recursos naturales con tendencia a superar en muchos aspectos la capacidad de carga del planeta<sup>13</sup>, con la garantía de modalidades de consumo y producción sostenibles (Objetivo 12).

El enfoque tradicional, basado en políticas nacionales, elude el análisis de los aspectos más críticos del funcionamiento del sistema global, entre ellos la cuestión del desarrollo en Derecho internacional de las responsabilidades de las empresas por prácticas contrarias a los ODS. Sin afrontarlos, no obstante, parece difícil que pueda responder a las expectativas suscitadas. Los Objetivos son desde luego encomiables pero, como ha sucedido en otras ocasiones<sup>14</sup>, el desenfoque en el diagnóstico de los problemas hace inviable, sin

---

<sup>10</sup> Creado por la Resolución 67/203 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2012: «Ejecución del Programa 21 y del Plan para su ulterior ejecución, y aplicación de los resultados de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible».

<sup>11</sup> KIM, R. E., *op. cit.*, nota 9.

<sup>12</sup> A/RES/70/1, Anexo, párr. 14.

<sup>13</sup> Sobre las fronteras que el planeta no puede sobrepasar: ROCKSTRÖM, J. *et al.*, «Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity», *Ecology and Society*, vol. 14, 2009, núm. 2, p. 32.

<sup>14</sup> DUBOIS, A., «La dimensión normativa del desarrollo en la globalización: Una visión crítica de los objetivos del milenio», *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, diciembre de 2006, núm. 13, pp. 33-52.

cuestionar las bases del metabolismo social global, la suma, a la vez y para todos, de todos esos objetivos. Por el contrario, la experiencia histórica muestra hasta qué punto el grado de bienestar de los menos se ha basado y se basa todavía en la vulneración de los derechos de los más, en una huella ecológica<sup>15</sup> desproporcionada y en una deuda ecológica probablemente incalculable<sup>16</sup>, y hasta qué punto estamos asistiendo a un proceso acelerado de concentración de la riqueza y de aumento de la desigualdad en el mundo. Insostenibilidad e injusticia intrageneracional son los pilares del modelo capitalista en su fase actual y sin cuestionar esos pilares, los ODS y, en particular, el que pretende reducir la desigualdad en los países y entre ellos (Objetivo 10), pueden ser, en gran medida, quimeras para la mayoría de los seres humanos.

Por otra parte, aunque es notable la mejora en relación con los ODM, se ha destacado la insuficiente conexión entre los ODS y el marco de derechos humanos, sustantivos y procedimentales, que deberían ser un factor clave para el progreso en la obtención de los mismos<sup>17</sup>. Piénsese, por ejemplo en el contraste entre la falta de derechos de acceso a la información o a la participación en temas ambientales, y de los derechos fundamentales de quienes son perseguidos por defenderlos, y el objetivo del acceso a la justicia para todos (Objetivo 16).

En definitiva, más allá de un bienvenido ejercicio político de *benchmarking*, es decir, de evaluación comparativa del progreso alcanzado hacia la consecución de las ciento setenta y nueve metas fijadas, la Agenda 2030 y los ODS no parecen aptos para alterar significativamente la fragmentación del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo, entendida aquí como expresión de las graves tensiones normativas e institucionales que le son inherentes. En cierto modo, puede concluirse que reflejan, si se prefiere, una falta de transcendencia constitucional del concepto normativo de desarrollo sostenible en el ordenamiento jurídico internacional, que le impide vertebrar un equilibrio real entre las dimensiones económica, social y ambiental de la gobernanza global<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> WACKERNAGEL, M. y REES, W., *Our Ecological Footprint: Reducing Human Impact on the Earth*, Gabriola Island, B. C., Canada, New Society, 1995, pp. 9-12.

<sup>16</sup> PAREDIS, E., LAMBRECHT, J., GOEMINNE G. y VANHOVE, W., *Elaboration of the concept of ecological debt. Final report*, Centre for Sustainable Development, Ghent University, 1 de septiembre de 2004, [www.cdo.ugent.be/publicaties/005.ecodebt\\_report\\_1\\_core.pdf](http://www.cdo.ugent.be/publicaties/005.ecodebt_report_1_core.pdf) (consultado el 19 de octubre de 2016).

<sup>17</sup> KNOX, J. H., «Human Rights, Environmental Protection, and the Sustainable Development Goals», *Washington International Law Journal*, vol. 24, 2015, núm. 3, pp. 517-536; «The Post-2015 Agenda Won't Deliver Without Human Rights at the Core», *Reflections from co-conveners of the Post-2015 Human Rights Caucus*, Center for Economic and Social Rights, 29 de septiembre de 2014; <http://cesr.org/downloads/HRsCaucusReflections-Post2015-Sept2014.pdf> (consultado el 6 de noviembre de 2016). Un análisis detallado con una valoración positiva puede verse en THE DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, *La guía de los derechos humanos a los ODS. Vincula a los derechos humanos con todos los objetivos y metas de Desarrollo Sostenible*, <http://sdg.humanrights.dk/es> (consultado el 6 de noviembre de 2016).

<sup>18</sup> KIM, R. E., *op. cit.*, nota 9, p. 24. Véase también KIM, R. E. y BOSSELMANN, K., «International Environmental Law in the Anthropocene: Towards a Purposive System of Multilateral Environmental Agreements», *Transnational Environmental Law*, vol. 2, 2013, núm. 2, pp. 285-309.

#### 4. EL DESARROLLO SOSTENIBLE: ¿UN «CONCEPTO» NORMATIVO EN CRISIS?

La brevísima mirada crítica sobre los ODS nos lleva a concluir esta aportación con algunas reflexiones sobre el concepto normativo del desarrollo sostenible y su capacidad para hacer frente a los retos existenciales que afronta la humanidad en lo que, con creciente insistencia, se viene a describir como la nueva era del Antropoceno. En efecto, transcurrido prácticamente un cuarto de siglo desde el encumbramiento del «desarrollo sostenible» como paradigma de la gobernanza global, su virtualidad para articular respuestas eficaces a los desequilibrios sociales globales y al alarmante deterioro de la integridad ecológica del planeta está siendo puesta en duda. El cuestionamiento al que se alude procede de distintas disciplinas y puntos de vistas doctrinales<sup>19</sup>. En el ámbito de la doctrina internacionalista, Jorge Viñuales<sup>20</sup> ha expresado de manera elocuente el escepticismo imperante respecto de la funcionalidad del «desarrollo sostenible» como paradigma de la cooperación y regulación jurídica internacional eficaz para la protección del medio ambiente. La inconcreción normativa inherente al propio concepto —una de sus principales virtudes a la hora de favorecer grandes acuerdos Norte-Sur (e, incluso, Sur-Sur)— ha constituido a la vez su principal talón de Aquiles. Más allá de aunar las voluntades de los protagonistas de las principales tensiones interestatales en el contexto de la protección global del medio ambiente en torno a grandes formulaciones de principio, hasta la fecha la comunidad internacional ha sido incapaz de fraguar compromisos concretos para articular respuestas normativas eficaces para promover soluciones que modulen el objetivo del desarrollo económico en función de la justicia social y la protección de los recursos medioambientales en situaciones específicas<sup>21</sup>.

Las limitaciones inherentes al paradigma del desarrollo sostenible en el Derecho internacional contemporáneo no tienen fácil solución. No obstante, formulado en términos más o menos audaces o prudentes, la doctrina señala insistentemente la necesidad de construir consensos globales sobre la preservación de la justicia social (distributiva)<sup>22</sup> y de la integridad del medio ambiente<sup>23</sup>, mediante la identificación de ámbitos prioritarios de actuación<sup>24</sup>. En este contexto, la Agenda 2030 y los ODS suponen en cierto modo una relativa novedad, al aportar por primera vez metas concretas que permitirán una evaluación

<sup>19</sup> DERNBACH, J. C. y CHEEVER, F., «Sustainable Development and Its Discontents», *Transnational Environmental Law*, vol. 4, 2015, núm. 2, pp. 247-287.

<sup>20</sup> VIÑUALES, J. E., «The Rise and Fall of Sustainable Development», *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 22, 2013, núm. 1, pp. 3-13.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> POGGE, T., *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, 2.<sup>a</sup> ed., Cambridge, Polity, 2008.

<sup>23</sup> BOYLE, A., «Human Rights and the Environment: Where Next?», *EJIL*, vol. 23, 2012, núm. 3, pp. 613-642. BOSSELMANN, K., «Mind the gap. State governance and ecological integrity», en WESTRA, L., GRAY, J. y KARAGEORGOU, V. (eds.), *Ecological Systems Integrity. Governance, law and human rights*, Abingdon, Routledge, 2015, pp. 275-276.

<sup>24</sup> VIÑUALES, J. E., *op. cit.*, nota 20, p. 7.

política global de los avances que puedan alcanzarse hacia la consecución del desarrollo sostenible. Sin embargo, resulta obvio constatar que no corregirán las graves tensiones económicas, sociales y políticas de la sociedad globalizada, ni la fragmentación resultante del ordenamiento jurídico internacional.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

El desarrollo sostenible es un concepto normativo concebido como un paradigma para conciliar intereses concurrentes en el desarrollo económico, la justicia social y la protección del medio ambiente. En términos jurídicos, el desarrollo sostenible ha sido descrito de múltiples maneras. Algunos autores lo ven como una matriz normativa para reinterpretar los principios y reglas jurídicas existentes y generar nuevos principios<sup>25</sup>, o como un principio metajurídico que ejerce la normatividad intersticial<sup>26</sup>. Otros lo describen como un marco de toma de decisiones para mantener y lograr el bienestar humano<sup>27</sup>. Sin embargo, la percepción parece extenderse en el mundo académico y la sociedad civil en el sentido de que, como concepto normativo, el desarrollo sostenible requiere una profunda revisión. Esta revisión profunda pasa, a nuestro entender, por la necesidad de replantear el concepto de desarrollo sostenible en términos de justicia. La Agenda 2030, así como los objetivos y metas del desarrollo sostenible establecen aspiraciones concretas que permiten evaluar el progreso en términos políticos. Sin embargo, poco pueden aportar a una mejora de la gobernanza global en términos de justicia social y sostenibilidad ambiental si no se vislumbran mecanismos de gobernanza que permitan avanzar hacia un equilibrio real entre intereses económicos, sociales y ambientales en tensión.

En este contexto, los avances en las metas del Objetivo 16 serán determinantes. Son, en efecto, los derechos procedimentales —los derechos de acceso a la información medioambiental, la participación del público en los procesos de toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales— los que junto a los derechos económicos y sociales permiten articular un sistema multinivel de garantías «constitucionales» capaces de fraguar soluciones integradoras de los intereses económicos, sociales y ambientales en tensión<sup>28</sup>.

**Palabras clave:** objetivos del desarrollo sostenible, equidad intrageneracional, sostenibilidad.

**Keywords:** objectives of sustainable development, intragenerational equity, sustainability.

<sup>25</sup> DUPUY, P. M., «Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?», *RGDIP*, vol. 101, 1997, pp. 873-903.

<sup>26</sup> LOWE, V., «Sustainable Development and Unsustainable Arguments», en BOYLE, A. y FREESTONE, D. (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 19-37.

<sup>27</sup> DERNBACH, J. C. y CHEEVER, F., *op. cit.*, nota 19. Véase también RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., «El principio de integración de los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible», *REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 2, pp. 133-161.

<sup>28</sup> ORELLANA, M., «Governance and the Sustainable Development Goals: The Increasing Relevance of Access Rights in Principle 10 of the Rio Declaration», *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 26, 2016, núm. 1, pp. 50-58.



## UNIÓN EUROPEA E INVERSIONES: MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

### LA UNIÓN EUROPEA Y EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN EL CETA Y EL TTIP \*

Francisco PASCUAL VIVES

Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público  
y Relaciones Internacionales  
Universidad de Alcalá

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. UN ARBITRAJE MÁS SELECTIVO.—3. UN ARBITRAJE MÁS PARTICULARISTA.—4. UN ARBITRAJE MÁS TRANSPARENTE.—5. UN ARBITRAJE MENOS DESCENTRALIZADO.—6. REFLEXIONES FINALES.

#### 1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (UE) estrenó su competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas impulsando la celebración estratégica de dos ambiciosos acuerdos internacionales con Canadá (CETA)<sup>1</sup> y los Estados Unidos de América (TTIP)<sup>2</sup>. En ambos casos, estas negociaciones han contado con el rechazo de parte de la sociedad civil, especialmente crítica tanto con el fondo como con la forma en que vienen discurriendo. Entre los puntos más controvertidos destaca el arbitraje de inversión, el sistema que ambos acuerdos consagran para arbitrar el arreglo de las controversias relativas a una inversión extranjera. Este trabajo valora, dentro de los estrictos límites de espacio impuestos, algunas de las propuestas que ha formulado la UE en respuesta a estas críticas<sup>3</sup>.

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto «La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho internacional» (Ref. DER2015-63498-C2-1-P MINECO/FEDER).

<sup>1</sup> Se analiza el texto del *Comprehensive Economic and Trade Agreement* de 29 de febrero de 2016.

<sup>2</sup> Se analiza el texto del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* de 12 de noviembre de 2015.

<sup>3</sup> En 2013 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCD) recomendó la reforma del arbitraje de inversión sobre la base de cinco puntos «Promoting alternative dispute reso-

## 2. UN ARBITRAJE MÁS SELECTIVO

Ambos acuerdos hacen más selectivo el acceso al arbitraje de inversión. Así, entre otras, destacan dos medidas que traen causa de la práctica convencional norteamericana.

Primera, se establecen una serie de disposiciones que tienen como propósito filtrar algunas demandas bien por razones sustantivas, bien por motivos procesales. No pueden prosperar las reclamaciones basadas en una inversión efectuada «*through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or conduct amounting to an abuse of process*»<sup>4</sup>, aquellas donde no figure un elenco completo de los demandantes<sup>5</sup> o las que prevean una relación de las conductas controvertidas distinta a la comunicada inicialmente por el inversor<sup>6</sup>. También se puede rechazar la jurisdicción si se constata que se ha adquirido el control de la inversión extranjera con el único fin de iniciar el arbitraje<sup>7</sup> o si la reclamación carece manifiestamente de contenido jurídico<sup>8</sup> o parece infundada<sup>9</sup>.

Y, segunda, se obliga al inversor a renunciar expresamente no solo a las acciones ya planteadas sino también a futuras reclamaciones, siempre que estén relacionadas con el objeto del arbitraje<sup>10</sup>. Esta solución restringe la litigación paralela en el contexto del Derecho internacional (DI) de las inversiones<sup>11</sup>, permitiendo que el inversor tenga disponibles múltiples foros aunque no pueda acudir a todos ellos de manera simultánea. Ambos acuerdos establecen una obligación de renuncia muy taxativa<sup>12</sup>, con el fin de limitar la flexibilidad dispensada por algunos órganos arbitrales al interpretar cláusulas similares<sup>13</sup>. Según la Comisión Europea, esta solución potenciará el recurso a los tribunales internos y hará menos atractivo el arbitraje de inversión<sup>14</sup>.

---

lution; Tailoring the existing system through individual IIAs; Limiting investor access to ISDS; Introducing an appeals facility; Creating a standing international investment court»: véase «Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap», *UNCTAD IIA Issues Note*, 2013, núm. 2, p. 1.

<sup>4</sup> Véanse el art. 8.18.3 del CETA y el art. 6.6 de la Sección 3.<sup>a</sup> del TTIP.

<sup>5</sup> Véase el art. 6.5 de la Sección 3.<sup>a</sup> del TTIP (el CETA guarda silencio).

<sup>6</sup> Véanse el art. 8.22.1.e) del CETA y el art. 6.4 de la Sección 3.<sup>a</sup> del TTIP.

<sup>7</sup> Véase el art. 15 de la Sección 3.<sup>a</sup> del TTIP (el CETA guarda silencio).

<sup>8</sup> Véase el art. 8.32 del CETA (el TTIP guarda silencio).

<sup>9</sup> Véanse el art. 8.33 del CETA y el art. 17 de la Sección 3.<sup>a</sup> del TTIP.

<sup>10</sup> Véanse el art. 8.22.1 del CETA y el art. 14 de la Sección 3.<sup>a</sup> del TTIP.

<sup>11</sup> TITI, C., «International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Treaties», *EJIL*, vol. 26, 2015, núm. 3, pp. 639-661, esp. p. 660.

