

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO
INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

**“LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LA
RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS
EN EL MEDITERRÁNEO
(INICIATIVA PARA LA MEDIACIÓN
EN EL MEDITERRÁNEO)”**

DIRECTORES:

RAFAEL GRASA HERNÁNDEZ, ANTONI BLANC ALTEMIR Y PILAR DIAGO DIAGO

COORDINADORA:

CARMEN MARTÍNEZ CAPDEVILA



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO
INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

**“LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LA
RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS
EN EL MEDITERRÁNEO
(INICIATIVA PARA LA MEDIACIÓN
EN EL MEDITERRÁNEO)”**

DIRECTORES:

RAFAEL GRASA HERNÁNDEZ, ANTONI BLANC ALTEMIR Y PILAR DIAGO DIAGO

COORDINADORA:

CARMEN MARTÍNEZ CAPDEVILA





MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES
Y DE COOPERACIÓN

SUBSECRETARÍA

SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

VICESECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

Área de Documentación y Publicaciones

IMPRENTA DE LA OFICINA DE INFORMACIÓN DIPLOMÁTICA

NIPO: 501-14-066-0

ÍNDICE

Página

PRÓLOGO, por <i>Carlos Esplugues</i> , Presidente de la AEPDIRI.....	9
Informe general: “Análisis y resolución de conflictos como marco para la mediación. Una propuesta orientada a la formación de mediadores en y para la región mediterránea”, por <i>Rafael Grasa Hernández, Antoni Blanc Altemir y Pilar Diago Diago</i>	13
PRIMERA PARTE. CUESTIONES CONCEPTUALES Y GENERALES.	
“La mediación de Catar en el Mediterráneo”, por <i>Rachid Aarab</i>	51
“La actividad mediadora de la Unión Europea a través del instrumento de estabilidad”, por <i>Gloria Fernández Arribas</i>	61
“Conflicto de culturas políticas y sociales en el Mediterráneo y la aplicabilidad de la mediación”, por <i>Nadina Foggetti</i>	73
“La ley de mediación aplicable en supuestos interterritoriales e internacionales”, por <i>María Font i Mas</i>	85
“La diplomacia del <i>second track</i> en la gestión de la conflictividad del sudeste asiático: Lecciones para el espacio mediterráneo”, por <i>Pablo Pareja Alcaraz y Jordi Quero Arias</i>	99
“Reforzando la mediación: Principales avances en Naciones Unidas y la Unión Europea”, por <i>Belén Sánchez Ramos</i>	111
“La formación de mediadores especializados en la resolución de litigios en la región del Mediterráneo: Descriptores y capacidades”, por <i>María Isabel Torres Cazorla y Pilar Diago Diago</i>	121
SEGUNDA PARTE. CUESTIONES POLÍTICAS	
“Egipto y la primavera árabe”, por <i>Juan Ferreiro Galguera</i>	137

“El Derecho de la Unión Europea y los no nacionales: Inmigración irregular, seguridad y derechos humanos en el Mediterráneo”, por <i>Yolanda Gamarra Chopo</i>	151
“Las cuestiones territoriales en el norte de África y la cooperación hispano-marroquí ante las crisis migratorias de 2012 y 2014”, por <i>Inmaculada González García</i>	169
“Marruecos-Argelia: Análisis de un conflicto complejo”, por <i>Eimys Ortiz Hernández</i>	179
“La controversia de Gibraltar: Fronteras, controles en la verja, marcos de diálogo y Unión Europea”, por <i>Alejandro del Valle Gálvez</i>	189

TERCERA PARTE. CUESTIONES ECONÓMICAS, DE SEGURIDAD Y MEDIOAMBIENTALES

“ <i>Modus vivendi</i> de la navegación en los puertos de Melilla (España) y Beni Enzar (Marruecos): La extrapolación del pasillo marítimo monegasco como propuesta de resolución”, por <i>Miguel A. Acosta Sánchez</i>	201
“Los protocolos relativos a la solución de controversias comerciales en el espacio euromediterráneo y la Iniciativa hispano-marroquí para la Mediación en el Mediterráneo”, por <i>Miguel Ángel Cepillo Galván</i>	217

CUARTA PARTE. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

“La mediación en relación con las resoluciones sobre responsabilidad parental dictadas por los tribunales españoles y su eficacia en Marruecos: ¿Situaciones claudicantes?”, por <i>María Dolores Adam Muñoz</i>	229
“La mediación: Una herramienta de intervención en la resolución de conflictos en litigios comerciales internacionales y su incidencia en las relaciones hispano-marroquíes”, por <i>María Asunción Asín Cabrera</i>	239
“Mediación en conflictos internacionales de familia: Aportaciones desde la práctica convencional de La Haya”, por <i>Carmen Azcárraga Monzonís</i>	251
“Alcance y retos de la mediación en la sustracción internacional de menores: Países no contratantes del Convenio de La Haya de 1980”, por <i>María del Carmen Chéliz Inglés</i>	261
“El exequátur de los acuerdos de mediación entre particulares en la región mediterránea”, por <i>Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor</i>	277
“La mediación transfronteriza tras la incorporación de la Directiva 2008/52/CE: Breve estudio de la Ley 5/2012”, por <i>Esther Gómez Campelo</i>	291

“Justicia restaurativa y mediación, como posible vía de solución de los conflictos derivados de crisis matrimoniales entre parejas mixtas en la región del Mediterráneo”, por *Ivana Larrosa Ibáñez* 303

PRÓLOGO

La Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) fue constituida en 1978 con el objeto de promover el estudio del Derecho Internacional Público, del Derecho Internacional Privado y de las Relaciones Internacionales. La AEPDIRI, con sus 700 miembros, engloba a la mayoría de los especialistas españoles en estas materias, lo que la convierte en un referente en nuestro país. Desde su inicio, tanto ella como sus miembros han venido desarrollando una actividad constante de estudio y análisis en las tres áreas temáticas que la componen, contando con un amplio impacto en España, Iberoamérica y otras partes del mundo a través de las distintas actividades que todos ellos organizan y de sus publicaciones, entre las que destacan las tres revistas que lidera la Asociación: la Revista Española de Derecho Internacional, la Revista Electrónica de Estudios Internacionales y el Spanish Yearbook of International Law.

No resulta fácil hablar, en un país como el nuestro, de un proyecto exitoso que perdure en el tiempo. Y, desde luego, es muy difícil hacerlo de un proyecto que englobe a personas pertenecientes a diversas realidades y sectores académicos. Nuestra Asociación comparte ambos logros y lo hace, además, consciente de que en su diversidad se encuentra su mayor fortaleza. Estamos orgullosos de ser miembros de una Asociación, como es la AEPDIRI, que, estando cercana a sus cuarenta años de edad, no sólo mantiene el impulso y la lozanía de sus orígenes, sino que busca dar un salto cualitativo en su proyección y presencia pública, convirtiéndose en un referente de necesaria consideración por los actores públicos y privados de nuestro país. Todo ello con vocación de servicio y en unos momentos de cambio radical en algunos de elementos que han compuesto nuestro entorno durante las últimas décadas.