<sup>12</sup> Véanse el art. 8.22.5 del CETA y el art. 14.4 de la Sección 3.<sup>a</sup> del TTIP.

<sup>13</sup> Confróntense *Waste Management, Inc. c. México*, caso CIADI núm. ARB(AF)/98/2, Laudo de 2 de junio de 2000, párrs. 18-30; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, caso CIADI núm. ARB(AF)/99/2, Laudo de 11 de octubre de 2002, párrs. 84-86; *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. El Salvador*, caso CIADI núm. ARB/09/17, Laudo de 14 de marzo de 2011, párrs. 80-84; y *The Renco Group, Inc. c. Perú*, caso CIADI núm. UNCT/13/1, Laudo de 15 de julio de 2016, párrs. 136-160.

<sup>14</sup> Así consta en un documento titulado «Investment in TTIP and Beyond - The Path for Reform», p. 10: véase [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF) (consultada el 18 de octubre de 2016).



En cambio, el CETA y el TTIP admiten la litigación paralela<sup>15</sup> si coinciden un arbitraje de inversión y un arbitraje interestatal donde se ventile el trato proporcionado a los inversores<sup>16</sup> o cuando el inversor haya iniciado una reclamación con idéntico objeto que el arbitraje en virtud de otro acuerdo internacional. El órgano arbitral podrá suspender el procedimiento hasta que el otro tribunal se haya pronunciado y tomará «*into account*» su decisión. Así, se facilita la inclusión en el arbitraje de cuestiones de hecho relevantes que haya podido dirimir otro tribunal internacional y se evita una eventual doble compensación al inversor.

### 3. UN ARBITRAJE MÁS PARTICULARISTA

Uno de los desafíos que plantean estos acuerdos es hacer compatible el arbitraje de inversión con el monopolio interpretativo que posee el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) sobre el Derecho de la UE. Como en algunos arbitrajes de inversión se ha discutido hasta qué punto el ordenamiento secundario de la UE puede ser invocado como parte del Derecho aplicable, se zanja este debate con una solución particularista.

En efecto, el CETA y el TTIP delimitan el Derecho aplicable al arbitraje a sus propias disposiciones interpretadas según las normas establecidas en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>17</sup>, así como a «*other rules and principles*<sup>18</sup> of international law applicable between the Parties»<sup>19</sup>. Esta fórmula incluye desde las normas secundarias sobre responsabilidad internacional del Estado, hasta un tratado o una costumbre que contuviese obligaciones primarias para ambas partes, si bien en razón del principio de especialidad resultará infrecuente que los órganos arbitrales se alejen de las obligaciones de protección controvertidas y apliquen preferentemente otras normas primarias de DI.

En cambio, se excluye el Derecho secundario europeo del Derecho aplicable al arbitraje, porque no puede considerarse DI *aplicable entre las partes*. Tampoco resultaría aplicable en su condición de «*domestic law*» —así lo concibe la Comisión Europea en un documento interno de trabajo elaborado a propósito de la negociación del TTIP—<sup>20</sup>, puesto que ambos acuerdos señalan que «*the domestic law of the Parties shall not be part of the applicable law*»<sup>21</sup>. La aproximación hacia el Derecho de la UE, en puridad, parte de una apreciación particularista e incorrecta de su naturaleza jurídica, que no

<sup>15</sup> Véanse el art. 8.24 del CETA y el art. 14.5 de la Sección 3.ª del TTIP.

<sup>16</sup> Véanse el art. 8.42 del CETA y el art. 26.1 de la Sección 3.ª del TTIP.

<sup>17</sup> BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

<sup>18</sup> El TTIP solo se refiere a «*other rules*».

<sup>19</sup> Véanse el art. 8.31.1 del CETA y el art. 13 de la Sección 3.ª del TTIP.

<sup>20</sup> En el ya citado documento (nota 14) se afirma (p. 10) que «*ISDS tribunals should apply (only) the agreement and other rules and principles of international law applicable between the Parties to the agreement. This means that they cannot apply domestic law (whether of the EU or Member States)*».

<sup>21</sup> Véanse el art. 8.31.2 del CETA y el art. 13.3 de la Sección 3.ª del TTIP.

obstante garantiza el monopolio del TJUE sobre la interpretación de aquel ordenamiento jurídico. Un monopolio que se refuerza, además, sometiendo a los órganos arbitrales a la «*prevailing interpretation*» del «*domestic law*» efectuada por los tribunales de las partes<sup>22</sup>, pudiendo ponderar aquellos órganos el Derecho secundario europeo únicamente «*as a matter of fact*»<sup>23</sup>.

Mediante otra solución particularista se reserva la interpretación de los acuerdos a la voluntad de las partes. Ambos acuerdos crean un comité competente para interpretar sus disposiciones mediante declaraciones vinculantes para los órganos arbitrales<sup>24</sup>. Este órgano de composición mixta y formado por representantes de ambas partes no es extraño para la UE y sus Estados miembros, pues está previsto en la mayoría de los acuerdos de asociación.

El CETA y el TTIP, en suma, no establecen mecanismos de diálogo judicial entre los órganos arbitrales y el TJUE en el plano sustantivo, una opción técnicamente compleja pero factible<sup>25</sup>, optando por soluciones particularistas.

#### 4. UN ARBITRAJE MÁS TRANSPARENTE

Otra de las novedades significativas del CETA y el TTIP es su apuesta por la transparencia en el arbitraje de inversión<sup>26</sup>. También aquí la UE ha sido muy permeable a la soluciones impulsadas hace ya una década por los Estados Unidos de América y Canadá<sup>27</sup>. Ambos acuerdos se someten a las Reglas de Transparencia de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>28</sup>, aplicables a todo tratado celebrado a partir del 1 de abril de 2014, si bien establecen algunas particularidades que refuerzan la transparencia, al ampliarse el elenco de documentos que deben publicarse<sup>29</sup>.

El principio de transparencia se proyecta sobre tres facetas que hasta ahora la dimensión privada y consensual del arbitraje de inversión había so-

<sup>22</sup> Véanse el art. 8.31.2 del CETA y el art. 13.3 de la Sección 3.ª del TTIP.

<sup>23</sup> Véase SJ-0259/16, de 1 de junio de 2016, párrs. 49-57.

<sup>24</sup> Véanse los arts. 8.31.3 y 8.44.3.a) del CETA y el art. 13.5 de la Sección 3.ª del TTIP.

<sup>25</sup> Por ejemplo, mediante la cuestión prejudicial: véase VON PAPP, K., «Clash of “Autonomous Legal Orders”: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide Between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ», *CMLR*, vol. 50, 2013, núm. 4, pp. 1039-1081; y SCHILL, S. W., «Arbitration Procedure: The Role of the European Union and the Member States in Investor-State Arbitration», en KESSEDJIAN, C. (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, París, Panthéon-Assas, 2011, pp. 129-147, esp. pp. 136-137 y 144-145.

<sup>26</sup> Hasta sus detractores reconocen que «*the EU's approach embraces the most far-reaching transparency rules for investment arbitration that exist today*»: véase KRAJEWSKI, M., *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, Bruselas, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2014, p. 16.

<sup>27</sup> PAPANISKIS, M., «International Investment Law and the European Union: A Reply to Catharine Titi», *EJIL*, vol. 26, 2015, núm. 3, pp. 663-670, esp. pp. 668-670.

<sup>28</sup> Resolución 68/103 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2013.

<sup>29</sup> Véanse el art. 8.36 del CETA y el art. 18.2 de la Sección 3.ª del TTIP.

metido al principio de confidencialidad, a saber: la participación en las audiencias, la presentación de alegatos escritos y la publicación de documentos procesales. Y se benefician de la misma tanto las partes en el acuerdo como otros actores internacionales.

En lo tocante a las primeras, ambos acuerdos prevén que el sujeto que no participa en el arbitraje («*non-disputing party*»)<sup>30</sup> no solo solicite y reciba documentación relacionada con la controversia, sino que también asista y presente observaciones en las audiencias<sup>31</sup>. La principal beneficiada con este régimen será la Comisión Europea, que actualmente había encontrado en el *amicus curiae* una alternativa más bien precaria para intervenir en el arbitraje de inversión.

Por lo que respecta a los actores internacionales, mientras que el CETA se remite por completo al régimen de la CNUDMI, esto es, admite la intervención de personas físicas y jurídicas que acrediten un interés importante («*significant*») y puedan asistir al órgano arbitral en la determinación de aspectos fácticos o jurídicos desde una perspectiva distinta a las partes<sup>32</sup>, el TTIP también faculta a las personas físicas o jurídicas que demuestren «*a direct and present interest in the result of the dispute*» y pretendan apoyar «*in whole or in part, the award sought by one of the disputing parties*»<sup>33</sup>. Mientras que el régimen recogido en el CETA consagra la intervención como una simple forma de asistencia al órgano arbitral, el TTIP permite además a los individuos ejercer abiertamente tareas de coadyuvante defendiendo un interés particular.

Asimismo, se introduce una obligación de informar acerca de toda aportación económica realizada por un tercero a cualquiera de las partes en la controversia<sup>34</sup>. La constancia de que un «buen samaritano»<sup>35</sup> financie el arbitraje, faculta al órgano arbitral para exigirle constituir una fianza por las eventuales costas<sup>36</sup>. Aunque tradicionalmente los órganos arbitrales se han mostrado muy cautelosos sobre la constitución de estas fianzas<sup>37</sup>, la solución que propone el TTIP es conforme con una incipiente práctica arbitral<sup>38</sup> y concilia el derecho de acceso al arbitraje con la necesidad de evitar reclamaciones frívolas, promoviendo un arbitraje más selectivo.

<sup>30</sup> Véanse el art. 8.38 del CETA y el art. 22 de la Sección 3.ª del TTIP.

<sup>31</sup> Confróntese con el art. 5 de las Reglas de Transparencia de la CNUDMI.

<sup>32</sup> Véase el art. 4 de las Reglas de Transparencia de la CNUDMI.

<sup>33</sup> Véase el art. 23.1 de la Sección 3.ª del TTIP.

<sup>34</sup> Véanse el art. 8.26 del CETA y el art. 8 de la Sección 3.ª del TTIP.

<sup>35</sup> *Quasar de Valores SICAV, S. A., Orgor de Valores SICAV, S. A., GBI 9000 SICAV, S. A. c. Rusia*, caso CCE núm. 24/2007, Laudo de 20 de julio de 2012, párr. 224.

<sup>36</sup> Véase el art. 21.1 de la Sección 3.ª del TTIP (el CETA guarda silencio).

<sup>37</sup> *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Bolivia*, caso CPA núm. 2011-17, Orden de 11 de marzo de 2013, pp. 3-5.

<sup>38</sup> Véanse las decisiones sobre la solicitud de constitución de fianza (de 31 de agosto de 2014) y sobre la solicitud de suspender o interrumpir el procedimiento como consecuencia del impago de la fianza (de 8 de abril de 2015) en *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, caso CIADI núm. ARB/12/10.

## 5. UN ARBITRAJE MENOS DESCENTRALIZADO

Las decisiones arbitrales forman un cuerpo jurisprudencial más bien difuso. La llamada «jurisprudencia arbitral de inversiones», en puridad, es una amalgama de decisiones que tratan de guardar cierta apariencia de uniformidad pero que, analizadas con el debido sosiego, inmediatamente revelan el carácter descentralizado del medio donde han sido dictadas<sup>39</sup>.

Quizá la aportación más relevante del CETA y del TTIP al arbitraje de inversión reside en la reforma del mecanismo de arreglo de las controversias que plantean mediante la introducción de un sistema voluntario de mediación como alternativa al arbitraje<sup>40</sup>, el establecimiento de un listado cerrado de árbitros designados por las partes en el acuerdo (y no por las partes en la controversia)<sup>41</sup> sometidos a unas directrices de ética y conducta<sup>42</sup>, la creación de un tribunal de apelación encargado de revisar los laudos y la más novedosa<sup>43</sup> propuesta de creación de un «*multilateral investment tribunal*»<sup>44</sup>.

Además de las habituales exigencias de competencia, imparcialidad, neutralidad e independencia, ambos acuerdos establecen que, al ser designados, los árbitros «*shall refrain from acting as counsel or as party-appointed expert or witness in any pending or new investment dispute under this or any other international agreement*»<sup>45</sup> con el propósito de erradicar la práctica del «triple sombrero» de árbitro, abogado y experto que, siguiendo una inercia heredada del arbitraje comercial, se ha cultivado en el arbitraje de inversión. El CETA y el TTIP propician la consolidación de la figura de un «árbitro cuasi-permanente»<sup>46</sup>, al permitirle seguir fungiendo como tal en otros casos planteados extramuros de estos acuerdos.

Pese a asumir una estructura menos descentralizada, el mecanismo de arreglo de las controversias establecido por el CETA y el TTIP continuará

<sup>39</sup> Confróntense *Electrabel, S. A. c. Hungría*, caso CIADI núm. ARB/07/19, Decisión de 30 de noviembre de 2012, párr. 4.130; y *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España*, caso CIADI núm. ARB/13/30, Decisión de 6 de junio de 2016, párr. 76.

<sup>40</sup> Véanse el art. 8.20 del CETA y el art. 3 y el Anexo I de la Sección 3.ª del TTIP.

<sup>41</sup> VENZKE, I., «Investor-State Dispute Settlement in TTIP from the Perspective of a Public Law Theory of International Adjudication», *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 17, 2016, pp. 374-400, esp. pp. 393-394.

<sup>42</sup> Véanse el art. 8.30 del CETA y el art. 11 y el Anexo II de la Sección 3.ª del TTIP. El CETA no establece un código de conducta particular y asume el de la *International Bar Association* (art. 8.30.1), aunque reserva la posibilidad de establecerlo al Comité conjunto sobre servicios e inversión (art. 8.44.2).

<sup>43</sup> Su novedad es relativa, porque todos los Estados miembros de la Liga Árabe, salvo Argelia y Comoras, han ratificado un acuerdo de protección de inversiones que instaura un Tribunal Árabe de Arbitraje de naturaleza permanente que funciona desde 1985.

<sup>44</sup> Una propuesta que el CETA sugiere (art. 8.29), pero que el TTIP plantea con más rotundidad (art. 12). Esta propuesta ha encontrado el apoyo de algunos órganos europeos: véase Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión», apartado 11.5 (*DO C* núm. 332, de 8 de octubre de 2015).

<sup>45</sup> Véanse el art. 8.30.1 del CETA y el art. 11.1 de la Sección 3.ª del TTIP.

<sup>46</sup> REINISCH, A., «The Future Shape of EU Investment Agreements», *ICSID Review*, vol. 28, 2013, núm. 1, pp. 179-196, esp. p. 194.

regido por órganos arbitrales, mientras no se cree el tribunal permanente de inversiones. Como cada acuerdo crea un tribunal distinto y sus miembros no tienen por qué coincidir, más allá de la labor armonizadora que desarrolle el tribunal de apelaciones en el contexto del acuerdo internacional donde se constituya, está por definir de qué forma este nuevo sistema de doble instancia contribuirá a crear un verdadero cuerpo jurisprudencial predecible y uniforme. Máxime si para emitir sus resoluciones estos órganos recurren como referente a la práctica arbitral dictada con anterioridad en el ámbito institucional o *ad hoc*.

## 6. REFLEXIONES FINALES

1. El mecanismo de solución de las controversias relativas a inversiones diseñado en el CETA y el TTIP introduce importantes novedades para la práctica europea y española. Se trata de un sistema más transparente y menos descentralizado, pero a la vez más complejo y restrictivo para los inversores extranjeros. Ambos acuerdos realizan interesantes propuestas para el desarrollo progresivo del DI de las inversiones al apostar por la mediación como mecanismo alternativo de solución de controversias, instaurar un sistema de apelaciones que pueda suplir las incoherencias que todavía plantea el sistema descentralizado vigente e impulsar la transparencia en el procedimiento arbitral.

2. La tensión entre los aspectos públicos y privados que subyace en el arbitraje de inversión permanece en el CETA y el TTIP, si bien ambos acuerdos erosionan sensiblemente los rasgos privados del arbitraje de inversión y refuerzan su dimensión pública al hacer más exigentes los requisitos de jurisdicción y admisibilidad, permitir el acceso de terceros al arbitraje de inversión (como coadyuvantes o *amicus curiae*), facultar a las partes en el acuerdo la adopción de decisiones interpretativas vinculantes para los órganos arbitrales, restringir ciertos derechos de los inversores que participan en el arbitraje (selección de los árbitros) e imponerles la obligación de constituir una fianza cuando existan dudas sobre su solvencia o se interponga una apelación.

3. En lo tocante a las relaciones entre el DI de las inversiones y el Derecho de la UE, ambos acuerdos auspician un diálogo entre los órganos arbitrales y el TJUE en el plano procesal (los primeros tendrán en cuenta las decisiones del segundo relativas a la interpretación del Derecho de la UE), pero marcan las distancias en el plano sustantivo recetando una solución particularista (se excluye el Derecho de la UE del Derecho aplicable al arbitraje).

4. La reforma del mecanismo de solución de controversias propuesta por la UE, por tanto, parece inconclusa y contradictoria. Se apuesta por un renovado arbitraje de inversión, pero ante el rechazo expresado al mismo por una parte de la sociedad civil se formula como alternativa la creación de una jurisdicción permanente. Una propuesta embrionaria que no cuenta todavía con el suficiente consenso entre los sujetos y actores interesados, pero que

resulta de especial interés. Dado el grado de autonomía que tanto cualitativa como cuantitativamente está adquiriendo el DI de las inversiones en los últimos años, no debería descartarse su implantación futura, especialmente si se intensifica la institucionalización de este sector normativo. La práctica internacional en otros sectores normativos que han alcanzado cierto grado de autonomía, como el Derecho del mar o el Derecho internacional de los derechos humanos, evidencia cómo en estos casos existe una inercia hacia la creación de tribunales permanentes que supongan el abandono del arbitraje.

5. La Comisión Europea no ha actuado de forma proactiva, sino más bien reactiva durante todas las negociaciones del CETA y el TTIP. La transparencia con la que parcial y tardíamente se ha pretendido investir su negociación no ha estado acompañada de una necesaria tarea de divulgación sobre su significado e impacto en la sociedad civil. Ambos acuerdos han sido mitificados o demonizados por diversos grupos de interés con argumentos no siempre provistos del suficiente rigor jurídico, pero que han permeado en la sociedad civil. El notable rechazo al TTIP ha contagiado al CETA, cuya aplicación provisional se ha visto comprometida. Con independencia de la suerte que finalmente corran, ambos acuerdos representan a la vez que un desafío político para la UE y sus Estados miembros, una oportunidad jurídica para tanto consolidar el papel de la UE en el ordenamiento internacional como contribuir al desarrollo progresivo de los mecanismos de arreglo de las controversias en el DI de las inversiones.

**Palabras clave:** CETA, TTIP, arbitraje de inversión, Unión Europea, arreglo de controversias.

**Keywords:** CETA, TTIP, investment arbitration, European Union, dispute settlement.

## UNIÓN EUROPEA E INVERSIONES INTERNACIONALES: EL FUTURO DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO\*

Katia FACH GÓMEZ

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. INVERSIONES INTERNACIONALES Y UNIÓN EUROPEA: ¿LÍDER GLOBAL O NEÓFITO?—3. LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES INTERNACIONALES EN TTIP, CETA Y EU-VIETNAM FTA: ALGUNOS HILOS CONDUCTORES... Y MUCHOS FLECOS PENDIENTES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Pocos temas jurídicos son tan actuales, dinámicos y controvertidos como la política comercial y de inversiones de la Unión Europea (UE). Afirmar que las novedades en esta materia se han seguido generando hasta el mismo día de la publicación de este texto no es en este caso un mero recurso literario —solo unas horas antes de entregar este trabajo la UE y Canadá han firmado el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA 2016)—. Muestras adicionales de la celeridad con que están discurriendo los acontecimientos son la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 13 de octubre de 2016, así como la espiral de reacciones al veto que ese mismo 13 de octubre había emitido el Parlamento valón sobre CETA; veto que se neutralizó *in extremis* el 27 de octubre.

Habida cuenta de las restricciones formales de este foro, el presente trabajo únicamente va a centrar su atención en cómo se articula el sistema de resolución de controversias relativas a inversiones internacionales en los textos que actualmente está negociando la UE con cruciales socios comerciales —incluido el recién firmado CETA—<sup>1</sup>.

---

\* La elaboración de este artículo se enmarca dentro de un proyecto de investigación financiado por la *Humboldt Stiftung (Forschungstipendium für erfahrene Wissenschaftler)*. La autora también es miembro de los proyectos de investigación DER2016-80568-R (subprograma Retos) y e-Procofis S 14/3 DGA. Katia Fach es Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Zaragoza ([katiafachgomez@gmail.com](mailto:katiafachgomez@gmail.com)).

<sup>1</sup> La fecha de consulta de todas las webs citadas en este trabajo es el 30 de octubre de 2016. Una versión más extensa de este trabajo puede hallarse en <https://www.ssrn.com/en/>.

## 2. INVERSIONES INTERNACIONALES Y UNIÓN EUROPEA: ¿LÍDER GLOBAL O NEÓFITO?

La andadura de la UE en materia de inversiones extranjeras directas comenzó hace escasos años, a raíz de la entrada en vigor a finales de 2009 del Tratado de Lisboa. Parece difícil que en ese momento la UE fuese capaz de prever todos los quebraderos de cabeza que iban a generarle tres escuetas palabras —«inversiones extranjeras directas»— incorporadas —hay quien asegura que subrepticamente— en el art. 207 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Merece la pena incidir aquí en la crucial importancia de esta concreta faceta de la política comercial común. La negociación de *mega-regionals* como la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) o CETA, que incluyen un capítulo específico en materia de inversión, trasluce las múltiples pulsiones de sus participantes. Entre las que se perciben en la foto oficial de la UE, destaca el afán comunitario por llevar la voz cantante en la construcción de la futura gobernanza global en materia de inversiones. De hecho, no puede reprochársele a la Comisaria de Comercio Cecilia Malmström que no esté realizando su trabajo con un celo y un optimismo inquebrantables. Los negociadores comunitarios no solo conocen las ingentes cifras de inversión que conectan a la UE con Estados Unidos y Canadá, sino que también son conscientes de argumentos geopolíticos como los siguientes: un afianzamiento de la cooperación euroatlántica a través de textos como TTIP y CETA permitiría aminorar la dependencia energética europea respecto de Rusia, frenaría la expansión de China y otros países emergentes en el gran tablero mundial y, en suma, apuntalaría el modelo económico occidental.

El anhelo de la UE por convertirse en un líder global, tejiendo una nueva malla jurídica para las inversiones internacionales, no ha de calificarse *a priori* como reprochable. Sin embargo, en este caso, la realidad le está golpeando desde múltiples —y dolorosos— frentes. Las encarnizadas críticas de amplios sectores sociales y políticos al capítulo de inversiones de textos como TTIP y CETA son de sobra conocidas. A ello se suma no solo la revuelta que contra estos textos han iniciado en el plano institucional varios países miembros de la UE —y divisiones territoriales de estos—, sino también los velados reproches que están emitiendo voces acreditadas de socios negociadores como Estados Unidos<sup>2</sup>.

Frente a todo ello, y en los planos político y jurídico, se estima que la UE está ofreciendo una imagen carente de unidad interna, así como carente en ocasiones de una hoja de ruta estable y coherente en sus relaciones con terceros países. Centrando la atención en la Resolución de Controversias entre Inversor y Estado (ISDS), una muestra de ello es que el férreo apoyo que la

---

<sup>2</sup> El vicepresidente de la Cámara de Comercio estadounidense en Europa califica como «chutzpah» el deseo comunitario de crear un ICS. CHASE, P. H., «TTIP, ISDS, and the rule of law», *European view*, 2015, pp. 217-229, esp. p. 226.



Comisión había otorgado hasta bien entrado el año 2014 a un ISDS 2.0<sup>3</sup> se ha resquebrajado por completo a raíz del abrupto viraje que supuso el contenido del informe de enero de 2015 de «Consulta pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias»<sup>4</sup>. Ello obligó a la comisaria Malmström a pasar a defender a partir de mayo de 2015 un novedoso modelo de resolución de controversias diligenciado por un tribunal permanente de inversión de dos instancias y a proclamar en septiembre que «el público tiene una falta de confianza esencial y generalizada en el viejo sistema de ISDS»<sup>5</sup>. Entre tanto, la severa recomendación del Parlamento Europeo de julio de 2015 de «sustituir el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados por un nuevo sistema para resolver las diferencias entre los inversores y los Estados que esté sujeto a los principios y el control democráticos»<sup>6</sup> también fue utilizada para respaldar el giro de timón de la Comisión. En un tiempo récord, la UE ha emitido su *concept paper* «Investment in TTIP and beyond»<sup>7</sup>; como consecuencia de un ejercicio que originariamente calificó como un mero *legal scrubbing*, ha puesto sobre la mesa un nuevo texto de CETA en el que se recoge la figura de un Tribunal Permanente de Inversiones (ICS); y ha defendido el mismo modelo también frente a su contraparte estadounidense en el TTIP.

En el plano teórico puede argüirse que un cambio de ruta como la apuntada no hace sino mostrar la sensibilidad de la UE respecto del sentir de su ciudadanía. En el plano práctico, sin embargo, es incuestionable que estos presuntos brindis al respetable no han evitado que el actual *statu quo* en esta materia sea realmente inmanejable. La credibilidad de la UE como negociadora de acuerdos de comercio e inversión se encuentra en sus horas más bajas. Visto todo lo acontecido en los últimos meses —y previendo lo mucho que seguirá aconteciendo en los próximos—, diversas voces —y no solo de euroescépticos— entonan ya el réquiem por la UE como negociadora de textos internacionales de comercio e inversión<sup>8</sup>. No obstante, aunque en el momento de culminar la redacción de este trabajo se reputa improbable, no puede descartarse por completo que la concreción en el corto o medio plazo de algún desenlace pendiente —un as en la manga de la Comisión, como un

<sup>3</sup> Este ISDS 2.0 se ha reflejado en textos como el Acuerdo de libre comercio con Singapur (EU-Singapur FTA) o el CETA de 2014.

<sup>4</sup> [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc\\_153304.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153304.pdf).

<sup>5</sup> MALMSTRÖM, C., «Proposing an Investment Court System», [https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system\\_en](https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system_en).

<sup>6</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//ES>.

<sup>7</sup> [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF).

<sup>8</sup> EFILA propone que la reforma de los Tratados comunitarios que va a requerir el *Brexit* se aproveche también para retirar las inversiones extranjeras directas de la competencia comunitaria. «Why the EU's FDI competence should be re-nationalized», <https://efilablog.org/2016/08/25/why-the-eus-foreign-direct-investment-fdi-competence-should-be-re-nationalized/>. Por el contrario, la doctrina reclama unas reformas legislativas en el plano comunitario que otorguen competencia exclusiva a la UE en todos los aspectos referidos a acuerdos sobre inversiones extranjeras, HINOJOSA-MARTÍNEZ, L. M., «The Scope of the EU Treaty-Making Power on Foreign Investment: Between Wishful Thinking and Pragmatism», *JWIT*, vol. 17, 2016, p. 115.

Dictamen 2/15 proclamando que la UE posee competencia para firmar y celebrar por sí sola un Acuerdo de libre comercio con Singapur (EU-Singapur FTA)<sup>9</sup>— consiga dar un vuelco a la situación, permitiendo que el ave fénix de la UE restablezca su vuelo.

### 3. LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES INTERNACIONALES EN TTIP, CETA Y EU-VIETNAM FTA: ALGUNOS HILOS CONDUCTORES... Y MUCHOS FLECOS PENDIENTES

En la sección precedente ha quedado expuesto cómo la UE navega actualmente en aguas procelosas por lo que respecta a su política de inversiones internacionales. La actual sección reflexiona sobre si la concreta propuesta de la UE de crear un ICS con aspiraciones de multilateralidad no supone además nadar a contracorriente. Los preceptos de TTIP, CETA y el Acuerdo de libre comercio con Vietnam (EU-Vietnam FTA) dedicados a esta específica materia están siendo objeto de un acalorado debate a ambos lados del Atlántico. Como bien muestran los distintos posicionamientos de la doctrina española en la materia<sup>10</sup>, se trata de un tema candente en el que se antoja difícil alcanzar una solución globalmente consensuada y ejecutable en el futuro próximo. Sin ir más lejos, parece que las actuales contrapartes negociadoras de la UE cuentan con sus propias preferencias al respecto, que no coinciden con el proyecto comunitario de Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC)<sup>11</sup>. La doctrina ha aludido a un dualismo calificado como *Realpolitik versus Idealpolitik*<sup>12</sup>, el cual trasluce una soterrada pugna por conseguir que el modelo estadounidense o europeo de resolución de controversias derivadas de inversiones se imponga como una especie de nuevo *gold standard* global. En ese sentido, Estados Unidos se inclina por basar las negociaciones —como ha hecho recientemente con el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TTP)— en su modelo de Tratado Bilateral de Inversiones (US BIT 2012). Este mantiene el esquema tradicional de tribunales arbitrales *ad hoc* en cuya elección participan las partes de la controversia. Diversos aspectos del US BIT están a su vez inspirados en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA). Dicho texto permite conectar con una tradición canadiense

<sup>9</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CU0002&from=EN>.

<sup>10</sup> A favor del mantenimiento de sistema de arbitraje de inversiones: DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., «El incierto futuro del arbitraje de inversiones (a propósito de las negociaciones del TTIP)», *La Ley mercantil*, 2015, núm. 19, p. 2. Muy crítico con dicha institución: VICENTE BLANCO, D. J., «Las normas sobre inversiones en la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones (TTIP). El riesgo de inseguridad jurídica de una regulación imprecisa», *Revista de estudios europeos*, en prensa.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones», *Diario La Ley*, 2015, núm. 8650, pp. 1567-1576; PASCUAL VIVES, F. J., «Shaping the EU investment regime: choice of forum and applicable law in international investment agreements», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, 2014, núm. 1, pp. 269-294.

<sup>12</sup> SCHILL, S., «US versus EU leadership on Global Investment Governance», *JWIT*, vol. 17, 2016, pp. 1-6.

ya asentada en la materia que tampoco recoge la figura del ICS, pese a lo cual el nuevo gobierno de Canadá admitió recientemente el ICS en CETA 2016.

Centrando la atención en TTIP, CETA y EU-Vietnam FTA, solo los acérrimos *ISDS-haters* niegan que estos textos hayan traído consigo avances en aspectos relevantes del sistema de resolución de controversias relativas a inversiones. Entre dichas mejoras pueden contarse las siguientes: clarificación de estándares sustantivos, mayor fiscalización de la conducta de los árbitros —llamados en dichos textos jueces o miembros del tribunal—, ampliación del régimen de transparencia e incorporación de un mecanismo de apelación. Ello no significa, naturalmente, que nos hallemos ante temas ya completamente cristalizados, pero sí se aprecia que hay determinadas evoluciones que se antojan imparables.

La propuesta comunitaria de ICS es, por el contrario, una cuestión actualmente mucho más volátil y controvertida. Un análisis de los, en ocasiones, farragosos artículos de TTIP, CETA y EU-Vietnam FTA invita a subrayar dos de las características transversales más relevantes del modelo de ICS propuesto recientemente.

En primer lugar, la UE ha configurado el ICS como la última ratio. Diversas disposiciones sobre protección de inversiones, tanto de naturaleza sustantiva como de naturaleza procesal, confluyen en los tres textos analizados y perfilan un panorama general en el que al inversor demandante se le restringe el acceso al ICS. Así, quedan excluidas de este sistema reclamaciones derivadas de una reestructuración negociada de deuda, de inversiones generadas con fraude o corrupción, así como reclamaciones colectivas<sup>13</sup>. Se impone igualmente que el tribunal decline su jurisdicción en casos subsumibles en el precepto *anti-circumvention* —prohibición de elusión—. El tribunal tiene también limitado el tipo de remedios que puede conceder al inversor y este no va a obtener una decisión en la que se aplique el Derecho nacional para valorar la conducta controvertida. Asimismo, en estos textos se adoptan medidas de corte procesal para rechazar con celeridad las reclamaciones materialmente infundadas. Otra disposición que desincentiva el recurso al ICS es la implantación como regla general en materia de costas del principio «quien pierde paga». La prohibición de *forum shopping*, el enfoque *no u-turn* —renuncia a litigios nacionales ya iniciados para poder plantear la demanda ante el ICS— y el endurecimiento de las normas respecto de la revelación de la existencia de financiación por parte de terceros persiguen el mismo objetivo final. Se aspira asimismo a que un porcentaje creciente de las controversias puedan resolverse sin llegar a acudir al ICS, sino gracias a mecanismos ADR —solución amigable y la mediación— o través de consultas entre las partes.