La realidad nacional e internacional en la que surgió la AEPDIRI poco o nada tiene que ver con las circunstancias en las que actualmente se desenvuelve. Se mantiene, eso sí, la presencia entre nuestros miembros de gran parte de los máximos especialistas españoles en las tres ramas que componen la Asociación y la conciencia de la necesidad de cooperar con la sociedad civil y política de

España con vistas a hacer frente a los nuevos tiempos, que ya están aquí. La AEPDIRI tiene como uno de sus signos de identidad el hecho de constituir una asociación científica activa e inquieta, abierta a la cooperación y colaboración con todas aquellas instituciones y organismos dedicados a las materias cubiertas por ella.

La obra que el lector tiene en sus manos es reflejo de este signo distintivo de la AEPDIRI, de su voluntad abierta de hacerse presente en la realidad pública de nuestro país. El libro recoge las contribuciones realizadas a la Jornada sobre “La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el Mediterráneo”, que se desarrolló en la Escuela Diplomática el día 6 de junio de 2014, en colaboración con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Pocos lugares en el mundo presentan una historia tan rica, intensa e interesante como los países mediterráneos y, a la vez, en pocas zonas geográficas se dan tantas tensiones y una tipología tan amplia de conflictos. Esta situación, única en el planeta, exige soluciones singulares y, en esta tarea, explorar el uso de la mediación como forma de afrontarlos y resolverlos constituye una oportunidad magnífica, no solo para analizar todo el potencial que atesora esta institución, sino también para estudiar su posible extrapolación a otras realidades y los términos en que ésta puede llevarse a cabo.

Para la AEPDIRI constituye una enorme satisfacción y un orgullo colaborar con el MAEC en este apasionante proyecto sobre la mediación en la cuenca mediterránea. Estamos convencidos de que éste será el primero de otros proyectos comunes, de otras muchas oportunidades de poner la sabiduría y el buen hacer de nuestros miembros a disposición de las autoridades diplomáticas de nuestro país. Son numerosas las cuestiones y los retos que marcan la agenda de España e igualmente numerosos las respuestas que pueden ofrecerles la AEPDIRI y sus miembros. Demasiadas sinergias y beneficios mutuos como para no explorarlos unidos.

Toda iniciativa tiene siempre unos protagonistas indiscutibles que no en todas ocasiones son manifiestos. La Jornada que da base al presente libro pudo desarrollarse gracias al trabajo tan intenso como desinteresado de los Profesores Rafael Grasa, Antoni Blanc y Pilar Diago, autores del informe “Análisis y resolución de conflictos como marco para la mediación. Una propuesta orientada a la formación de mediadores en y para la región mediterránea” con que se abre la obra y que en su día fue remitido al MAEC. Sin su aceptación a la propuesta formulada por la Junta Directiva y sin su dedicación entusiasta al proyecto no hubiera sido posible este libro. Como tampoco lo hubiera sido de no contar con el trabajo meticuloso y excelente, como siempre, de la Profesora Carmen Martínez Capdevila, Secretaria de la AEPDIRI y coordinadora de la Jornada, sin la impagable ayuda en la edición del texto final de Jordi Quero Arias y sin el sólido apoyo de María Jesús Blay, siempre tan profesional. A ellos,

junto a todos los autores de las distintas comunicaciones que se recogen en esta edición, quiero transmitirles el agradecimiento de la Asociación y de su Junta Directiva, y el mío propio, por toda su dedicación y por la cálida acogida que ofrecieron a nuestra convocatoria.

No puedo acabar este breve prólogo sin agradecer al Excmo. Sr. D. Ignacio Ybáñez Rubio, Secretario de Estado de Asunto Exteriores, y a D. Jorge Vázquez Costa, Funcionario Diplomático del Gabinete SEAEX, la oportunidad que nos ofrecieron en su día de intervenir en esta iniciativa, así como a Marta Arcos, Juan Manuel Delgado y Arabia Sigrid Cantarero, colaboradores del Gabinete SEAEX, por la ayuda presentada. Igualmente, una vez más, nuestro máximo agradecimiento a la Escuela Diplomática, nuestra casa, y a su director, el Embajador José Luis de la Peña, por su generoso y constante apoyo y por habernos cedido sus magníficas instalaciones para la realización de esta Jornada.

València, 5 de enero de 2015.

Carlos Esplugues Mota
Presidente de la AEPDIRI

INFORME GENERAL

ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO MARCO PARA MEDIACIONES PÚBLICAS. UNA PROPUESTA ORIENTADA A LA FORMACIÓN DE MEDIADORES EN Y PARA LA REGIÓN MEDITERRÁNEA

Rafael Grasa

Profesor Titular de Relaciones Internacionales
(Universitat Autònoma de Barcelona)
Presidente del Instituto Catalán Internacional para la Paz

Antoni Blanc Altemir

Catedrático de Derecho Internacional Público
(Universidad de Lleida)

Pilar Diago Diago

Profesora Titular (acreditada a Catedrática) de Derecho Internacional Privado
(Universidad de Zaragoza)^{1*}

El presente texto, producto de la colaboración entre la AEPDIRI (a la que pertenecen los autores) y el MAEC, se inserta en la Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo, auspiciada por España en cooperación con Marruecos, orientada a promover la mediación como sistema de resolución de conflictos en la región^{**}. Habida cuenta de que la Iniciativa pretende crear un estado de opinión favorable a las soluciones negociadas, nuestra aportación busca dos grandes objetivos: a) mostrar el camino para lograr dicho estado de opinión, a partir de la definición de la mediación como parte del análisis y resolución de conflictos, de una tipología tentativa del tipo de conflictos presentes en la zona y un análisis

* El texto ha sido escrito por Antoni Blanc, Pilar Diago y Rafael Grasa, habiendo actuado éste último como coordinador de las diferentes contribuciones. El texto, por decisión voluntaria, prescinde de aparato de citas para conservar el sentido de trabajo aplicado con el que fue concebido a partir del encargo del MAEC.

** Se enumeran algunas de las principales acciones realizadas hasta el presente.

particular de los conflictos privados internacionales, con especial atención a la mediación intercultural; y b) mostrar, en función de lo anterior, qué tipo de capacidades deberían promoverse en el futuro. Se trata de una propuesta preliminar y necesitada de elaboraciones futuras.

Concretamente, el texto está dividido en cuatro grandes apartados. El primero establece el marco contextual y conceptual, delimitando qué se va a entender por Mediterráneo, cuál va a ser la pauta normativa y cómo entender la mediación en el marco del análisis y la resolución de conflictos. El segundo se centra en el contexto regional, partiendo de una concepción multidimensional de la seguridad, presentado una visión general de los conflictos y un ensayo de tipología y, finalmente, prestando atención particular a un tipo de conflicto en ascenso en la región, los conflictos interculturales. El tercer apartado presenta la mediación internacional en asuntos civiles y mercantiles, con una especial consideración a la mediación intercultural y a la delimitación del ámbito de referencia. Se concreta el contexto normativo y el marco conceptual y se realiza una aproximación a los conflictos respecto de los cuales la mediación puede operar. La cuarta parte presenta las propuestas a trabajar en el futuro, mediante herramientas para analizar los conflictos y para intervenir en ellos y estableciendo un mapa de lo que deberá hacerse para generar capacidades, siempre desde la dimensión de políticas públicas.

Por último, conviene recordar que, como se explicita en el apartado primero, en todo el texto el concepto de conflicto se entiende a la manera habitual en ciencias sociales, antagonismo o disputa entre partes que creen tener objetivos incompatibles sobre algo o alguien, lo que implica que los conflictos no son ni buenos ni malos, ni sinónimos de violencia o de guerra. Lo que debe lograrse, mediante la gestión y resolución de los mismos, es evitar que evolucionen hacia conductas violentas. De ahí la importancia del análisis y, en la intervención, las ventajas de una forma de negociación específica como la mediación.

1. MARCO CONTEXTUAL Y CONCEPTUAL

El presente apartado pretende establecer de forma los diversos marcos de referencia. Tiene carácter sucinto, autocontenido.

1.1 El marco de referencia: posguerra fría y cambios en la naturaleza de la seguridad y de la conflictividad armada

Como es sabido, la posguerra fría ha comportado cambios diversos en la seguridad internacional. Aludiremos concretamente a cuatro de ellos, relevantes para cualquier empeño de mediación.

En primer lugar, cambios en la naturaleza y ubicación de los conflictos armados en el mundo, con una clara disminución de los conflictos armados interestatales frente a los internos, si bien un porcentaje significativo de éstos últimos se interna-

cionalizan. En segundo lugar, los conflictos armados, así como el terrorismo (que se pueden considerar actos de violencia política intencional y directa), suponen un porcentaje relativamente pequeño de las muertes por arma de fuego que se producen en el mundo. Concretamente, según datos del Informe *Global Burden of Violence* (Declaración de Ginebra, 2011) de cada diez homicidios por arma de fuego, sólo dos se deben a violencia política intencional, frente a 8 vinculados a otras causas (inseguridad ciudadana, delincuencia transnacional y actores ilícitos, bandas juveniles, etcétera), lo que supone un reto importante para la gestión de la seguridad. La región mediterránea, pese a que los conflictos interestatales y la violencia política directa tienen mayor presencia que en el conjunto mundial, no escapa a la tendencia general. En tercer lugar, un cambio destacado es la importante presencia de actores privados de seguridad, derivada de diversos fenómenos en curso. Entre ellos, citaremos: a) la pérdida parcial del monopolio de los medios masivos de violencia por parte del Estado, a manos de actores privados, en buena medida ilícitos (grupos terroristas, narcotraficantes y grupos de delincuencia organizada, etcétera); b) el creciente recurso legal a actores privados de seguridad (empresas privadas, mercenarios); y c) la presencia en muchos conflictos armados de grupos armados no estatales. Por último, en cuarto lugar, el cambio de la concepción de seguridad, que ahora se entiende como un proceso multidimensional (con dimensiones ecológica, sociopolítica y económica, y no sólo militar), centrado en retos, peligros y amenazas de naturaleza muy diversas, que afectan no sólo a los estados sino, en particular, a comunidades, formas de vida y personas. A menudo la comunidad internacional y el mundo académico se refieren a ello empleando nociones como seguridad humana, responsabilidad de proteger y conceptos que explican cómo, en determinadas, situaciones, amenazas o retos no directamente vinculados con la seguridad se acaban “securitizando”.

Los cuatro rasgos, globalmente considerados, nos recuerdan que los conflictos en el momento presente son de naturaleza muy heterogénea, con tendencia en muchos casos y zonas a estar vinculados a diferentes causas, y que, además, no sólo afectan a Estados sino a personas. Por todo ello, disponer de herramientas para analizar los conflictos es clave para dilucidar qué conductas y escenarios pueden acaecer y, naturalmente, establecer cursos de acción. Además, esos cambios en la conflictividad violenta y en la seguridad incrementan la necesidad de recurrir a soluciones negociadas. En suma, estamos en una época caracterizada por conflictos complejos y donde las interpretaciones simplistas, maniqueas o en blanco y negro resultan imposibles.

1.2 Región mediterránea: uso restringido y amplio y escenarios de futuro

Desde hace años, al hablar de la región mediterránea surge siempre la duda sobre si considerar el área en un sentido restringido, que limita las tierras, comunidades y estados a los que se alude a aquéllas que tienen contigüidad física con el mar que denomina a la zona, o si se amplía para referirse a otras zonas limítro-

fes que, bien en el presente bien desde hace tiempo no tienen contacto físico en ninguna de sus fronteras con el mar. Así, por ejemplo, los textos estadounidenses suelen hablar siempre del Mediterráneo en un contexto ampliado, a veces muy ampliado. Además, los cambios derivados de la implosión de diversos espacios subregionales en la cuenca mediterránea, por ejemplo en los Balcanes, al crear nuevos estados, ahora sin contacto con el mar, pero tradicionalmente vinculados a la zona –cultural, geopolítica o geoeconómicamente- obligan, operativamente, a optar por una versión moderadamente ampliada, o si se prefiere extensamente restringida, de la región: consideraremos como región mediterránea toda la que incluye estados ribereños, o antiguos estados ribereños durante el período de la guerra fría. Adicionalmente, para preparar las herramientas para potenciar y formar capacidades en mediación tendremos en cuenta, dada las eventuales conexiones fácticas y causales, los estados que limitan con el espacio mediterráneo, al formar parte del eventual arco de crisis.

Por otro lado, conviene recordar algo que ya hace décadas subrayaba Braudel: aunque en el Mediterráneo casi todo evoca unidad e historia antigua, casi nada es lo que parece. Productos “mediterráneos” como el tomate, las naranjas o las berenjenas proceden de otras regiones y, por su parte, la región, en términos históricos y culturales, está lejos de ser unitaria.

Así las cosas, vamos a partir de la siguiente hipótesis: la posguerra fría ha fomentado una tendencia a la segmentación de los espacios político-estratégicos a la que no ha escapado la región, ya fragmentada *per se*. Desde el inicio de la posguerra fría, la crudeza de la fractura Norte-Sur (o centro-periferia) en la región ha reintroducido con claridad el problema de las fracturas en la región, bien visibles a un triple nivel: interregional, regional/subregional e intraestatal. El espacio mediterráneo, en esta concepción moderadamente amplia que hemos elegido para el presente texto, supone la segunda línea de fractura Norte-Sur del planeta, después del sistema Río Bravo-Río Grande que separa México de Estados Unidos. Es, por ende, un lugar que concentra un gran número de problemas no resueltos que lo convierten en una zona potencialmente explosiva: enfrentamientos armados, crisis económico-sociales, asimetrías y problemas de exclusión y distribución injusta, religiones usadas como elementos de separación e intolerancia, demografías con tendencias contrapuestas, degradación del medio ambiente y progresiva escasez de recursos naturales vitales para la supervivencia humana, presencia de idearios extremistas con gran potencial movilizador, etcétera. Dicho de otra forma, no existe nada parecido a un orden regional global o a un espacio unitario, aunque las cosas han mejorado en los últimos años. Heterogeneidad y fragmentación, conflictividad diversa y probabilidad significativa de estallidos violentos de algunos de esos conflictos definen la región en el presente.