En segundo lugar, la UE ha construido el ICS como un sistema de justicia público. Como bien se ha apuntado doctrinalmente, el sistema pre-ICS

---

<sup>13</sup> TITI, C., «The European Union Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead», *TDM*, 2016, p. 15.

—esto es, el sistema de ISDS cuyo buque insignia es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)—, es un fiel reflejo de la cosmovisión de sus creadores y del momento histórico en que se originó, es decir, la década de los sesenta del siglo pasado. Es por ello que dicho sistema, nacido para despolitizar las controversias derivadas de inversiones, en ocasiones hace auténticos juegos malabares con diversos sectores del Derecho internacional y con el arbitraje comercial<sup>14</sup>. Se ha expuesto ya cómo la UE es plenamente consciente de que una contemplación contemporánea de este sistema clásico de ISDS provoca un claro rechazo por parte de muchos de sus analistas, quienes lo acusan de carecer de legitimidad democrática. Es por ello que la propuesta comunitaria de ICS se vende abiertamente como un sistema de justicia público, que se siente honrado de haber conseguido asemejarse en diversos puntos a los sistemas judiciales nacionales. Aparte de las novedades terminológicas que estos textos introducen —juez, tribunal, etc.—, dicha consigna se refleja en una serie de elementos definidores del ICS. Así, los jueces o miembros del tribunal son seleccionados por los Estados y adquieren un *status* cuasi-funcionario: se les asignan aleatoriamente los casos y pueden llegar a recibir un sueldo fijo que garantice su dedicación a este trabajo. El margen interpretativo de los antaño árbitros se ve claramente reducido, no solo porque algunas disposiciones sustantivas sobre protección de inversiones han sido definidas de forma más clara y detallada, sino también porque los textos analizados permiten que los Estados, a través de su Comité conjunto, adopten decisiones interpretativas vinculantes respecto de preceptos controvertidos. Se aprecia por tanto la clara voluntad de la UE —y de los países extracomunitarios que en el futuro pudiesen aceptar el mecanismo de ICS— por mantener su contribución político-legislativa no solo en la fase de negociación de los textos, sino también a lo largo de toda la vida de estos. En los textos también se aprecia la firme intención de la UE por restringir las prerrogativas de las partes. La eliminación de autonomía de la voluntad del inversor a la hora de elegir a quienes decidirán la controversia supone dinamitar una de las bases del ISDS clásico. Por último, la incorporación de un mecanismo de apelación también se interpreta como muestra de la voluntad comunitaria de asimilar el ICS a un sistema de tribunales de justicia públicos.

*A priori*, no puede afirmarse que dichos objetivos transversales sean criticables *per se* o carezcan de fundamento. Dado que es indiscutible que parte de los agentes implicados en el sistema contemporáneo de ISDS no aceptan este, la propuesta de la UE ha de verse como un intento de dar un paso adelante deshaciéndose de diversas rémoras del pasado. Sin embargo, los hilos conductores de la propuesta de ICS no han conseguido por ahora tejer un producto final convincente. Da la impresión de que la UE ha impulsado una metamorfosis, que ya ha presentado en sociedad, sin reparar en que de ella todavía penden múltiples y sustanciales hilos pendientes. En este sentido,

---

<sup>14</sup> HOWSE, R., «Courting the Critics of Investor-State Dispute Settlement: the EU Proposal for a Judicial System for Investment Disputes», pp. 6-7, [https://cdn-media.web-view.net/iffj3t288ah/Courting\\_the\\_Criticsdraft1.pdf](https://cdn-media.web-view.net/iffj3t288ah/Courting_the_Criticsdraft1.pdf).

llama la atención que el ICS nazca sin cortar su cordón umbilical con otras instituciones y reglas arbitrales. Así, en los textos analizados se especifica por ejemplo que el ICS va a ser administrado por la Corte Permanente de Arbitraje o por CIADI, se admite que la reclamación se plantee siguiendo reglas como el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o la Convención de CIADI, y se remite de nuevo a este texto y a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (CNY) a la hora de valorar el consentimiento de las partes respecto de la intervención del tribunal. Aun asumiendo las complejidades inherentes a la creación de una nueva tipología de tribunal internacional —que cuenta además con aspiraciones de multilateralidad—, cuesta llegar a entender las conexiones del ICS con estas instituciones veteranas, máxime cuando la UE no es signataria de la Convención de CIADI<sup>15</sup>. El proyecto de judicialización del ICS tampoco ha conseguido romper sus lazos con el arbitraje comercial internacional. Así lo reflejan las referencias a la CNY que TTIP incluye en la sección de *enforcement of awards*. En los tiempos actuales, tampoco es baladí la cuestión de qué gastos generados por el ICS ha de asumir la UE —caso de que por ejemplo las tasas de los jueces se transformen en un salario regular—. Sorprende igualmente que la UE, pionera en otros ámbitos en cuestiones de género, no haya abordado esta cuestión al pergeñar el ICS ni tampoco la de la diversidad geográfica y jurídica. Finalmente, se echa de menos una mayor precisión —¿cómo se cuantifican los daños *relatively low*?— y un menor margen de discrecionalidad —*sympathetic consideration*— en algunos puntos de las propuestas de ICS.

Ya se ha indicado que la presentación por parte de la UE de su innovador modelo de ICS ha hecho aflorar un amplio espectro de opiniones y una panoplia de posibles mejoras y de opciones alternativas. Prestigiosos autores apuntan que los déficits del ICS poseen una naturaleza auténticamente sistémica. Es por ello que hay voces que han reclamado a la UE que dé un paso atrás y sacrifique su proyecto de ICS con el fin de salvar textos como el TTIP. Asumiendo por tanto esta posibilidad de tener que planificar rutas alternativas, las opciones teóricas son variadas: aparte de la posibilidad de retornar al ISDS 2.0, algunos autores defienden volver a un régimen de solución de controversias interestatal<sup>16</sup>, implementando una «OMCización»<sup>17</sup>. Otros proponen confiar en los sistemas de justicia nacionales para resolver dichos conflictos<sup>18</sup>, lo cual es ratificado por quienes consideran además que

<sup>15</sup> RADICATI DI BROZOLO, L. G., «Where is Investor-State Arbitration Heading? Reflections on the Debate over EU Investor Protection Agreements», en CARLEVARIS, A., LÉVY, L., MOURRE, A. y SCHWARTZ, E. A., *International Arbitration Under Review. Essays in Honour of John Beechey*, París, ICC, 2015, esp. p. 329.

<sup>16</sup> PAPANIKOLAOU, M., «International Investment Law and the European Union: A Reply to Catharine Titi», *The European Journal of International Law*, vol. 26, 2015, núm. 3, pp. 663-670.

<sup>17</sup> WEILER, J., «European Hypocrisy: TTIP and ISDS», *The European Journal of International Law*, vol. 25, 2015, núm. 4, p. 964.

<sup>18</sup> SORNARAJAH, M., «An International Investment Court: panacea or purgatory?», <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-180-Sornarajah-FINAL.pdf>.

en el contexto *North-North* es innecesario implantar un régimen especial de protección de inversiones<sup>19</sup>.

Sin embargo, la UE en la actualidad sigue manifestando su firme intención de llegar a implementar un MIC. Así lo pone de relieve la estrategia de consulta presentada el 30 de septiembre de 2016, vinculada a la evaluación de impacto sobre el establecimiento de un MIC<sup>20</sup>. Si este planteamiento cuajara, no cabe duda de que la transición será larga y compleja. No en vano en este sector se cuenta con «fondo de armario» de más de tres mil acuerdos internacionales de inversión (IIA) actualmente en vigor que no reconocen las figuras ICS/MIC. A este último respecto, la doctrina ha propuesto acelerar la transición implementando un mecanismo similar al establecido por el tándem la Convención de Mauricio sobre la Transparencia y el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia.

Las voluntades políticas y el paso del tiempo dictarán sentencia respecto de todas estas cuestiones.

**Palabras clave:** Solución de Controversias entre Inversor y Estado (ISDS), Tribunal Permanente de Inversiones (ICS), Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC), Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) y Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA).

**Keywords:** Investor State Dispute Settlement (ISDS), Investment Court System (ICS), Multilateral Investment Court (MIC), Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

---

<sup>19</sup> KLEINHEISTERKAMP, J. y SKOVGAARD POULSEN, L. N., «Investment Protection in TTIP: Three Feasible Proposals», *European Yearbook of International Economic Law*, 2016, pp. 527-541.

<sup>20</sup> [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc\\_154997.09.30%20Consultation%20strategy%20IIA\\_for%20publication.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc_154997.09.30%20Consultation%20strategy%20IIA_for%20publication.pdf).

Sección coordinada por C. ESPÓSITO (Derecho internacional público), F. GARAU (Derecho internacional privado) y J. L. DE CASTRO (Relaciones Internacionales)

## RECENSIONES

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2015, 1.063 pp.

En un almuerzo al que, junto con los tres directores de esta obra y otras personas vinculadas de alguna forma a la acción exterior de España, tuve la oportunidad de asistir el 15 de octubre de 2015, Manuel García-Margallo advirtió algo en lo que todos los asistentes, de un modo u otro, pudimos coincidir. Decía el ministro que «al menos, ahora hay una ley que, si quieren, otros podrán modificar». No le faltaba razón, y, como recuerda Antonio Remiro en su comentario general a la obra aquí recensionada, hubo siete intentos previos de mayor o menor intensidad, todos ellos abocados al fracaso «por el agotamiento de la legislatura, o el cese del titular de Exteriores que había auspiciado los trabajos preparatorios» (p. 48).

El hecho evidente es que, junto a la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Acción y del Servicio Exterior del Estado (BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2014) y la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en

España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015), la producción legislativa y el colmado de ciertas necesidades normativas en el ámbito preciso de la política (jurídica) exterior española ofrecen al analista jurídico un nuevo marco legislativo antes inexistente o fragmentado. En ayuda de ese análisis, y en relación con la Ley de tratados (nos referiremos a ella así, de modo abreviado, por comodidad expositiva), la obra colectiva que ahora comentamos nutre más que sobradamente al operador jurídico de datos y argumentos para ese análisis. Nutre también de razones para, llegado el caso, proceder a la revisión crítica de la ley.

Y ello es así porque la obra aquí recensionada es un completo y acertado trabajo en tiempo, forma y fondo. En tiempo porque llega al poco de la promulgación de la Ley, sorteando los típicos problemas editoriales que acarrea una obra colectiva como esta. En forma porque ha sido realizado por un con-

junto de buenos conocedores no solo del Derecho de tratados en España sino también actores en algunos casos de primera mano en la elaboración, revisión y mejora de los diversos borradores de la ley. Como señalan los directores de la obra en su Prólogo, «[n]o están todos los que son porque no a todos les fue posible acomodarse a los inevitables plazos de publicación, pero desde luego son todos los que están» (p. 10). Y en el fondo porque sin duda nos encontramos con una obra de hondo calado intelectual, fruto de muchos años de análisis del Derecho de tratados en España, con altas dosis de empeño teórico acompañado de acertadas reflexiones, críticas y propuestas de pronta aplicación práctica. Porque quizá este sea uno de los valores principales de la obra: está escrita conociendo los precedentes, habiendo en muchos casos sus autores participado en la práctica y con vocación de futuro.

No nos hallamos ante un simple comentario a la Ley 24/2014. El valor de la obra acrece desde el momento en el que, lógicamente, ofrece un análisis crítico de la Ley de Tratados tal y como ha sido finalmente promulgada; pero también, en cada comentario —y como obra de conjunto— nos muestra una evaluación igualmente crítica del fenómeno convencional en España desde la Constitución de 1978 (e incluso antes) hasta nuestros días. Así, quien quiera conocer entre otros los aspectos relativos al régimen competencial relativo a la negociación, adopción y aplicación de los tratados en nuestro país; las correcciones que a todo ello ha venido indicando progresivamente nuestro Tribunal Constitucional; la incidencia de nuestro ingreso en la Unión Europea así como nuestra participación en otros organismos internacionales; los dimes y diretes del control parlamentario en la acción exterior convencional de los diferentes gobiernos; la complejidad de los tratados autoejecutivos (*self-executing*) en un Estado descentralizado como el nuestro; o el alcance de los «otros acuerdos

internacionales» suscritos por España y sus entes subestatales, encontrará buena cuenta de todo ello relatada por expertos, cuando no partícipes directos en dicha práctica y desarrollo legislativo.

Ningún autor hurta al lector una consideración crítica —en el correcto sentido del término— al precepto analizado: habitualmente se acompaña el relato de la norma con unas «consideraciones finales» en las que cada autor ofrece su sensato parecer. En definitiva, y por tomar el testigo al ministro, quien desee mejorar la ley tiene en esta obra el guión ya casi escrito, máxime cuando, al parecer, se avecinan cambios constitucionales que bien pudieran afectar al capítulo tercero del Título III de nuestra Carta Magna, entre otros.

*Comentar un comentario* tiene el riesgo de convertirse, en cierto modo, en una referencia igualmente crítica a la norma comentada. No va a ser este el caso. El *Comentario a la Ley de Tratados* se organiza artículo a artículo, salvando en algunos casos comentarios particulares a apartados de artículos en piezas separadas debido a la entidad de ese apartado. Ello evidencia la importancia del precepto en cada una de sus partes y acaso el error del legislador, que no estuvo atento a aquella importancia y que hubiera merecido quizá un artículo propio. De ello se hace eco la obra en otro acierto de su esquema, ocurriendo en relación con los arts. 3, 5, 23, 30 y 33. Por lo demás, se sigue el esquema de la ley dividiéndose por tanto en títulos, capítulos, artículos (y apartados) y las disposiciones adicionales, derogatoria y finales. Sin embargo, el carácter fragmentario lógico del análisis precepto por precepto, no desmerece la unidad expositiva e, incluso, la coherencia crítica del conjunto. De ahí que, si bien cautamente los directores titularon la obra como *Comentarios*, en plural, nos hallamos ante un conjunto redondo, completo y armónico (más allá de disparidades particulares) que bien merecería el título de *Comentario*, en singular.



Entre los autores hay coincidencias críticas que, en su momento, deberían tomarse en cuenta para futuras mejoras de la ley: la asimetría del texto de algunos preceptos, la simple traslación literal de los términos del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la repetición de algunos preceptos, el papel que debiera darse al proceso parlamentario y a la mayor participación de los miembros de las cámaras en dicho proceso, al aún complejo anclaje constitucional de algunos preceptos (como el de la aplicación provisional), el papel de las Comunidades Autónomas, al relativo vacío respecto de los acuerdos relativos a

la Unión Europea o la coincidente crítica sobre el concepto, calificación, autorización y publicación de los acuerdos internacionales administrativos. Si bien en cada comentario encontramos el qué y el por qué de cada crítica, hubiera sido acaso deseable —por los momentos políticos que vivimos en 2016— una propuesta *de lege ferenda* final sobre las posibles líneas de reforma constitucional que incorporara a nuestra Carta Magna el fenómeno convencional como realmente se merece.

Mariano J. AZNAR GÓMEZ

Universitat Jaume I, Castellón

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.3.01>

ARREDONDO, R., *Derecho diplomático y consular*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, 310 pp.

Las relaciones diplomáticas y consulares son instituciones fraguadas a lo largo de varios siglos y dotadas de un régimen jurídico asentado convencional y consuetudinariamente en torno a las convenciones codificadoras de Viena de 1961 y 1963, respectivamente. La impronta de estas figuras jurídicas las lleva, al creer de mucha gente, a identificarlas con el conjunto del ordenamiento jurídico internacional; o bien a singularizarlas como un sistema *self-contained*, tesis que refuta acertadamente el autor de la obra objeto de esta reseña.

Sin embargo, es manifiesto que las relaciones diplomáticas y consulares son más referidas que comprendidas en su verdadera dimensión. De ahí la importancia de un manual —como el mismo autor denomina adecuadamente a su libro— de la materia. Bienvenida sea, pues, en lengua española esta nueva obra que aspira y alcanza a contribuir a la mejor comprensión por parte de principiantes y aun de iniciados de los mecanismos diplomáticos y consulares.

Ricardo Arredondo es un hombre polivalente en sus facetas de profesor,

abogado, escribano y miembro del Servicio Exterior de su país, Argentina. En España es bien reputado y apreciado, entre otras cosas por sus funciones académicas como profesor invitado que fue durante algunos años de la Universidad Autónoma de Madrid. El Doctor Ricardo Arredondo ha llevado a cabo asimismo una activa función publicista como director, en particular, de un Manual de Derecho internacional público.