Respecto del futuro, podemos pensar en cuatro escenarios eventuales. El primero sería el de continuidad, una situación carente de orden regional global, con

espacios fragmentados, numerosos e interrelacionados, y preponderancia de las soluciones *ad hoc* con cooperación significativa en muchos dominios y persistencia de algunos conflictos importantes (por ejemplo, el palestino-árabe-israelí) que impiden la realización significativa de marcos de cooperación estable como la Unión por el Mediterráneo. En ese marco, las iniciativas de mediación serían claves. Un segundo escenario supondría la agravación de la situación actual, con mayor fragmentación hasta llegar a una parcelación absoluta, con una total renacionalización de las políticas en el área e incluso “tribalización” de las relaciones entre las diferentes unidades políticas. En ese caso, la mediación sería importante pero sus actores sólo podrían elegirse en “universos” potenciales de candidatos muy reducidos. El tercer escenario sería el de creciente articulación de la región en torno a una “bipolaridad” Norte-Sur, con la creación de conjuntos políticos y securitarios recíprocamente ajenos y articulados mediante lógica de amenazas mutuas. Un escenario que, en la actualidad parece poco probable por la enorme interdependencia económica (asimétrica) y la clara diferencia de potencial militar y económico. El cuarto escenario, el más optimista pero no por ello improbable a medio plazo, sería el de instauración progresiva de un orden cooperativo, sin olvidar la naturaleza esencialmente conflictiva de muchas de las dimensiones y relaciones entre actores en la región, lo que permitiría crear instituciones y regímenes diversos susceptibles de identificar, gestionar y resolver el conjunto de problemas y conflictos presentes en la cuenca mediterránea.

En resumen, los escenarios uno y cuatro, y en parte el dos, subrayan la importancia de apostar fuerte por la Iniciativa a favor de potenciar el estado de opinión y las capacidades de mediación, habida cuenta que el factor clave para que se imponga el escenario cuarto, el cooperativo, es una solución aceptable y duradera al conflicto árabe-israelí, algo que depende sólo en parte de la actuación de los actores de la región. Dicho de otra forma, a corto y medio plazo el Mediterráneo necesitará de iniciativas fuertes y continuadas de mediación y éstas van a exigir no tanto, o al menos no sólo, voluntad y decisión de resolver problemas, sino particularmente capacidades de índole público, plurales y flexibles, para ello.

1.3 El marco conceptual: conflicto y análisis de conflictos

Aunque a menudo suelen usarse como palabras prácticamente sinónimas, conflicto, disputa, crisis, violencia, diferencia o guerra aluden, si se usan con precisión, a realidades distintas aunque relacionadas. De ahí que haya que empezar por definir los conceptos básicos, particularmente *conflicto*, *conflicto armado* y *guerra*.

Existen múltiples teorías psicológicas, sociológicas, politológicas, etcétera, sobre la naturaleza, causas y consecuencias de los conflictos. La gama de posiciones es tan amplia que va desde las teorías que consideran el conflicto un estado patológico a las que lo contemplan como algo inevitable. En la actualidad la

posición dominante es la que considera que la noción de conflicto es connatural al ser humano y, según cómo se gestione o se resuelva, puede constituir una de las fuerzas motrices del cambio. Y justamente ésa es la posición que seguiremos.

De acuerdo con ella, puede definirse conflicto como una divergencia o incompatibilidad en la persecución de dos o más objetivos entre dos o más actores (individuales o grupales). Habida cuenta que los objetivos perseguidos, sean personales o grupales, suelen interrelacionarse entre sí y formar un sistema, un conflicto supone una contraposición o incompatibilidad entre varios objetivos o intereses en pugna dentro de un sistema de objetivos. Sin incompatibilidad o contraposición de objetivos, no existe conflicto; pese a la virulencia que en algunos casos presentan ciertas disputas sin incompatibilidad, se trataría de pseudo-conflictos.

Los objetivos en pugna pueden ser materiales, tangibles, es decir, intereses y necesidades, o bien intangibles, es decir, motivaciones profundas como sentimientos, valores o pautas culturales. De ahí que pueda distinguirse entre conflictos de intereses y conflictos de motivaciones profundas. Los primeros son más fáciles de negociar y gestionar, buscando algún tipo de compromiso entre los intereses en pugna (negociación en función de intereses y no en función de posiciones o posturas). Los segundos, por el contrario, plantean más dificultades: han de ser resueltos, lo que, en la acepción profunda de “resolución”, supone eliminar o reformular de forma radical los valores en colisión.

La definición anterior resulta muy útil para acercarse a los conflictos propios de una zona geopolítica inestable como la región mediterránea puesto que: a) presupone la existencia de diversos niveles y escalas de conflicto; b) permite distinguir entre conflicto-incompatibilidades o contraposiciones de intereses, necesidades o valores- y violencia; y, c) permite recurrir, de forma no incompatible sino complementaria sincrónica o diacrónicamente, a instrumentos de gestión, como la mediación, de resolución o de transformación de conflictos. Dicho de otra forma, no todo conflicto implica necesariamente violencia directa entre las partes ni imposibilidad de cooperación o negociación entre los antagonistas. De ahí, pues, que puedan establecerse tipologías y asignarse probabilidades al riesgo de evolución violenta de un conflicto.

Todos los métodos comentados parten de una premisa: *antes de intervenir en un conflicto para gestionarlo, resolverlo o transformarlo, es necesario analizarlo*. Una forma de hacerlo es distinguir en cada caso sus tres elementos constitutivos, a la manera de los vértices de un triángulo: a) el problema o meollo (la divergencia o incompatibilidad); b) los actores implicados (personas, grupos, Estados...); y c) las conductas de los actores, las que pueden ser o no violenta. Precisamente la posibilidad de que exista mayor o menor probabilidad de evolución hacia formas de violencia directa, así como diversas intensidades en la

manifestación explícita de dicha violencia, permite establecer gradaciones de los conflictos dónde se dan conductas violentas.

La capacidad de intervenir en un conflicto, por ejemplo a través de la mediación, exige por tanto herramientas de análisis, que forman parte de las capacidades a aprender. Un ejemplo mostrará a qué nos referimos. Para analizar dichas gradaciones y la probabilidad de evolución violenta resulta muy útil tomar en consideración el papel respectivo de los tres vértices del conflicto antes mencionados. En primer lugar, dicha probabilidad aumenta notoriamente de permanecer irresuelto durante mucho tiempo el *problema o problemas* que encierra la contraposición de objetivos y, sobre todo, si esa incompatibilidad o contraposición afecta a necesidades básicas para la supervivencia de personas o grupos (tangibles, como el bienestar; intangibles, como la identidad o la libertad o la dignidad). En segundo, hay que señalar, a propósito de los *actores*, que en los últimos años han cobrado especial importancia factores ligados a la identidad de grupo y a los condicionamientos culturales. Así, la identidad de grupo o dichos condicionamientos alientan a menudo, percepciones de “suma nula” (nuestra victoria es su derrota; su victoria, nuestra derrota), que imposibilitan o dificultan la cooperación, la búsqueda de soluciones negociadas. En tercer y último lugar, respecto de las *conductas de los actores*, resulta clave saber que estructuras regulan las relaciones entre los mismos: la perpetuación y visibilidad de situaciones muy asimétricas para las diversas partes implicadas puede alentar la aparición de conflictos de privación relativa, o sea, de situaciones en las que los que los grupos marginados sienten que su estatus es inferior al de otros grupos y, sobre todo, menor al que tienen derecho a poseer, lo que puede exacerbar la conducta violenta (por ejemplo, “revueltas del pan”, habituales en la región).

Si prestamos atención ahora al *tipo de violencia* presente en los conflictos virulentos, nos encontramos con conflictos en que la violencia se manifiesta mediante el uso voluntario, premeditado y a menudo masivo de instrumentos diseñados específicamente para provocar daños en las personas y en su infraestructura vital, las armas. Los conflictos en que las partes recurren en algún momento al uso masivo de armas para lograr sus objetivos reciben el nombre de *conflictos armados*. En la categoría de conflictos armados entran conflictos violentos muy diferentes: luchas entre tribus, escaramuzas fronterizas, violencia interpersonal, luchas entre clanes o bandas...

De ahí que, según la intensidad, los conflictos armados pueden clasificarse en las siguientes categorías, de acuerdo con los criterios al uso del SIPRI o del Departamento de Peace Studies de la universidad de Upsala:

a) conflictos menores: aquéllos en los que se producen al menos veinticinco bajas al año pero en los que el número de víctimas a lo largo de toda la duración del conflicto no supera las mil.

b) conflictos intermedios: aquéllos en los que se producen al menos veinticinco bajas al año y en los que el número de víctimas a lo largo de toda la duración del conflicto supera las mil.

c) guerras: aquellos conflictos armados en los que se producen mil víctimas por año.

Este último concepto, pese a su centralidad para las relaciones internacionales, no dispone de una definición unívoca. De las múltiples definiciones que existen la más útil, por su amplitud y flexibilidad, es, probablemente, la de Hedley Bull en *The Anarchical Society*. Para Bull, la guerra es «violencia organizada ejercida por varias unidades políticas las unas contra las otras». La utilidad de la definición estriba en lo siguiente. Primero, entronca con la tradición moderna que considera la guerra como un fenómeno de naturaleza esencialmente política, un medio que nunca debe considerarse separadamente de su objetivo. Por decirlo con las dos célebres formulaciones de Clausewitz, entronca con la idea de que la «guerra es la continuación de la política por otros medios», «un acto de fuerza para imponer la nuestra voluntad al adversario». Segundo, abarca más fenómenos que los enfrentamientos bélicos interestatales. Tercero, subraya que la violencia empleada debe ser colectiva (lo que la distingue del conflicto violento sin más) y organizada, es decir, orientada a provocar daño a otras personas. Es, en suma, mucho más que uso de la fuerza o violencia ejercida al azar o sin propósito preciso. Cuarto, insiste en el carácter normado, reglamentado de la guerra, y, por tanto, en el hecho de que las guerras conllevan ciertas reglas y costumbres, como por ejemplo el derecho de guerra y el derecho internacional humanitario. Quinto, establece que sus actores deben ser unidades políticas, es decir, organizaciones políticas (sean o no Estados) que recurren a la violencia masiva y organizada.

En síntesis, la guerra presupone violencia organizada, de naturaleza social (no simple violencia interpersonal), focalizada y dirigida (encaminada a lograr ciertos objetivos), a la que recurren unidades políticas para lograr objetivos o finalidades expresadas o expresables en términos políticos. Naturalmente, pueden establecerse tipologías de la guerra, lo que supone responder a la pregunta ¿cuántos tipos de guerra existen?, pero la respuesta depende de los aspectos que se consideren para establecer la tipología. De ahí que las tipologías sean innumerables. Entre los factores considerados cabe destacar los siguientes: a) el lugar en que se ubican las guerras (por ejemplo, dentro o fuera de las fronteras de un Estado); b) el número de participantes en cada bando; c) la naturaleza de los participantes (medida, por ejemplo, en términos de poder político o bien de sus capacidades militares); d) el tipo de medios empleados, así como su coherencia con los fines perseguidos; e) las consecuencias que provocan, por ejemplo, el número de bajas.

Si consideramos el *lugar* en que se desarrollan, la principal distinción es la que separa «guerras intraestatales» de «guerras transfronterizas o interestatales».

En cuanto al *número de participantes*, Lewis F. Richardson mostró ya antes de la Segunda Guerra Mundial que la distinción básica es entre «guerras diádicas» (un actor en cada bando), las más frecuentes históricamente, y «guerras con más de dos actores por bando», mucho más complejas (por ejemplo, las dos guerras mundiales u otras guerras generales). Las tipologías derivadas de la consideración de la *naturaleza de los participantes* son múltiples, por lo que sólo nos ocuparemos de dos de ellas. Por un lado, puede diferenciarse -como hace el proyecto «Correlates of War»- entre «guerras interestatales» (al menos uno de los contendientes de cada bando pertenece al sistema interestatal, es decir, es un Estado) y «guerras extrasistémicas», donde eso no es preciso (por ejemplo, las guerras coloniales o imperiales). Por otro, cabe distinguir, como hace John Vasquez, entre «guerras de rivalidad» (guerras entre iguales) y «guerras de desigualdad» (actores con capacidades asimétricas). Considerando el *tipo de medios* utilizados, podemos distinguir entre «guerras totales» (alta movilización de la sociedad y eventual utilización de todos los recursos disponibles) y «guerras limitadas» (con mayores restricciones tanto en los medios como en el escenario y forma en que se combate). A partir de la aparición de las armas de destrucción masiva (nucleares, químicas y biológicas), se diferencia también entre «guerras NBQ» (se contempla el uso de todas o algunas de las tres categorías de armas de destrucción masiva) y «guerras convencionales» (en éstas no se considera el uso de armas de destrucción masiva). Por último, la consideración de una de las posibles *consecuencias*, el número de *bajas*, ha inspirado múltiples taxonomías que dejamos de lado.

En síntesis, en el texto hemos optado por la definición dominante en ciencias sociales: las situaciones de conflicto entendidas como situaciones en que diversos actores mantienen pugna por lograr simultáneamente objetivos que consideran incompatibles, son inevitable en cualquier relación social. Por tanto, como se mostrará luego en el apartado II habituales en la región, dentro de cada país y entre países. Un particular tipo de conflicto, atendiendo a las conductas de los actores directamente implicados son los conflictos violentos, una subcategoría de los cuáles son los conflictos armados. Por último, un tipo concreto y particular de conflicto armado es la guerra. La consideración, empero, de qué tipo de guerra queda fuera, en este contexto de nuestro interés.

1.4 El lugar de la mediación en el análisis y resolución de conflictos

Como hemos dicho, toda intervención en un conflicto, con objeto de gestionarlo o resolverlo, exige un análisis previo, en particular en el caso de que se opte por una estrategia negociada. Concretamente, podemos decir que existen cuatro estrategias posibles de gestión de los conflictos: a) coacción, violencia e imposición; b) disuasión y/ o contención, para evitar escaladas; c) procedimientos judiciales o arbitrajes; y d) soluciones negociadas, con interacción directa entre las partes o con ayuda de terceros, justamente el terreno en que se ubica, como una de las opciones, la mediación. Las estrategias tercera y cuarta entran en el capítulo VI de

la Carta de Naciones Unidas, el arreglo pacífico de controversias. En el terreno de las negociaciones con ayuda de terceros se puede distinguir entre buenos oficios, facilitación y mediación.

Aunque menudean las definiciones sobre qué entender por mediación, podemos definirla como cualquier tipo de acción llevada a cabo por un actor no directamente implicado en un conflicto o crisis encaminada a reducir o eliminar problemas en las negociaciones entre las partes o/y a lograr la solución definitiva de los motivos de la disputa. Dicho de otra forma, la mediación presupone actividades de intermediación de las terceras partes con la intención de alcanzar un compromiso sobre los asuntos en disputa o para poner fin, temporal o definitivamente, a conductas extremas en la situación de conflicto. En suma, una negociación asistida, lo que pone un gran énfasis en la conducta de quién asiste, del mediador.