En este libro se hermanan su doble formación y vocación como diplomático y divulgador científico. El resultado es digno de encomio. Con un estilo elegante y didáctico va desentrañando las principales vertientes de las relaciones diplomáticas y elegantes. La estructura del libro es sencilla, la prosa es diáfana, la edición resulta muy manejable.

El primer capítulo presenta las grandes coordenadas de la diplomacia. El segundo, bajo la rúbrica —que luego se repite en el cuarto— de «las relaciones diplomáticas», hace una aproximación a la acción exterior del Estado y a los órganos, también los internos, del Estado en sus relaciones exteriores. El tercer

capítulo está dedicado a los privilegios e inmunidades de los órganos centrales del Estado. El cuarto capítulo estudia la creación, suspensión y terminación de las relaciones diplomáticas. El quinto está consagrado a los tipos, estructura, funciones y privilegios e inmunidades de la misión diplomática. El capítulo VI, a los miembros de la misión diplomática. En el capítulo VII se diseccionan las relaciones consulares. El VIII, con una extensión que sería de agradecer que fuera más amplia, a las «Formas de diplomacia reciente». El capítulo IX recoge unas Conclusiones que dan paso a la bibliografía final.

El libro es ilustrado y amenizado con múltiples referencias doctrinales, normativas, prácticas, jurisprudenciales (el caso *Assange* incluido, por supuesto). Las referencias internas están centradas en Argentina, de modo que el lector interesado en la práctica española y en el sistema jurídico español, profusamente renovado en los últimos años, de las funciones diplomáticas y consulares hará mejor en consultar un libro como el ya clásico y actualizado *Curso* de Eduardo Vilariño. Tampoco hay referencias al flamante Servicio Europeo de Acción Exterior.

Por lo demás, el libro aborda panorámicamente, en sus capítulos primero y último algunos de los retos y transformaciones de las relaciones diplomáticas y consulares actuales. A mí me habría gustado que esa reflexión hubiera sido más amplia y profunda. Es verdad, como el autor afirma, que las convenciones de Viena de 1961 y 1963 siguen siendo terreno firme y que gozan de un amplísimo consenso en la comunidad internacional. También lo es que muchas funciones y vertientes de estas relaciones siguen siendo válidas. Igualmente lleva razón Ricardo Arredondo en encarecer, en estos tiempos virtuales, la diplomacia estable, pública, generalista, presencial, cara a cara (¡no pixelada!) para defender

los intereses nacionales. Pero se echa en falta un capítulo de mayor profundidad sobre la nueva diplomacia; no solo, como sí se hace, de la diplomacia multilateral y de la diplomacia *ad hoc*. Desarrollo de las tecnologías, socialización de las funciones diplomáticas, incremento de su dimensión económica son algunos de los signos diplomáticos presentes y de futuro. Estos nuevos tiempos remodelan, aminorando y realzando al mismo tiempo y por diversos motivos, las funciones diplomáticas, entendidas en sentido amplio como un instrumento de cooperación y entendimiento pacífico y razonable entre los Estados. Sin duda, los procesos de renovación normativa, como manifiestan ya las tribulaciones vividas por las convenciones sobre misiones especiales de 1969 y sobre diplomacia multilateral de 1975, sufren de retrasos, de incertidumbres, hasta de manipulaciones. El Derecho internacional, ya se sabe, es un instrumento lento para adaptarse a los nuevos vientos (¡huracanes!) que vivimos, y la práctica universalidad adquirida por las convenciones de 1961 y 1963 sería difícil de alcanzar para reglamentar las nuevas circunstancias. Tampoco, por lo demás, habría estado de más que este manual incluyera un glosario de términos propios de la jerga diplomática y consular, que es una suerte de subsistema lingüístico.

En suma, y en lo que resulta más importante, nos encontramos ante un libro muy bienvenido por el valor añadido que aporta al conocimiento y difusión de esta figura añeja, pero siempre viva, que es la diplomacia. Su autor, y no solo como diplomático de su país, es un gran «embajador» de lo que podríamos llamar, con una terminología al uso, la «marca Argentina» y, por extensión, del espíritu que alienta la comunidad iberoamericana de naciones.

Javier ROLDÁN BARBERO  
Universidad de Granada

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.3.02>

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 294 pp.

1. El Reglamento Bruselas I bis (RB I bis) supone un paso muy importante en el proceso de consolidación del *espacio judicial europeo*. Como es sabido, su articulado introduce relevantes modificaciones respecto del RB I tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

2. La monografía en cuestión se ocupa únicamente de este último ámbito, pues —como explica el autor— «el cuadro conceptual ha variado completamente» (p. 29). En efecto, a diferencia de la regulación prevista en el derogado RB I, en cuya virtud, el título ejecutivo constituía «la suma de dos elementos» (sentencia extranjera y resolución firme de un tribunal del Estado requerido otorgando el *exequatur*), el régimen del RB I bis conforma un título ejecutivo distinto: «además de la sentencia extranjera, habrá que aportar el certificado del art. 53; pero no hará falta ninguna decisión de ninguna autoridad del Estado requerido, de modo que toda la actividad (dictado de la sentencia y expedición del certificado) se desarrolla en el Estado de origen y por el tribunal de origen» (p. 29).

3. Tan importante modificación —en esencia, supresión del *exequatur*— exige un análisis exhaustivo del nuevo marco jurídico previsto en el RB I bis. Y ese es el concreto empeño de esta monografía. Dividida en siete capítulos, el primero se dedica, básicamente, a estudiar la evolución del *exequatur* en los distintos instrumentos europeos que, de un modo u otro, lo han regulado. El segundo capítulo identifica las coordenadas de aplicación del nuevo sistema de reconocimiento y ejecución. Así, analiza, en primer lugar, el criterio de aplicación *temporal* (resoluciones judiciales dictadas

a raíz de acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015), *espacial* (art. 68.1 RB I bis en relación con el art. 355 TFUE), y *material* (art. 1 RB I bis y jurisprudencia del TJUE al respecto). A continuación ahonda en el concepto autónomo que, a efectos de aplicación de este texto, tiene el término «resolución» y la regulación de la *litisdenuntiatio* (art. 65 en relación con los foros de competencia previstos en los arts. 8.2 y 13), para concluir con un análisis exhaustivo de las relaciones del sistema de reconocimiento y ejecución previsto en este texto con los sistemas previstos en otros reglamentos europeos y otros convenios internacionales. Lo anterior, a la luz de la jurisprudencia del TJUE (entre otras, STJUE, asunto C-533/08, *TNT*).

4. El tercer capítulo estudia el régimen de reconocimiento (que no ejecución) regulado en el RB I bis. Previsto para aquellos supuestos en los que se pretenda que la decisión extranjera despliegue todos los efectos que le son propios excepto el de fuerza ejecutiva, está regulado en distintas modalidades: por un lado, el reconocimiento «automático» y el reconocimiento «incidental». Por otro, el reconocimiento «a título principal», en cuyo seno se analiza si concurren (o no) motivos para denegarlo. Forma de proceder para conseguir cualquiera de ellos y efectos que producen quedan detallada y claramente explicados.

5. El cuarto capítulo se centra en lo que —seguramente— constituye la mayor novedad del RB I bis en el ámbito del reconocimiento y ejecución: la «inmisión» del RB I bis en la legislación procesal (ejecución forzosa) de los Estados miembros (p. 91). Se estudia así la preparación y solicitud de la ejecución desde las dos perspectivas posibles: los tribunales españoles en cuanto *emisores*

de la resolución que debe ejecutarse en el extranjero, y los tribunales españoles en cuanto *receptores* de la resolución extranjera que deben ejecutar en España (competencia, postulación, legitimación, contenido de la demanda y procedimiento de ejecución). Cierra este capítulo una referencia al alcance de la adaptación (el juez como «moldeador» —p. 110—) y un análisis sobre la posibilidad de solicitar medidas cautelares previa a la ejecución (contestando a la cuestión afirmativamente, incluso con dispensa de los requisitos clásicos del *fumus* y el *periculum*).

6. El quinto y sexto capítulos se dedican al estudio de los medios de defensa del ejecutado. Tanto desde una perspectiva «preventiva» (cap. V) como «reactiva» (cap. VI). La defensa «preventiva» está, en esencia, regulada en el art. 43 RB I bis. Es por tanto el análisis de este precepto y la resolución de las dudas que su aplicación suscita (*ad ex.* concreción de lo que debe entenderse por «primera medida de ejecución»; consecuencias de la falta de notificación de la sentencia al ejecutado) el objeto del capítulo V. Más complejo, sin embargo, es el entramado normativo que regula la defensa «reactiva» del ejecutado (cap. VI). En este contexto, el autor analiza con detalle tanto los *motivos de denegación* del reconocimiento y ejecución (a la luz de la jurisprudencia del TJUE) como el *procedimiento* para solicitar la denegación del reconocimiento y/o ejecución. Del primer análisis (*motivos de denegación*) cabe destacar, por un lado, la novedad —y comentario del autor al respecto— que introduce el art. 45.1.b), que ya no exige la notificación «de forma regular» (p. 175); por otro, el juego del art. 41.2, en cuya virtud «seguirán siendo aplicables los cauces de reacción frente a la ejecución previstos por el legislador nacional» (p. 202). Por

lo que hace al *procedimiento*, destacar el epígrafe relativo a la tramitación del mismo, pues en él se da cumplida explicación del nuevo incidente especial de oposición a la ejecución regulado en la DF 25 LEC (véase DF 2.ª LCJI). Concluye el autor este capítulo VI con un epígrafe en el que plantea una conclusión particularmente gráfica sobre la aportación del RB I bis en este ámbito: «Aunque se ha suprimido el *exequatur* como procedimiento, no se ha suprimido el *exequatur* como control» (p. 225).

7. Finaliza esta completa monografía con un último capítulo VII dedicado al estudio de cuatro supuestos especiales: la ejecución provisional; la ejecución de medidas cautelares; la ejecución de multas coercitivas; y la ejecución de documentos públicos y de transacciones judiciales. Cada uno de estos supuestos plantea interesantes matices (todos ellos minuciosamente analizados). Dos de ellos cabría destacar ahora. Por un lado, el relativo a la «adaptación» de la medida cautelar prevista en el art. 54 del RB I bis: en esencia, se trata de subsumir una medida prevista en el ordenamiento del Estado de origen en otra medida prevista en el ordenamiento del Estado de destino (*ad ex. mareva injunctio* en embargo preventivo). Por otro, el relativo a la eficacia de una transacción judicial con efectos de «fuerza juzgada transigida». En este punto, concluye el autor que corresponde a cada legislador nacional decidir los efectos en el foro de esa «fuerza juzgada transigida» de la transacción extranjera, pues tal cuestión no está regulada en el RB I bis.

Miguel GÓMEZ JENE

Universidad Nacional de Educación  
a Distancia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.3.03>

GIORGETTI, C. (ed.), *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, Leiden-Boston, Brill, 2015, 428 pp.

Este libro está compuesto por 15 contribuciones, que tienen su origen en un panel organizado por la Prof.<sup>a</sup> Chiara Giorgetti en el congreso de la *American Society of International Law* del año 2014. Uno de los aciertos indiscutibles de la obra es la selección de los autores participantes. Todos ellos, tanto abogados como académicos, cuentan con un currículum sobresaliente y son referentes en sus respectivos ámbitos profesionales. Ello ciertamente ayuda a conformar una obra colectiva de gran calidad. A ello se le suma que las aportaciones reunidas en este libro son trabajos detallados, extensos y muy bien documentados. De hecho, es recomendable abordar la lectura del presente compendio con sosiego, para de esta forma poder absorber toda la valiosa información que aglutina.

El volumen comienza recopilando siete capítulos dedicados al estudio monográfico del instituto jurídico de la recusación de árbitros y jueces en muy diversos foros internacionales: Corte Internacional de Justicia —CIJ—, CIADI, Corte Permanente de Arbitraje, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Cámara de Comercio Internacional, Organización Mundial de Comercio y varios tribunales penales internacionales. Pese a que todos estos capítulos comparten el mismo hilo conductor de la recusación y presentan asimismo una estructuración interna muy similar, su lectura desde una perspectiva comparatista muestra claramente las importantes disparidades existentes entre los regímenes mencionados. A modo de ejemplo, mientras que las recusaciones iniciadas por terceros son extremadamente infrecuentes en el contexto de la CIJ —ya que el sistema se basa primordialmente en el autocontrol realizado por cada juez, complementado por un control subsidiario ejercido desde la institución—, las recusaciones en el ámbito de CIADI están comenzado a

ser tan habituales que algunos autores aluden a ellas como ejemplo de las «tácticas de guerrilla» que implementan las partes de los arbitrajes de inversiones. Disimilitudes como la recién apuntada conducen a plantearse en qué medida el perfil concreto de la recusación en el contexto de cada institución (en temas como la legitimación para recusar, el procedimiento y el plazo temporal para ello, el órgano decisorio, los motivos y los estándares de valoración aplicados, el grado de confidencialidad de la decisión adoptada, etc.) viene condicionado por los múltiples elementos caracterizadores de estas instituciones (la naturaleza —pública o privada— de las partes contendientes; la instancia única o la posibilidad de apelación; la forma de selección —por las partes o de forma aleatoria— de los jueces o árbitros y posibilidades de veto; la permanencia de estos en la institución —árbitros *ad hoc* o los denominados *long-term adjudicators*—, su perfil profesional, etc.). Sin duda, un estudio transversal reflexionando sobre las cuestiones apuntadas y compendiando los siete capítulos mencionados sería de gran interés. En el mismo sentido, caso de que el horizonte temporal de publicación del libro lo hubiese permitido, hubiese sido muy oportuno que este volumen analizase también en detalle las importantes novedades introducidas en materia de ISDS —y de recusación— por documentos recientes, tales como la propuesta de TTIP presentada por la UE, la versión revisada de CETA o el Acuerdo de Libre Comercio UE-Vietnam.

Tras el bloque introductorio, la obra ofrece tres capítulos en los que se abordan varios aspectos de las recusaciones en el contexto específico del arbitraje de inversiones. El capítulo octavo analiza la figura del «*issue conflict*» —conflicto referido al objeto de la disputa y no a una posible relación con alguna de las partes

o con un abogado implicado en el caso—. El autor estudia esta cuestión al hilo de la decisión tomada por el presidente de la CIJ en el caso *Devas v. India*. La resolución del año 2013 de mantener al presidente del tribunal y, al mismo tiempo, aceptar la recusación respecto del árbitro designado por los demandantes ha generado un considerable revuelo doctrinal. En el capítulo se reflexiona sobre la importancia que adquiere en este caso un artículo doctrinal escrito por el árbitro recusado. El debate llega a apuntar a que una estrategia proclive a la recusación de árbitros podría incluso afectar al derecho de libertad académica. El capítulo noveno examina las diversas implicaciones prácticas que se derivan de las recusaciones y las renunciaciones tardías, proponiendo diversos mecanismos desincentivadores así como otras medidas que minimicen sus efectos adversos. Por su parte, el capítulo décimo se centra en una causa específica de recusación: el nombramiento reiterado de un mismo árbitro, llevado a cabo por la misma parte —inversor o Estado— o por el mismo despacho de abogados. Un análisis de las *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional* en esta materia concreta

conduce al autor a proponer el establecimiento de un estándar más objetivo en el sector del arbitraje de inversiones, habida cuenta de las dificultades que genera el estricto tenor del art. 57 del Convenio CIADI —«la carencia manifiesta de las cualidades exigidas»—.

Los tres capítulos siguientes de este volumen recogen impresiones y consejos de quienes constituyen los dos sujetos esenciales de las recusaciones en el ámbito jurídico internacional: el juez o árbitro recusado y el abogado. Siendo este un tema controvertido, es muy meritorio que la obra recensionada haya conseguido reunir testimonios personales de destacados profesionales. Sus apreciaciones muy probablemente serán tenidas en cuenta en la práctica internacional futura. El libro concluye con dos capítulos en los que se ofrecen sendos análisis regionales: las recusaciones de árbitros en Asia y en Latinoamérica. En ellos se presentan los casos más destacados en la materia, así como estadísticas y particularidades de ambos espacios geográficos.

Katia FACH GÓMEZ

Universidad de Zaragoza

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.3.04>

GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J. (dirs.), *La Unión Europea como actor global de las relaciones internacionales. Retos y problemas seleccionados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 465 pp.