La mediación se ha desarrollado mucho en las últimas décadas en la esfera internacional, así como en la interna, en este último caso muy vinculada a lo que se ha llamado resolución alternativa de disputas, es decir, técnicas que evitan la vía judicial. La literatura que se ha generado en el terreno internacional se puede clasificar en cuatro grandes tipos de estudios o enfoques. El primero, el de los estudios prescriptivos, es decir, aquéllos que optan por señalar la forma de actuar, identificando buenas prácticas a través de casos reales y sistematizándolas en forma de reglas claras, etapas y pasos a seguir. Un buen ejemplo es el Programa de Harvard, representado por los libros de Fisher y Ury. Un segundo tipo de estudios o enfoques son los teóricos, orientados a establecer teorías generales sobre la naturaleza de los conflictos, la forma de intervenir y la manera de mediar, bien basados en aproximaciones como resolución de problemas (*problema solving*) o en investigación experimental. Trabajos como los de Burton, Doob Fisher o Kellman serían buenos ejemplos. El tercer tipo de estudios es el que, basándose en la teoría de juegos y en la acción colectiva, identifica situaciones específicas así como estrategias y conductas de los actores, a partir de la presunción de racionalidad en sus conductas y maximización de sus intereses. A menudo distinguen entre situaciones en que se negocia una o más incompatibilidades y entre dos o más actores, puesto que el último caso permite alianzas y coaliciones. Los trabajos de Raiffa serían bien representativos. Por último, un amplio número de estudios se dedican a casos concretos, es decir, son estudios de caso, que describen y analizan situaciones reales de mediación.

En cualquier caso, todo ello ha permitido establecer, para el caso que ahora nos ocupa, algunas regularidades y generalizaciones que serán muy útiles para formar capacidades.

De momento nos limitaremos con destacar dos aspectos.

El primero, que la mediación, derivada del análisis de conflictos, y como parte de los esfuerzos de resolución, tiene una serie de *rasgos distintivos*: a) supone

una apuesta por la gestión pacífica; b) implica siempre la actuación de terceros; c) se orienta a influir en el conflicto, para modificarlo, contenerlo o resolverlo; d) es una intervención no coactiva, voluntaria o no obligatoria para mediadores y actores directos, imparcial y no violenta; e) tanto el contexto como las habilidades y aptitudes de los mediadores tienen un papel clave en los resultados; y f) funciona siempre sobre bases *ad hoc*, caso a caso, derivadas del análisis concreto de cada conflicto, aunque se pueden establecer pautas generales.

El segundo, el relacionado con *las características y técnicas que deben pedirse a los mediadores*, algunas generales y otras derivadas de cada conflicto concreto, lo que, en situaciones específicas, requiere conocimientos sustantivos sobre el motivo de la incompatibilidad y no sólo habilidades procedimentales e instrumentales. De momento, nos limitaremos a señalar algo que recogeremos en el apartado conclusivo. Las habilidades del mediador, que refieren formación y práctica, se pueden ordenar en tres grandes tipos de conductas, las que, justamente, deberá ejercer en cada caso el mediador. Concretamente, podemos distinguir entre: las *habilidades y estrategias comunicativas* (contactos entre las partes, confianza, organización de interacciones, escucha activa y resúmenes...); *habilidades y estrategias de formulación y desarrollo de las negociaciones* (elección de lugar, tempo, control de las reuniones, protocolos, agenda y ritmo de negociación, capacidad de integración de posiciones...); y, por último, *habilidades y estrategias de gestión de problemas* (mantener a las partes en la mesa, cambiar expectativas de las partes, manejo de incentivos y penalizaciones, informaciones sobre el coste del desacuerdo...).

En cualquier caso, en la región mediterránea si bien la mediación nunca logrará transformar una situación conflictiva por sí misma, puede ser de gran ayuda para gestionar conductas de las partes directamente implicadas en situaciones conflictivas, para mejorar la confianza y ensayar soluciones que, con o sin ayuda de nuevas negociaciones, permitan la gestión del conflicto y coadyuven a su resolución. La transformación, es decir, la llegada a una situación en que nuevos conflictos, entendidos como disputas, tengan casi nula probabilidad de devenir violentos vendrá luego y con ayuda, probablemente, de otros instrumentos adicionales

La mediación por tanto forma parte de los instrumentos del análisis y resolución de conflictos, que, en el caso del Mediterráneo, como ya hemos dicho y veremos ahora, son múltiples y heterogéneos en un contexto de seguridad multidimensional y de espacio regional prolija y diversamente fragmentado.

2. SEGURIDAD Y CONFLICTOS EN LA REGIÓN MEDITERRÁNEA

Nos ocuparemos ahora de la seguridad y de los conflictos en el contexto regional mediterráneo, procediendo de lo más general a lo más concreto.

2.1 La región mediterránea en una perspectiva de seguridad multidimensional

Como hemos dicho, el contexto general de la seguridad ha cambiado en el mundo, y, también en la región. La persistencia de los conflictos presentes o latentes en el Mediterráneo –en particular el de Oriente Próximo- con todo su potencial de inestabilidad, han marcado durante los últimos años no sólo las dinámicas internas de la región, sino también y de forma particular la agenda de todo el proceso euromediterráneo. A pesar del voluntarismo tantas veces demostrado de la UE, y en particular de uno de sus estandartes más visibles durante los últimos años como ha sido el proceso de Barcelona, puede afirmarse al efecto que éste ha estado prácticamente ausente en todos los conflictos con potencial más violento surgidos en las riberas sur y este mediterráneas. En efecto ni la UE, ni el proceso euromediterráneo (PEM) han tenido un papel decisivo, lo que vale también para el conflicto de Libia, ni siquiera influencia alguna en los distintos conflictos que han azotado la orilla sur del Mediterráneo, más allá del sempiterno conflicto de Oriente Próximo: ni en la sangrienta guerra civil “larvada” que se desarrolló en Argelia durante toda una década tras la victoria del FIS en 1992 y que causó más de ciento cincuenta mil muertos; ni en el conflicto del Sáhara Occidental, ni tampoco en un conflicto menor como el de la Isla de Perejil entre España y Marruecos.

Podría objetarse frente a esta postura que el PEM no pretendía solucionar el conflicto de Oriente Próximo pues en el momento de realizarse la conferencia de Barcelona, aquél parecía encontrarse en vías de solución en el marco entusiasta y casi eufórico que habían propiciado la Conferencia de Madrid y los Acuerdos de Oslo –ambiente que no debemos ignorar planeó sobre el desarrollo de la conferencia de Barcelona- ni tampoco otros conflictos presentes o latentes en la región. Sin embargo, no es menos cierto que a pesar de este “abstencionismo”, el PEM intentó crear las bases de un mecanismo de prevención de conflictos, más que de resolución de los mismos, a través del diálogo y el entendimiento que propiciarían un escenario más favorable para la paz y la estabilidad en el Mediterráneo.

El fomento del diálogo político se incluyó en la Declaración de Barcelona como una de las cuestiones centrales de este primer cesto, partiendo de la convicción de que el establecimiento de vías estables y regulares de comunicación entre la UE y los PSM constituiría una garantía para la prevención de conflictos, así como para favorecer la confianza mutua, no sólo entre ambas riberas mediterráneas sino también entre los propios PSM. Sin embargo, durante estos ya casi veinte años de andadura, el diálogo desarrollado no puede calificarse de relevante sino más bien de limitado y formal.

A falta de una estructura permanente, aquél se ha materializado en la práctica a través de los gobiernos y de sus representantes en el seno del Comité de Bar-

celona, modelo que ha demostrado sus limitaciones durante estos años, dada la carencia de institucionalización que ha caracterizado al PEM, lo que ha repercutido negativamente en su visibilidad, prácticamente inexistente o muy limitada a lo largo de todos estos años.

En efecto, el PEM ha debido afrontar las dificultades derivadas de una situación muy compleja en el Mediterráneo en el que las cuestiones de seguridad tradicional o de *hard security* (conflictos inter-estatales, proliferación de armas...) se han entrelazado con las cuestiones de seguridad en sentido amplio o *soft security* (lucha contra el terrorismo, criminalidad organizada...).

Con las turbulencias que se han desarrollado recientemente en la región mediterránea, cuyas ondas sísmicas todavía no han terminado, se abre una fase de contornos inciertos. La evolución de los acontecimientos tras las primeras elecciones democráticas en Túnez, la inestable transición en Egipto, la situación en Libia tras la intervención de la OTAN, así como la inquietante deriva de la situación en Siria con todo su potencial de inestabilidad en el tablero de Oriente Medio, dibujan un escenario de alto riesgo para la seguridad en el Mediterráneo que requerirá mayores esfuerzos de cooperación en este ámbito, y en el que la hasta ahora existencia lánguida de la UpM, debería revitalizarse, en la medida en que permite reforzar la dimensión regional y multilateral de las relaciones euromediterráneas.

2.2 Los conflictos en la región: visión general y ensayo de tipología

El Mediterráneo constituye, pues, una zona de múltiples fracturas sociales, económicas, políticas, culturales y religiosas, que generan focos de inestabilidad susceptibles de desembocar en la aparición de diversos tipos de conflictos, incluyendo los armados, como se ha demostrado en Oriente Medio, en los Balcanes, en Argelia, y más recientemente en Libia y Siria.

Las fuentes de conflictos potenciales son las reivindicaciones territoriales, la delimitación de fronteras, las tensiones intercomunitarias, los procesos de transición política, el subdesarrollo y los desequilibrios, demográficos que generan a su vez un incremento de la presión migratoria, y el acceso a los recursos naturales en particular, el agua dulce y los hidrocarburos. A ellos se suman el terrorismo, la delincuencia organizada, la presencia de minorías étnicas, lingüísticas, culturales o religiosas, así como los factores medioambientales, como la desertización o la contaminación marina o terrestre, en un marco global de cambio climático que afecta particularmente a la región.

Transcurridos ya más de tres años desde el estallido de la primavera árabe en las riberas sur y este mediterráneas que han provocado profundas transformaciones en el panorama político y social de estos países, con un final todavía incierto en la mayoría de ellos, en particular en Siria -con su potencial contagio

a Líbano- por el conflicto armado que ya se ha cobrado más de ciento cuarenta mil muertos y millones de refugiados, pero también en Libia y Egipto, cuyos procesos de transición presentan todavía una gran inestabilidad, puede afirmarse que estas situaciones unidas al resto de factores de conflictividad constituyen un desafío de grandes dimensiones para la estabilidad geopolítica del Mediterráneo.

Sin lugar a dudas, la estabilidad en la región mediterránea estará condicionada durante los próximos años por el rumbo que adopten los diferentes procesos de transición en el vecindario sur mediterráneo, pero también estará marcada por la evolución de otros escenarios conflictuales no menos preocupantes tanto en la propia región: la resolución del conflicto sirio o la deriva del conflicto árabe-israelí, como en regiones vecinas, en particular el Sahel, pero también el Golfo Pérsico. Por otra parte, conviene señalar que la intervención cada vez más directa de potencias regionales como Turquía o Arabia Saudí, sin olvidar la necesaria reorientación de las relaciones euromediterráneas, en las que la UE, sin dejar de mirar al Este, debe prestar más atención a su flanco Sur, constituyen igualmente factores a tener en cuenta por su capacidad de incrementar la tensión conflictual, pero también de contribuir a su resolución.

Las diferentes tipologías de conflictos en la región mediterránea determinan un escenario muy complejo en el que cualquier intento de sistematización resulta ciertamente arriesgado. No obstante, y dejando al margen de este informe el conflicto árabe-israelí o palestino-israelí por su naturaleza específica y diferenciada, consideramos oportuno abordar este reto, estableciendo unos criterios amplios de ordenación sistemática que intenten arrojar luz en un escenario conflictual realmente poliédrico:

PROPUESTA TENTATIVA DE TIPOLOGÍA

A- Conflictos interestatales de naturaleza territorial:

- 1.- España-Reino Unido (Gibraltar).
- 2.- España-Marruecos (Ceuta, Melilla y diversos peñones e islas de la costa norteafricana: Islas Chafarinas, Peñones de Alhucemas y Vélez de la Gomera e islote de Perejil).
- 3.- Marruecos- Argelia (cierre de fronteras desde 1994).
- 4.- Turquía-Grecia (delimitación de aguas territoriales en el Egeo).
- 5.- Eslovenia-Croacia (bahía de Piran).

B- Conflictos internos:

- 1.- Armados: Siria.
- 2.- De transición política: Túnez, Libia, Egipto, Líbano.
- 3.- De naturaleza compleja: Chipre, Sáhara, Kosovo.
- 4.- Identitarios, étnicos y religiosos: Turquía (minoría kurda); Macedonia; Bosnia-Herzegovina; Albania; Grecia (minoría musulmana turca y “pomak” en Tracia); Egipto (coptos); Líbano; Argelia y Marruecos (minoría bereber).

C- Conflictos y factores de riesgo de alcance regional:

- 1.- Movimientos migratorios: España (Ceuta y Melilla); Italia (Lampedusa), Grecia, Malta. Refugiados conflicto sirio (Turquía, Líbano, Jordania).
- 2.- Terrorismo (Magreb, UE).
- 3.- La delincuencia organizada: el tráfico ilícito de inmigrantes, de seres humanos, de drogas, de armas y crímenes medioambientales.
- 4.- Medioambientales: contaminación marina, desertización y cambio climático.
- 5- Recursos naturales:
 - a) Hídricos: Jordán (Israel, Jordania y Autonomía Palestina), Tigris y Éufrates (Turquía, Siria e Irak).
 - b) Hidrocarburos: Argelia (amenaza terrorista a la distribución de gas) y Libia (recuperación producción tras el conflicto); Turquía (paso de oleoductos y gasoductos con trazado alternativo al paso por Rusia); interrelación con regiones vecinas productoras de petróleo y gas (Golfo Pérsico, Mar Negro) y zonas de tránsito (Mar Caspio).

2.2.1 Conflictos interestatales

En cuanto a los *conflictos interestatales*, se producen entre dos Estados, generalmente por un contencioso territorial que o bien se centra en la reivindicación de un territorio bajo la soberanía del otro Estado (Gibraltar-Reino Unido; Ceuta, Melilla, peñones e islotes-España) o en la delimitación de fronteras terrestres o de límites marítimos (Marruecos-Argelia; Turquía-Grecia; Eslovenia-Croacia). Conviene destacar igualmente que ninguno de ellos se encuentra activo en fase violenta o de crisis con riesgo de escalada en la actualidad, aunque si son susceptibles de provocar incidentes aislados que pueden generar escenarios de crisis entre las partes implicadas (España-Marruecos por el islote de Perejil en

2002; Turquía y Grecia por los límites en el espacio marítimo y aéreo en el Egeo, en diversas ocasiones, una de las más graves en 1986).