Los Profs. Gutiérrez Espada y Cervell Hortal vuelven a hacer tándem, dirigiendo, esta vez, una obra que trata de la acción exterior de la Unión Europea desde un punto de vista material.

El libro se articula en torno a tres grandes bloques. El primero, dedicado a la paz y la seguridad, se abre con un largo trabajo del Prof. Bermejo García, que analiza tres cuestiones claves de la situación en el próximo y medio Oriente, como son: el estado actual del conflicto israelo-palestino, la crisis nuclear

iraní y el conflicto civil en Yemen. En el capítulo 2, la Prof.<sup>a</sup> López-Jacoiste se ocupa de Siria y, más concretamente, de la estrategia global de la Unión Europea para este país; una estrategia en la que se conjugan la diplomacia, las sanciones económicas, la asistencia humanitaria, la gestión de la migración o la acción frente al terrorismo de Daesh y que ha producido resultados dispares. La acción de la Unión Europea en el Sahel se explica por la relativa proximidad de esta región y su propósito es reducir los riesgos de seguridad en el Viejo Continente;

el examen de la Estrategia de la UE para la seguridad y el desarrollo en el Sahel, de 2011, el plan de acción 2015-2020 y las misiones civiles y militares de la UE desplegadas en la zona en aplicación de la llamada Política Común de Seguridad y Defensa corre a cargo, en el capítulo 3, de la Prof.<sup>a</sup> Real.

Los capítulos 4 y 5 componen la segunda parte del libro, centrada en los individuos. La Prof.<sup>a</sup> Cervell Hortal trata de los derechos humanos en el seno de la UE y como componente de su acción exterior, prestando una especial atención a la frustrada adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, obra de su Tribunal de Justicia. Por su parte, el Prof. Piernas López se ocupa del derecho a la protección diplomática y consular de los ciudadanos de la UE, a la luz dispuesto en los Tratados y, en especial, en la reciente Directiva 2015/637.

El último bloque de la obra examina las políticas de la Unión en cuatro ámbitos materiales, que se presentan como manifestaciones de la decisión de la UE de ser un actor global. El primero de los temas seleccionados son las relaciones euromediterráneas tras la primavera árabe; el Prof. Blanc Altemir analiza en el capítulo 6 las propuestas de revisión de la Política Europea de Vecindad, que insisten en la condicionalidad y el enfoque diferenciado, de conformidad con el cual el ritmo al que avancen las reformas en los países del este de Europa y, más aún, del Mediterráneo meridional marcará la intensidad de su relación con la UE. En el capítulo 7 la Prof.<sup>a</sup> Pozo Serrano se centra en la adopción de sanciones por parte de la Unión, examinando la evolución experimentada por los Tratados desde sus inicios (donde no había una pre-

visión expresa sobre la materia) hasta el Tratado de Maastricht (que vino a codificar la práctica que se había desarrollado y en la que se combinaban la Cooperación Política Europea y las competencias comerciales de la CE) y que culminó con el Tratado de Lisboa (que contempla la adopción de medidas restrictivas no ya contra Estados terceros, sino contra particulares). La Dra. Ortiz Hernández vuelve, en el capítulo 8, a poner el foco en las relaciones euromediterráneas, prestando atención a la influencia en ellas de la energía; se sugiere aquí que la «europeización» normativa (como la sucedida con la legislación marroquí en lo relativo a las energías renovables y a la eficiencia energética) podría constituir un método para reforzar la seguridad energética de la Unión. Finalmente, en el capítulo 9 el Prof. Gutiérrez Espada aborda la política espacial de la UE y la implicación de esta en la elaboración de un Código de conducta para actividades espaciales, convencida de que, pese a su carácter voluntario y no vinculante, constituye una buena aproximación; dicho Código, como fundadamente sostiene el autor, no debería constituir una alternativa al Tratado de prevención de armas en el espacio propuesto por Rusia y China.

Nos hallamos ante una obra interesante y equilibrada, que se ocupa de un tema, como es la política exterior de la UE, que está, de manera intrínseca, en permanente movimiento y en el que la Unión se encuentra siempre a la búsqueda de sí misma (algo que, aunque pueda llegarlo a parecer, sí que no debería ser intrínseco).

Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILA  
Universidad Autónoma de Madrid  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.3.05>

MARTÍNEZ LILLO, P. A. y ESTEFANÍA, J. (coords.), *América Latina: un nuevo contrato social*, Madrid, Marcial Pons/Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, 2016, 346 pp.

El largo periodo de expansión económica, transformaciones sociales, y políticas exteriores más asertivas desplegadas por América Latina al calor del «superciclo» de las materias primas terminó con el desplome de precios registrado desde 2013. De nuevo, la región se ha enfrentado a los tradicionales problemas de vulnerabilidad externa, así como a nuevos retos de desarrollo planteados por un contexto internacional más adverso e incierto, al tiempo que se inició un nuevo ciclo político. El giro conservador de algunos países —en particular Argentina y Brasil—, para responder a las exigencias de la globalización tropieza con el nacionalismo rampante y el proteccionismo que anuncia la presidencia de Donald Trump en Estados Unidos y el ascenso de la derecha populista en Europa. A largo plazo, riesgos globales como el cambio climático, una nueva ola de innovación tecnológica, y las tendencias a la fragmentación de la globalización exigen una mirada estratégica sobre el presente y el futuro de América Latina en el siglo XXI.

Por estas razones debe darse la bienvenida a reflexiones colectivas como la que contiene este libro, coordinado por el Economista y Periodista Joaquín Estefanía y por Pedro Martínez Lillo, Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Parte de la finalización de la «bonanza» de las materias primas y del ciclo de gobiernos progresistas y políticas desarrollistas que se desarrolló al amparo de ese ciclo, y su principal contribución es realizar el necesario balance en cuanto al desarrollo económico y social, a la inserción internacional de la región, con especial énfasis en la integración regional, y a la evolución del Derecho internacional en asuntos relevantes tanto para América Latina como para España. El libro surge del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos que imparte

la Universidad Autónoma de Madrid en colaboración con el diario *El País*, y por ello reúne capítulos elaborados tanto por su profesorado, como una muestra de los mejores trabajos de fin de máster del mismo. Estos últimos, de alto nivel, contribuyen igualmente al rigor académico que caracteriza a este volumen.

Más que ofrecer una visión exhaustiva del panorama regional, lo que hacen los nueve capítulos de este libro es destacar algunas cuestiones clave. Los dos primeros, a cargo de la Secretaria General Iberoamericana, Rebeca Grynsman, y de Fernando Gualdoni, Periodista de *El País*, discuten el legado de la fase de crecimiento y posterior recesión ligada al ciclo de las materias primas. Grynsman, que a su condición de funcionaria internacional suma una larga trayectoria investigadora, se centra en los desafíos que la región encara: en el ámbito económico, la deficiente calidad del empleo generado; los rezagos en la productividad; la escasa inversión en ciencia y tecnología; o la baja participación en las cadenas globales de valor. En el plano social, aunque se han reducido, persisten niveles intolerables de pobreza y los peores indicadores de desigualdad del mundo. Y en el ámbito político, el ascenso de las clases medias y el mayor acceso a la educación ha supuesto un empoderamiento ciudadano frente a unas instituciones y políticas públicas poco efectivas, transparentes e inclusivas. Gualdoni, por su parte, señala el carácter recurrente de la «adicción» latinoamericana a las materias primas, y como la novedad de este «superciclo» ha sido la demanda asiática y en particular de China, y el ciclo de gobiernos progresistas que ha sostenido. Ese ciclo, unido a una política macroeconómica prudente, permitió sortear la «gran recesión» y dio margen para adoptar políticas contracíclicas, pero supone



un factor de vulnerabilidad muy visible en esta fase de la crisis, ya que la región —con la sola excepción de México— siguió exportando pocos productos, a pocos mercados externos.

En clave política el volumen ofrece otras dos aportaciones. El capítulo de Pedro Martínez Lillo y Pablo Rubio examina los giros del discurso político latinoamericano entre 1990 y 2010 diferenciando dos etapas en cuanto a los debates que ello ha supuesto en torno a la democracia, el papel del Estado, y las estrategias de inserción internacional. La contradictoria combinación de democracia y neoliberalismo de 1990 a 2000 ayuda a explicar el «giro a la izquierda» de la etapa 1998-2010 y la aparición de un «posconsenso de Washington» en lo concerniente a las políticas de desarrollo. En su capítulo, Joaquín Estefanía parte de la concepción tridimensional de ciudadanía —política, pero también civil y económica— que según Naciones Unidas fundamenta una verdadera democracia ciudadana. Desde esa perspectiva, Estefanía cuestiona las políticas de ajuste adoptadas tanto en América Latina como en Europa, y ve en la combinación de corrupción y recesión económica un «cóctel explosivo», con una ciudadanía más crítica y menos dispuesta a perder las conquistas de la etapa de bonanza, lo que contribuye a explicar el creciente malestar social que se observa en ambas regiones.

En el ámbito del regionalismo y la búsqueda de una mejor inserción internacional el volumen aporta dos interesantes aportaciones. Carlos Alonso Zaldívar, que fuera Embajador de España en Cuba entre 2004 y 2008, explica los porqués de la normalización de relaciones entre Estados Unidos y Cuba, y de ese acercamiento extrae útiles enseñanzas para las relaciones con España y una dura pero bien fundamentada crítica a la «posición común» impulsada en la UE por el Gobierno de José María Aznar. Concluye Zaldívar con un llamado a evitar los errores de las transiciones de

Europa Oriental, y reclama una mayor implicación de España en la isla, con la muchas veces pospuesta visita de Estado del Rey Felipe VI. Por su parte, Mariana S. Leone, Investigadora de la UAM, analiza las organizaciones regionales surgidas en esa etapa —ALBA-TCP, UNASUR y CELAC— desde una perspectiva reflectivista, centrada en el papel de la identidad y los elementos ideacionales, que destaca por su originalidad y por ofrecer una visión más positiva de esos procesos que la usual en el debate español.

Finalmente, un tercer grupo de capítulos se caracteriza por su temática y enfoque jurídico. Pilar Bernad, de la Universidad de Zaragoza, aporta un detallado examen comparativo, a partir de su jurisprudencia, de los sistemas regionales europeo y latinoamericano de derechos humanos, que aun considerando las importantes diferencias que presentan, apunta a su paulatina convergencia en lo referido a los derechos a proteger, y a las obligaciones de los Estados en el ámbito de la prevención, la persecución y la reparación de los crímenes habidos. Silvina Bacigalupo, de la Universidad Autónoma de Madrid, analiza los delitos que se inscriben en la categoría de la criminalidad económica internacional, como el blanqueo y el cohecho, y la paulatina incorporación a los ordenamientos internos de las obligaciones derivadas de un ordenamiento jurídico internacional en construcción en este ámbito. Por su parte, Mónica Sánchez aporta un interesante trabajo sobre la incorporación y aplicación del principio de jurisdicción universal en el ordenamiento español, a través del examen de casos referidos a crímenes en Argentina, Chile, Guatemala y El Salvador, con los asesinatos de la Universidad Centroamericana. De particular interés es el examen de las reformas legales que desde 2009 han erosionado su alcance y eficacia.

Cierran el volumen unos anexos documentales perfectamente prescindibles. Algunos no guardan relación directa con

los asuntos tratados en el libro, y otros son ya conocidos —sorprende, por ejemplo, que se incluya «Consenso de Washington» original, que data de 1990—, pero ello no merma el interés, calidad y utilidad de este volumen para quienes se

interesen por la América Latina contemporánea.

José ANTONIO SANAHUJA

Universidad Complutense de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.3.06>

PALAO MORENO, G. (ed.) y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (secr. red.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 270 pp.

El objeto de esta obra colectiva, como refleja su título, es el análisis de los nuevos instrumentos de la UE sobre los métodos alternativos de resolución de controversias (ADR), incluida la resolución *on line* (ODR), en materia de consumo, ofreciendo una interesante comparativa de tres Estados con tradición en los ADR de consumo: España, Irlanda y el Reino Unido. La obra es además la culminación del «enriquecedor e intenso seminario celebrado en la Facultat de Dret de la Universitat de València en 2015», como su Director, G. Palao Moreno, indica en el prólogo de la misma; y ello no es baladí, dado que recoge las contrastadas reflexiones de investigadores españoles, ingleses e irlandeses, de la práctica y de la administración, en un momento crucial: el año anterior a la entrada en funcionamiento de la esperada plataforma europea de resolución de controversias *on line*, impulsada por el Reglamento (UE) 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, en vigor el 9 de enero de 2016 (RRL), como parte del funcionamiento del nuevo sistema de ADR de consumo, que acompaña a la Directiva 2013/11/UE, de resolución alternativa de litigios de consumo (DRALC). Los autores dan a luz esta obra en 2016, un año que está resultando trascendental para el mercado interior y, por tanto, también para todos los consumidores.

La obra reúne las aportaciones de 11 especialistas en la materia, tanto del

ámbito nacional como del internacional o transnacional, siguiendo un planteamiento monista, como también lo hacen los dos instrumentos fundamentales de la UE sujetos a análisis en esta obra: el RRL y la DRALC.

En el estudio introductorio C. Azcárraga Monzonís sitúa el objeto de análisis de la obra en el contexto del impulso de la UE para la implantación definitiva de los ADR y de los ODR, que legislativamente se refleja en la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y su tardía transposición en España por la Ley 5/2012, seguida del Real Decreto 980/2013, que desarrolla determinados aspectos de la Ley de mediación, en particular, los relativos a la mediación electrónica. Estos instrumentos, aunque excluyen la materia de consumo, han supuesto un despertar en España de la mediación civil y mercantil sin precedentes, tanto en lo relativo a la mediación presencial cuanto a la llevada a cabo por medios electrónicos, que la autora presenta con acierto para situar al lector en el eje del análisis central: la DRALC, para los conflictos C2B, y el RRL, para los conflictos *on line* C2B y B2C.

A partir de este marco, A. Cuenca García trata de forma exhaustiva los principios de transparencia, eficacia, equidad, libertad y legalidad recogidos en la DRALC, estudiando las implicacio-

nes que la normativa de la UE pudiera tener en el Sistema Arbitral de Consumo de España (SAC), el cual analiza haciendo un recorrido legislativo desde sus orígenes hasta el Borrador de Real Decreto por el que se regula en España el Sistema Arbitral de Consumo de 5 de septiembre de 2012. Así, la autora pone de manifiesto el cumplimiento por el SAC de la mayoría de los requisitos exigidos por la DRALC, a la vez que señala los obstáculos y las soluciones para la implantación del nuevo sistema.

Tras el análisis a la luz de la normativa española, P. Cortés presenta un panorama nutrido por la práctica, con la estimación constatada por la *Consumer Focus* de 6,4 millones de reclamaciones de consumo anuales, de las cuales dos millones no se resuelven a través de los ADR, ilustrando la gran demanda existente en el Reino Unido de la resolución extrajudicial de controversias de consumo. P. Cortés expone los distintos modelos de ADR de consumo del RU, examinando los cambios normativos que supone la implementación de estos instrumentos, que el autor ubica en un momento anterior al del llamado «Brexit», cuya materialización y consecuencia no está todavía definida.

Enriqueciendo el debate, F. Esteban de la Rosa presenta las claves para la incorporación al Derecho español del nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa de litigios de consumo, del que destaca como una de las innovaciones más significativas, además de la creación de la plataforma *on line*, la exigencia a los Estados de garantizar la disponibilidad para los consumidores de entidades de ADR para todo el territorio de la UE y el cumplimiento de condiciones y reglas procedimentales mínimas establecidas en la DRALC. Así, el autor, en un ejercicio de realismo, propone al legislador opciones legislativas para transponer los principios de libertad y de legalidad previstos en la DRALC, a la vez que presenta dicha transposición como una oportu-

nidad para impulsar la mediación de consumo en España, en definitiva, una oportunidad para que el legislador español pueda «elevar la calidad del servicio ofrecido» y «optimizar el acceso del consumidor a vías rápidas, ágiles y flexibles» de resolución de sus conflictos.

La implementación en Irlanda de los ADR y de los ODR previstos en la DRALC y en el RRL es analizada a continuación por G. Brian Hutchinson, destacando el carácter «*patchy*» de la regulación, a pesar de la transposición de la DRALC al Derecho interno irlandés y la implementación del RRL, ilustrando las características de la regulación y repasando los requisitos mínimos a los que obliga la Directiva y el panorama actual de los ADR en Irlanda.

Este minucioso análisis da paso al estudio sobre la reclamada reforma de la normativa española tras la DRALC, elaborado, desde el conocimiento de la realidad práctica, por A. Menéndez González y por J.-I. Paredes Pérez. Los autores reflexionan sobre las consecuencias de la aplicación horizontal de la Directiva en la trasposición, su ámbito de aplicación, los principios, las autoridades competentes, los centros europeos del consumidor y, en fin, el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, aprobado al cierre del trabajo el 25 de marzo de 2015.

La obra no solo analiza las herramientas para la construcción del nuevo sistema de consumo de la UE, sino que también responde a interrogantes tan actuales como la de si sería posible el arbitraje de consumo colectivo a la luz de los instrumentos de la UE. Esta reflexión planteada por A. Montesinos García, tras el estudio de la Recomendación de la CE sobre los principios aplicables a los mecanismos de recurso colectivo, destaca el ánimo por el establecimiento de fórmulas de ADR en las acciones colectivas y su viabilidad en la materia, dedicando buena parte de su exposición al análisis del arbitraje colectivo español.

Siguiendo con «el caso español», P. Pajín Echevarría, aborda con destreza el análisis de los ADR en la resolución de conflictos transfronterizos en la UE, tratando los mecanismos del RRLC y las posibles estrategias de coordinación de los ADR en España.

El arbitraje de consumo internacional es abordado de forma concisa y brillante por el director de la obra, el Prof. G. Palao Moreno, exponiendo los retos que plantean los nuevos instrumentos europeos en los supuestos transfronterizos, dado que son estas las controversias que presentan una mayor complejidad en su gestión, centrándose en el análisis ante la nueva normativa de la UE, que promueve un incremento del uso de los ADR en las situaciones transfronterizas y supone, para el autor, «una gran oportunidad» para los arbitrajes de consumo transfronterizos y «un potencial desafío para la aplicación del SAC español».

Siguiendo con el planteamiento monista de la obra, M.-J. Reyes López analiza la reforma del Texto Refundido de la LGCU en materia de arbitraje, centrándose en el pacto de arbitraje de consumo, el convenio arbitral y el procedimiento para solicitar su nulidad, realizando, además, una interesante reflexión en materia de mediación de consumo que entiende que, a falta de regulación específica, debe ser considerada como «una fase más dentro del arbitraje de consumo».

La obra finaliza con la aportación de J. Suquet, respondiendo afirmativamente a la interrogante «¿tecnologías al servicio de la resolución de litigios?». El autor presenta los distintos mecanismos del llamado ODR, distinguiendo entre aquellos en los que las tecnologías son una mera herramienta de ayuda y aquellos en los que la tecnología permite generar la estrategia y/o la toma de decisiones, destaca la utilidad de la tecnología móvil en los ODR y finaliza con un completo análisis de la plataforma creada por el RRLC.

Entre los muchos méritos de la obra se encuentra el rigor en el tratamiento de las cuestiones más significativas y de los retos que supone para los tres Estados miembros analizados, y para todos los Estados de la UE en general, el funcionamiento del nuevo sistema europeo de ADR de consumo, cuyo objetivo es garantizar el acceso a la justicia para los consumidores, generando confianza en el mercado. La obra está bien documentada y es muy interesante en la medida en que aborda una cuestión de gran actualidad, siendo, en definitiva, un referente obligado y una invitación a continuar trabajando, con la plataforma *online* ya en funcionamiento y la Directiva traspuesta en todos los Estados miembros de la UE.

Lydia ESTEVE GONZÁLEZ  
Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.3.07>

SOMMER, C., *Laudos arbitrales del CIADI*, Buenos Aires, Astrega, 2016, 387 pp.

El fenómeno de especialización normativa que viene aconteciendo durante los últimos decenios ha supuesto la proliferación de múltiples sectores en el Derecho internacional (DI) público, algunos de los cuales han alcanzado un notable grado de autonomía. Uno de los que más relevancia e interés está acaparando en la doctrina científica es el DI económico y,

en particular dentro de este sector, el estudio de las relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de la aplicación e interpretación tanto de los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) extranjeras como de los acuerdos de libre comercio e inversión: el denominado DI de las inversiones. Es en esta temática donde se

enmarca la obra reseñada, elaborada por el Prof. Christian Sommer, docente en la Universidad Nacional de Córdoba y uno de los investigadores que en los últimos años vienen preocupándose más prolíficamente sobre el análisis de los efectos derivados del régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras en Argentina.

El título de la obra conduce al lector hacia un aspecto muy concreto de este régimen normativo, los efectos jurídicos de los laudos arbitrales dictados por los órganos de resolución de controversias en materia de inversiones creados en el ámbito del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). En este ámbito institucional se han resuelto casi medio centenar de demandas interpuestas por inversores extranjeros contra las medidas de ajuste económico introducidas por Argentina tras la severa crisis económica padecida entre los años 2001-2003 (que denominaremos «los casos argentinos»). El reconocimiento y la ejecución de estos laudos, cuyos derechos en algunos casos fueron incluso vendidos a fondos de inversión con un notable descuento, ha discurrido por un proceloso camino donde intervinieron, además de los tribunales argentinos, las jurisdicciones internas de varios Estados e incluso el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, tras el intento fallido de uno de estos fondos de inversión de embargar un buque de Estado, la fragata «ARA Libertad».

No obstante, como se advierte en el prólogo, esta monografía «es mucho más que un trabajo sobre laudos arbitrales CIADI [y] trata meticulosamente otros aspectos centrales vinculados con el arbitraje de inversión». En efecto, basta con revisar el índice de materias para constatar cómo el autor va más allá del análisis de los problemas que plantean los laudos arbitrales del CIADI. El Prof. Sommer aprovecha la excelente ocasión que le brinda tanto cuantitativa como cualitativamente el análisis de «los casos ar-

gentinos» ante el CIADI para ofrecer un análisis sustantivo y adjetivo de conjunto sobre algunas de las principales cuestiones que en nuestros días afectan al DI de las inversiones. Esta monografía, por tanto, no solo estudia la ejecución de los laudos relativos a «los casos argentinos». Su autor se esfuerza por ofrecer una panorámica más general de la materia y se acaban examinando otros casos que han sido relevantes para configurar la todavía poco coherente «jurisprudencia arbitral de inversiones».

En el capítulo primero se expone el proceso de gestación y desarrollo del régimen jurídico internacional de promoción y protección de las inversiones extranjeras, poniendo especial énfasis en el estudio de la práctica argentina. En particular, se repasa el contenido sustantivo principal de los APPRI que ha celebrado Argentina con otros Estados a la luz de los arbitrajes de inversión donde aquel Estado ha sido parte en calidad de demandado. Aunque se examinan todas las cláusulas de protección de las inversiones previstas en aquellos APPRI que han sido debatidas en la práctica arbitral, de este análisis se desprende que las más controvertidas han sido las que protegen el trato justo y equitativo, la cláusula de la nación más favorecida (especialmente cuando se invoca por los inversores para obtener un régimen procesal más favorable) y las que prohíben expropiar de manera injustificada.

En este capítulo, además, se exponen de manera escueta tres cuestiones adicionales y más generales que tienen que ver con la aplicación de los APPRI celebrados por Argentina en la práctica arbitral de inversiones. En primer lugar, se constata la aplicación de los artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos a los supuestos que habitualmente se discuten en este tipo de arbitrajes para la atribución del hecho ilícito a un Estado. En segundo lugar, se discute sobre los distintos métodos de indemnización

existentes, una vez que se ha declarado la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento del APPRI controvertido, reflejando los problemas que habitualmente plantea la determinación del valor de mercado de la inversión. Y, en tercer lugar, se analiza la eventual aplicación de las cláusulas de emergencia o de exclusión de la responsabilidad internacional del Estado mediante la invocación del estado de necesidad, una de tantas cuestiones que precisamente afloró en el arbitraje de inversión al calor de «los casos argentinos».

El análisis de esta práctica convencional lleva al autor a concluir que los APPRI celebrados por Argentina introducen algunos «encorsetamientos jurídicos» que deben ser reformados mediante su enmienda; una enmienda que, primero, debe estudiarse «con cautela y responsabilidad, la posibilidad de excluir (de su ámbito de aplicación) a ciertos sectores estratégicos para el desarrollo y la seguridad nacional del Estado, especialmente aquellos que no cuentan con un criterio de reciprocidad hacia inversores argentinos en el Estado contraparte»; segundo, introduzca mayor flexibilidad para que el Estado ejerza su poder regulatorio «en áreas sensibles de su economía o bienestar social»; y, tercero, limite la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a las cuestiones de carácter sustantivo, excluyendo los efectos de la «doctrina Maffezini» (pp. 80-81).

En el capítulo segundo, el más extenso de la obra, se realiza una notable tarea de síntesis para exponer las principales notas que singularizan al arbitraje de inversión extranjera, distinguiéndolo del arbitraje comercial internacional. El análisis del arbitraje institucional de inversión desarrollado en el ámbito del CIADI ocupa el resto del capítulo, donde se aborda un conjunto complejo y variado de materias de alcance para la práctica arbitral, a saber: el consentimiento al arbitraje, las particularidades del procedimiento de elección de los árbitros, la

competencia de los tribunales arbitrales o el Derecho aplicable a estas controversias.

A pesar de que el autor se esfuerza por tratar cada una de ellas de manera exhaustiva, merced a un conocimiento adecuado tanto de las principales decisiones arbitrales como de la doctrina científica especializada, en algunos momentos se aprecia cómo debe cerrar algunos temas ofreciendo simplemente una visión impresionista de los mismos. En efecto, este segundo capítulo discurre en ciertas ocasiones por una vía eminentemente expositiva, como lo evidencia la discusión sobre el Derecho aplicable al arbitraje, las reflexiones acerca del problema de la sectorialización (que no fragmentación) del DI, la discusión sobre la existencia de normas consuetudinarias en el DI de las inversiones o el tratamiento de la figura del *amicus curiae*. En su afán por ofrecer una visión completa de los problemas jurídicos que acucian al arbitraje de inversión en nuestros días, el Prof. Sommer no tiene más remedio que constreñir su análisis a los estrictos límites de espacio impuestos para una monografía.

En el capítulo tercero se estudia lo que, en puridad, se correspondería con el título de la monografía: el sistema de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados bajo el mecanismo del CIADI. Como la práctica argentina ha discurrido generalmente al amparo del arbitraje institucional del CIADI, parece lógico que el autor prefiera centrarse en este expediente y relegue el estudio de la ejecución de los laudos dictados por órganos arbitrales *ad hoc* a las últimas páginas del capítulo, pese a que los pocos casos litigados por esta vía han dado lugar a una interesante práctica ante la jurisdicción estadounidense.

La primera parte del capítulo tercero expone los principales conceptos y categorías jurídicas necesarias para comprender con carácter general el sistema de reconocimiento y ejecución de

los laudos arbitrales extranjeros en Argentina, resultando de particular interés la exposición sobre el procedimiento de exequátur en el sistema procesal argentino y la discusión sobre el concepto de orden público, una categoría que se ha consolidado en la práctica internacional como un límite de carácter sustantivo a la ejecución de los laudos arbitrales.

La segunda parte del capítulo tercero se centra en el estudio del reconocimiento y la ejecución de los laudos dictados por los órganos arbitrales del CIADI, unos laudos que en puridad jurídica no pueden considerarse como decisiones extranjeras, sino como decisiones internacionales sometidas a un régimen jurídico de ejecución privilegiado para las obligaciones pecuniarias que de ellos se desprenden consagrado en el art. 54.1 del Convenio de Washington. De este régimen se genera para las partes en la controversia «una obligación jurídica internacional [...] de tener que acatar el laudo y, en consecuencia, cumplirlo; todo ello bajo los principios generales de *pacta sunt servanda* y *res iudicata*» (p. 267).

Conviene destacar el análisis que el autor realiza de «los casos argentinos» y, en particular, de las medidas adoptadas por Argentina para articular en su foro interno las obligaciones internacionales a las que le somete el Convenio de Washington en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que contienen obligaciones pecuniarias. Estas medidas, que el autor califica muy recatadamente como «engorrosas» (p. 282), han sido criticadas por algunos Estados partes del Convenio de Washington porque establecerían un procedimiento de ejecución del laudo contrario al objeto y fin del citado convenio. Esta parte del capítulo tercero se completa, además de con las ya citadas páginas dedicadas al reconocimiento y la ejecución de aquellos laudos dictados por órganos arbitrales *ad hoc*, con varias reflexiones relativas a otras cuestiones prácticas que plantea la ejecución de los laudos, por ejemplo:

la ejecución de laudos que no contienen obligaciones pecuniarias, la solicitud de garantías financieras durante la fase de ejecución del laudo por parte de los inversores extranjeros y el alcance de la norma sobre la inmunidad de ejecución del Estado en el arbitraje de inversión.

La monografía se cierra con el capítulo cuarto, donde se examina otra de las cuestiones que ha sido controvertida a propósito de «los casos argentinos»: las relaciones entre los APPRI celebrados por Argentina y el ordenamiento jurídico interno argentino y, en particular, su norma constitucional. El Prof. Sommer considera que existen motivos para sostener la inconstitucionalidad de los APPRI celebrados por Argentina tras la reforma constitucional que entró en vigor el 24 de agosto de 1994 (pp. 329-333), en tanto que no se habría seguido el procedimiento constitucional establecido para la ratificación de dichos tratados y advierte, con razón, que transcurrido su plazo de vigencia inicial estos acuerdos deberían ser renegociados por Argentina a los efectos de hacerlos enteramente compatibles con el ordenamiento constitucional. Se trata, no obstante, de una cuestión de Derecho interno que no ha tenido repercusiones en la práctica arbitral, en tanto que los APPRI que han servido a los inversores extranjeros para iniciar arbitrajes de inversión contra Argentina (los celebrados con Alemania, Canadá, Chile, España, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido) se celebraron con anterioridad a la fecha crítica.

Este capítulo se cierra con una aproximación a las relaciones entre los acuerdos de inversión y los derechos humanos, donde se plantean cuestiones de enjundia como, por ejemplo, la utilización de conceptos y categorías propios del DI de los derechos humanos en el arbitraje de inversión o la consideración de normas pertenecientes a aquel sector normativo como derecho aplicable al arbitraje de inversión. Aunque este expediente tam-

bién se aleja de la temática central de la monografía propuesta por el autor; se trata de una cuestión de actualidad en el DI de las inversiones, pues cada vez con más frecuencia los Estados demandados recurren a sus obligaciones en materia de derechos humanos como argumento de ambiente o atmósfera para justificar las medidas impuestas a los inversores extranjeros y presuntamente contrarias a las obligaciones de protección reconocidas por los APPRI. En este contexto, un órgano arbitral ya ha acogido la noción del margen de apreciación nacional —cultivada hasta ahora principalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— para ampliar el poder regulatorio de los Estados en sectores vinculados con la protección de la salud humana [*Philip Morris Brands Sàrl (Switzerland)*, *Philip Morris Products, S. A. (Switzerland)*

y *Abal Hermanos, S. A. (Uruguay) c. Uruguay* (caso CIADI núm. ARB/10/7, Laudo de 8 de julio de 2016, párrs. 388-409)].

En conclusión, la monografía reseñada en las anteriores líneas tiene la virtud de ilustrar al lector no solo acerca de la temática sobre la que a tenor de su título parecería ocuparse exclusivamente (los laudos arbitrales dictados por los órganos arbitrales del CIADI), sino también sobre otras cuestiones jurídicas de interés que afectan al DI de las inversiones en nuestros días. No queda más que felicitar a su autor y recomendar la lectura de esta obra a todos aquellos interesados en acercarse y profundizar sobre esta materia.

Francisco PASCUAL VIVES  
Universidad de Alcalá

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.3.08>

#### VVAA, COLECCIÓN «ABOGACÍA INTERNACIONAL», *Unidad armónica del enfoque práctico y el rigor científico.*

1. Recientemente la editorial Rasche ha sacado a la luz la colección «Abogacía Internacional», un repertorio que pretende abordar, desde una perspectiva deliberadamente práctica, materias de máximo interés para los operadores jurídicos de la arena internacional, y lo hace trascendiendo el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales. Hasta el momento, la colección cuenta con cuatro volúmenes: *Arbitraje*, *Consumo*, *Contratos* y *El proceso civil transfronterizo*, y prevé extenderse a otros temas de gran relevancia como la «Compraventa internacional de mercancías», «La libre competencia en el comercio internacional» o «Las sociedades mercantiles en el comercio internacional», que se irán incorporando paulatinamente. El enfoque práctico y la fácil lectura de las obras que componen la colección no han sido óbice para que la misma cuente con un gran rigor científico y una sólida base doctrinal aportada por sus autores, entre los que se

encuentran los Catedráticos de Derecho internacional privado José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, y los Profs. de la Universidad de Oviedo Ángel Espiniella y Pilar Jiménez Blanco, reconocidos especialistas de las materias tratadas hasta el momento. Con lo cual, esta novedosa colección ha nacido con el objeto de constituirse en una herramienta útil y de referencia, tanto para la academia como para los prácticos de estos sectores.

2. El vol. I de la colección de «Abogacía Internacional» se titula *Arbitraje* (Madrid, Rasche, 2014, 319 pp.), y fue elaborado por el Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid, José Carlos Fernández Rozas. La obra, que parte de la consideración del arbitraje como una realidad consolidada a día de hoy para la solución de controversias en un mundo globalizado, se presenta con una estruc-



tura pragmática que facilita la consulta ágil por parte del lector, sin notas al pie y con abundantes esquemas ilustrativos, aunque abordando con todo rigor científico los aspectos esenciales de la práctica de esta disciplina, en la que el autor ostenta una experiencia consolidada y constituye un referente doctrinal. En consecuencia, esa sencillez expositiva se debe a la audacia de quien domina efectivamente la materia que expone. El libro aborda las razones que han impulsado el desarrollo vertiginoso del arbitraje internacional y hace hincapié en la relevancia de la neutralidad del arbitraje, mucho más marcada que en los tribunales ordinarios internos, como ventaja cualitativa para la solución de los conflictos que se generan en los negocios transnacionales.

Concretamente, el libro se estructura en cinco capítulos. En el capítulo I, bajo el título «El paradigma arbitral» el autor hace referencia a consideraciones generales y precisiones necesarias sobre la institución arbitral, en este sentido comienza explicando el papel que juega el arbitraje internacional en la solución de conflictos y el estado actual de esta institución en diversas jurisdicciones; aborda la dicotomía arbitraje interno y arbitraje internacional, con las consecuencias derivadas de ello, tanto en el aspecto normativo como en relación con otros más prácticos como la sede arbitral. También se abordada magistralmente en este capítulo I la interacción entre el arbitraje y la jurisdicción y se culmina haciendo referencia al papel desempeñado por las instituciones arbitrales y el alcance de sus funciones. El capítulo II del libro está dedicado a los «Árbitros», y en el mismo se realiza un profuso análisis, que va desde los elementos determinantes del estatuto del árbitro hasta su responsabilidad, pasando por aspectos más concretos y prácticos como el nombramiento, la recusación y la remoción de los árbitros. El capítulo III, titulado «Gestación del arbitraje» aborda los aspectos previos que constituyen la base del procedimiento ar-

bitral, como es el convenio arbitral y sus particularidades. El capítulo IV «Sustanciación de las actuaciones arbitrales» entra de lleno en la llevanza del procedimiento arbitral propiamente dicho, y analiza tanto los principios rectores del mismo, como aspectos más prácticos a lo largo del recorrido procesal entre los que se encuentran el acta de misión, las fijación de las notificaciones y plazos, la resolución de cuestiones incidentales y la práctica de la prueba, entre otros. Finalmente, el capítulo V («Terminación de las actuaciones arbitrales: el laudo arbitral») analiza los diversos supuestos que pueden dar fin al procedimiento, haciendo especial énfasis en el laudo como fruto por antonomasia del arbitraje, explicando sus elementos configuradores y sus problemas concretos. La obra culmina exponiendo el alcance y fin de la misión del árbitro.

3. *Consumo* se titula el vol. II de la colección «Abogacía Internacional» (Madrid, Rasche, 2016, 270 pp.), y su autor es el Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo, Ángel Espinella. Como el propio autor nos revela en la introducción del libro, la obra pretende ser una herramienta para la asesoría legal y el ejercicio de la abogacía en materia de consumo transfronterizo, así como para la enseñanza práctica de dicha materia en los estudios de grado y postgrado. Para lograr esta utilidad y practicidad, se considera al usuario final no solo como consumidor o parte jurídica y económicamente menos experimentada, sino también como cliente de la empresa minorista en el proceso de comercialización internacional de bienes y servicios. Tomando en consideración la naturaleza de la colección «Abogacía Internacional» en que se enmarca su obra, el autor presta especial atención al consumo transfronterizo, tanto en el marco de la UE, como en Iberoamérica, región en la cual el modelo europeo de protección jurídica de este tipo de consumidores ha ejercido gran influencia so-

bre recientes codificaciones de Derecho internacional privado.

El libro se estructura en cuatro capítulos (véase Recensión de J. Paredes, disponible en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 31, junio de 2016). En el capítulo I, titulado «El consumidor en el comercio internacional», el autor estudia al consumidor en la cadena de comercialización, tanto como parte jurídica débil en la relación contractual con los operadores minoristas, como en su relación con las empresas mayoristas y en el sistema internacional de mercado, donde en este último los intereses de los consumidores son también tenidos en cuenta en la búsqueda de una competencia libre y leal. El capítulo II, bajo el título «El contrato internacional de consumo», aborda los problemas prácticos en el ámbito de la ley aplicable, analizando los elementos que delimitan la aplicación de la normativa aplicable; los aspectos relativos a la celebración y el contenido del contrato; y la incidencia del orden público internacional y las leyes de policía. En el capítulo III, «Reclamaciones en materia de consumo transfronterizo», se efectúa un análisis de la tutela extrajudicial y judicial, reservando en este último ámbito un tratamiento particular de los problemas de los que se ocupa el Derecho procesal civil internacional. Cierra la obra el capítulo IV, «Situaciones especiales de consumo transfronterizo», donde se estudia la figura de los consumidores en el comercio electrónico, en los contratos sobre bienes inmuebles, en los contratos de transporte y en los sectores financieros.

4. El vol. III de la colección «Abogacía Internacional» se titula *Contratos* (Madrid, Rasche, 2015, 192 pp.), y es obra de uno de los especialistas más reconocidos en la materia a nivel internacional, el Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada, Sixto Sánchez Lorenzo. El libro, siguiendo la finalidad de la propia colección de la que forma parte, preten-

de introducir al lector en el Derecho de los contratos internacionales desde un punto de vista eminentemente práctico y con un enfoque global, que trasciende los límites y particularidades de los distintos ordenamientos internos, todo ello con la inclusión adicional de cuadros resumen sobre los principales textos legales y convenios internacionales, cláusulas contractuales modelo y esquemas comparativos.

Con la sencillez de quien domina a cabalidad los conocimientos que intenta transmitir, el estudio —dividido en cinco capítulos— comienza haciendo referencia a los esfuerzos de unificación del Derecho contractual en la esfera internacional, tanto a nivel universal como regional, destacando en este último, los avances logrados en la Unión Europea, en la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el continente africano (OHADA, por sus siglas en francés) y en la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC); todo ello sin olvidar la referencia prácticamente obligada a la unificación, también, de las prácticas comerciales. A continuación, el libro revela desde una perspectiva comparada, las claves de la dinámica del contrato internacional, comparando el tratamiento de los aspectos sustanciales relativos a la negociación y formación del contrato (cap. II), a su contenido e interpretación (cap. III), y a su cumplimiento y ejecución por las partes (cap. IV) en los sistemas jurídicos más relevantes. Junto a esta perspectiva material, la obra finaliza abordando las cuestiones de Derecho aplicable al contrato internacional (cap. V), haciendo especial hincapié en la problemática relativa a la determinación y aplicación de la ley correspondiente al contrato internacional.

5. *El proceso civil transfronterizo* es el título del último de los libros que actualmente componen la colección «Abogacía Internacional» (Madrid, Rasche, vol. IV, 2016, 224 pp.) y su autoría

corresponde a Pilar Jiménez Blanco, acreditada como Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo. La obra, al igual que los volúmenes precedentes de «Abogacía Internacional», analiza desde una perspectiva práctica y flexible la problemática de los litigios transfronterizos, y además aborda de forma conjunta todo un sector que ha venido estudiándose, por lo general, de manera fragmentada. La relevancia de la obra es mayor aún, si se tiene en cuenta que la autora nos presenta una monografía actualizada, que llega frente al desfase inexorable que han sufrido obras cumbres de la doctrina española en la materia (e. g., M. Virgós y F. Garcimartín, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor, Civitas, 2007). El contenido de «El proceso civil transfronterizo» se escinde en ocho capítulos, donde después de una referencia a cuestiones generales, la problemática se ha sistematizado en torno a los siguientes aspectos: los relativos a las partes en el proceso (cap. III), su representación y defensa en juicio (cap. IV), la asistencia jurídica gratuita (cap. V), el régimen de las acciones y las medidas cautelares (cap. VI) y, finalmente, el régimen de las notificaciones (cap. VII) y la práctica de la prueba (cap. VIII) transfronterizas. En el tratamiento de cada uno de estos temas la autora incluye referencias a los marcos normativos aplicables, a la casuística más frecuente en cada ámbito, así como información práctica en relación con diferentes aspectos del proceso con elemento internacional, incorporan-

do, además, las últimas novedades del Derecho español en el sector de la cooperación jurídica internacional.

6. En conclusión, a diferencia de otras muchas colecciones doctrinales, compuestas en su mayoría de estudios monográficos de gran carga teórica, la colección «Abogacía Internacional» expone sectores concretos del Derecho internacional privado desde una perspectiva eminentemente práctica, ofreciendo a su vez un enfoque global —aunque sistematizado y con referencia a problemas concretos— que trasciende los ordenamientos jurídicos internos. No obstante, el bagaje académico de los autores, que se encuentran entre los principales especialistas de los sectores que abordan, hace que la colección «Abogacía Internacional» cuente con todo el rigor científico necesario y haya logrado una unidad armónica entre teoría y práctica. El resultado es que los temas se exponen con la sencillez y audacia de quienes dominan a cabalidad la materia de la que hablan, lo cual se complementa, como se ha visto en las distintas obras, con esquemas y tablas ilustrativas, referencias a las normas de mayor interés y casos prácticos con supuestos-tipo. Por ello, la colección «Abogacía Internacional» cumple con su objetivo de servir como herramienta práctica tanto en el ámbito profesional, como en el académico.

Enrique LINARES RODRÍGUEZ

Investigador predoctoral

Universidad Complutense de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.3.09>



## REGLAS EDITORIALES

**1.** La publicación de trabajos y contribuciones en la Revista está abierta a todos los especialistas nacionales y extranjeros, en particular los integrantes de la Comunidad Iberoamericana y de la Unión Europea. Los únicos criterios de contenido determinantes para la publicación en la Revista son el interés y el adecuado desarrollo y calidad científica de los mismos, que se garantizan a través de un proceso anónimo de evaluación científica por pares.

Todas las contribuciones deberán ser originales e inéditas. No se aceptarán trabajos ya publicados en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Si un autor desea que un trabajo previamente publicado en la *Revista Española de Derecho Internacional* vuelva a serlo en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la *Revista Española de Derecho Internacional*, indicando el número, año y páginas.

El envío de trabajos debe realizarse conforme a las instrucciones que siguen (pueden consultarse también en la página web de la revista: <http://www.revista-redi.es/>), antes del **1 de noviembre** y del **15 de mayo**, para los números 1 y 2, respectivamente.

Los Estudios no deberán superar los 80.000 caracteres; cada contribución al Foro o a la Práctica deberá limitarse a 20.000 caracteres, y las reseñas a 6.000. La cifra indicada incluye espacios y notas al pie de página.

**2. Estudios.** Los trabajos destinados a la sección de Estudios se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan en <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

Los interesados podrán remitir sus aportaciones por correo electrónico a la Secretaria de la Revista, Prof.<sup>a</sup> Dra. Marta Requejo ([marta.requejo@mpi.lu](mailto:marta.requejo@mpi.lu)) o a la Directora de la Revista, Prof.<sup>a</sup> Dra. Araceli Mangas ([aman-gas@der.ucm.es](mailto:aman-gas@der.ucm.es)). Se acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

La Dirección decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de dos informes de evaluación emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la Revista aplicándose el método doble ciego. Se valorarán la creatividad, rigor, metodología, propuestas y aportaciones de los

trabajos. Se dará preferencia a los estudios que tengan en cuenta las líneas editoriales del Consejo de Redacción, que serán adoptadas y publicación con suficiente antelación para cada número.

El proceso interno de evaluación garantizará el anonimato. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. Igualmente se requerirá, en su caso, al autor para que realice las modificaciones formales necesarias de acuerdo con las reglas de estilo.

La comunicación de la decisión sobre la publicación, la publicación previa revisión o la no publicación, será motivada y no excederá de seis meses. Los autores de trabajos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de una semana. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores o datos puntuales con respecto a la versión aceptada.

**3. Foro.** Esta Sección, no fija, incluirá contribuciones en forma de debate entre dos o más autores de cualquiera de las áreas de interés de la Revista, sobre temas de actualidad identificados durante el semestre previo a la publicación del número de que se trate. En principio la participación en el Foro será por invitación de la Revista; no obstante, la propuesta a la Dirección de un asunto actual, acompañada de posibles autores para la misma, será tomada en consideración.

Son coordinadores de la Sección:

— Derecho internacional público: Prof. Dr. Luis Hinojosa (*hinojosa@ugr.es*).

— Derecho internacional privado, Prof.<sup>a</sup> Dra. Blanca Vilà (*blancavilacosta@gmail.com*).

— Relaciones internacionales, Prof. Dr. José Luis de Castro (*joseluis.decastro@ehu.eus*).

Los trabajos destinados a la sección de Foro se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan aquí.

**4. Práctica española en materia de Derecho internacional.** Esta Sección, no fija, incluirá la práctica nacional (decisiones judiciales, práctica administrativa o diplomática) más relevante en las tres áreas (Relaciones internacionales, Derecho internacional público y Derecho internacional privado). Las normas de estilo se encuentran en <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

Son coordinadores de la Sección:

— Derecho internacional público: Prof. Dr. José Manuel Sobrino (*j.sobrino@udc.es*).

— Derecho internacional privado, Prof. Dr. Manuel Desantes (*manuel.desantes@ua.es*).

— Relaciones internacionales, Prof.<sup>a</sup> Dra. Irene Rodríguez (*irene.rodri-guez@usc.es*).

**5. Bibliografía.** En principio, sólo se publicarán las reseñaciones, reseñas o comentarios encargados por el coordinador respectivo. Las colaboraciones para esta sección tendrán un máximo de 6.000 caracteres y la presentación se hará a espacio y medio en papel formato DIN A4 (tipo de letra Times New Roman, tamaño 12) con notas entre paréntesis en el texto. No obstante, en casos excepcionales podrán aceptarse reseñaciones o reseñas hechas sin encargo previo, enviándolas al coordinador respectivo para que pueda tomar una decisión. Respecto de esta sección, los libros enviados a la *REDI* (a los coordinadores, al secretario o a la directora, con indicación de que van destinados a esta sección) se incluirán en todo caso en una lista de libros recibidos.

Son coordinadores de esta Sección:

— Derecho internacional público: Prof. Dr. Carlos Espósito (*carlos.esposito@uam.es*).

— Derecho internacional privado: Prof. Dr. Federico Garau (*fgarau@uib.es*).

— Relaciones internacionales: Prof. Dr. José Luis de Castro (*joseluis.decastro@ehu.eus*).

Los trabajos destinados a la sección de Práctica se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan en <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

**6.** Cualquier incumplimiento de las presentes normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

**7. Información.** Cualquier otra información puede obtenerse en la dirección en Internet: <http://revista-redi.es/ES/10/menu-superior/inicio.html> o dirigiéndose

— a la Secretaria, Marta Requejo Isidro, Senior Research Fellow, Max Planck Institute, 4, rue Alphonse Weicker, L-2721 Luxembourg, correo-e: *marta.requejo@mpi.lu*)

— o a la Directora de la *Revista*, Araceli Mangas Martín (Departamento de Derecho internacional público y privado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 28040 Madrid, España, correo-e: *amangas@der.ucm.es*).

*Note aux auteurs:* les règles de style, ainsi que les lignes éditoriales de la Revue, se trouvent ici: <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

*Note to contributors:* the editorial rules and lines are published under <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