La delimitación y consiguiente apertura de la frontera entre Marruecos y Argelia, en el corazón del Magreb, continúa marcando las relaciones bilaterales con diferentes picos de tensión y ramificaciones manifiestas con el conflicto del Sáhara. El paso cada vez más numeroso de migrantes procedentes de países subsaharianos a través de la porosa frontera, ha llevado recientemente a Marruecos a plantear la posibilidad de construir una valla para evitar dicho paso.

En cuanto a otras controversias relativas a la delimitación marítima o terrestre, conviene señalar la de la bahía de Piran entre Eslovenia y Croacia, que retrasó las negociaciones para la adhesión de Croacia en la UE. Tras la victoria por escaso margen en el referéndum convocado en Eslovenia para ratificar el acuerdo alcanzado por ambos países, se constituyó el Tribunal de Arbitraje, formado por cinco árbitros. Posteriormente, ambas Partes enviaron en febrero de 2013 los respectivos memorandos a dicho Tribunal con las posiciones de ambas Partes. El laudo, que difícilmente se producirá antes de 2015, supondrá un paso clave para resolver un conflicto sobre la delimitación de las fronteras marítimas entre ambos países que dura ya dos décadas.

2.2.2 Conflictos internos

Por lo que respecta a los *conflictos internos*, a efectos simplemente expositivos, sin entrar en análisis, proponemos una subdivisión entre cuatro tipos: 1) armados; 2) de transición política; 3) de naturaleza compleja; y 4) étnico-religiosos. La razón de la propuesta radica en la diversidad causal de los conflictos internos presentes o latentes en la región mediterránea, motivados por diversos factores entre los que aparecen con mucha frecuencia las causas étnicas, religiosas o políticas, siendo en ocasiones difícilmente identificables en una sola categoría causal al ser provocados por un conjunto diversificado de ellas. Como suele decirse en análisis de conflictos, las causas estructurales o subyacentes, las causas multiplicadoras o aceleradoras de la escalada y las causas inmediatas o detonantes no siempre pertenecen al mismo tipo de factor o tipo de causalidad.

a) Conflictos armados

El único *conflicto armado* plenamente activo en la región mediterránea es el referido a Siria, con casi tres años de recorrido desde su inicio, y con más de ciento cuarenta mil muertos, entre los que casi cincuenta mil son civiles. A pesar de que las cifras son difíciles de verificar por el secretismo de las partes a la hora de divulgar sus víctimas y muertes, como ocurre en otros conflictos armados, más de 18.000 personas se encuentran “desaparecidos”, en las cárceles del régimen, y más de 7.000 soldados y leales al gobierno de el Asad, apresados por los rebeldes. Además de estas cifras, trágicas, el conflicto ha provocado más

de 2,3 millones de refugiados, principalmente en los países limítrofes y más de 4 millones de desplazados en el interior del país, lo que constituye sin duda el principal desastre humanitario en el momento presente.

A pesar de la labor realizada por el mediador de las Naciones Unidas para Siria, Lajdar Brahimi, conviene señalar que la segunda ronda de las conversaciones de paz sobre Siria (Ginebra II) terminó el 14 de febrero de 2014 sin avances significativos, ya que las partes tan sólo acordaron celebrar una tercera ronda en una fecha todavía sin especificar, aunque con un acuerdo de mínimos sobre la agenda a tratar cuando ésta se celebre. Entre estos temas se encuentra el terrorismo, cuestión primordial para el gobierno sirio, cuyo tratamiento antepone a cualquier otro asunto, siendo la cuestión de crear un organismo para la transición nacional, el principal tema para la oposición hasta el punto de rechazar acudir a una tercera ronda de conversaciones de paz si no se aborda este punto.

Mientras tanto, la resolución del conflicto aparece lejana por varias razones. En primer lugar por la imposible intervención del Consejo de Seguridad dado el veto reiterado de Rusia y China, aunque Francia desea volver a intentar que el Consejo apruebe una resolución estableciendo corredores humanitarios que el gobierno sirio rechaza aludiendo que los rebeldes lo utilizarían con fines militares. En segundo lugar, por la progresiva internacionalización del conflicto –los rebeldes reciben el apoyo de países de mayoría suní (Arabia Saudí y Qatar), y de grupos radicales suníes como Al Qaida y otros extremistas, mientras el régimen tiene el apoyo de países de mayoría chií (Irán, cuya invitación a participar en la conferencia de Ginebra fue retirada posteriormente) y de milicias chiíes, como la libanesa Hezbolá). En tercer lugar, por el hecho de que el régimen de El Asad acudió a las negociaciones de Ginebra del primer trimestre de 2014 notablemente más reforzado que a las anteriores celebradas en junio de 2012, no sólo por sus avances militares, sino también por las reacciones más matizadas de la comunidad internacional, temerosa de la presencia yihadista en las filas de la oposición al régimen, lo que permitió al gobierno sirio no alterar el rumbo y seguir apostando por la solución militar al conflicto.

b) Conflictos de transición política

Respecto de los *conflictos de transición política*, conviene señalar que aunque la mayoría tienen su origen en la llamada “Primavera árabe”, la evolución seguida por cada uno de ellos presenta unas especificidades que les diferencian entre sí. En Túnez, país donde se iniciaron las revueltas árabes, la sociedad ha forzado a islamistas y laicos a culminar la transición democrática con una Constitución, aprobada por la Asamblea Nacional en enero de 2014, que consagra el carácter civil del Estado. El gobierno independiente formado poco antes de la aprobación de la nueva Constitución, a cuya presentación en

la Asamblea tunecina acudió el entonces Príncipe de Asturias, deberá organizar unas elecciones legislativas y presidenciales transparentes, celebradas a finales de 2014.

Sin embargo *Libia*, más de tres años después del levantamiento armado y de la intervención internacional que acabó con la dictadura de Gaddafi, está sumida en la violencia y el caos, motivado por una crisis política, económica y de seguridad. Además de los violentos enfrentamientos en algunas ciudades, en particular en la ciudad meridional de Sebha, los rumores de golpe de Estado y la falta de seguridad provocada principalmente por la proliferación de armas y por la incapacidad del gobierno de integrar a las milicias armadas en los cuerpos de seguridad del Estado, se mantiene la drástica caída de la producción petrolera que constituye la principal riqueza del país. Por otra parte, no parece alcanzable el objetivo trazado recientemente por el Parlamento libio a principios de febrero, de aprobar la nueva Constitución en el presente año 2014. De hecho, la evolución de la situación del país no deja de empeorar progresivamente.

En cuanto al caso de *Egipto*, tras el golpe de Estado del mes de julio de 2013 y la destitución del primer presidente egipcio elegido democráticamente, Mohamed Morsi, se ha desatado una represión contra los Hermanos Musulmanes que ha llevado al encarcelamiento de su cúpula, la muerte de unos dos mil seguidores y la declaración de la Hermandad como ilegal y “organización terrorista”. Una vez aprobada una nueva Constitución a mediados de enero de 2014, en un referéndum con un 38% de participación y un 98 por 100 de votos afirmativos, la convocatoria de elecciones legislativas y presidenciales representan las últimas etapas del proceso de consolidación institucional del nuevo régimen tutelado por los militares. Según la nueva hoja de ruta presentada por el presidente interino Mansur, se han celebrado las elecciones presidenciales ampliamente ganadas por el general Al Sisi y se han convocado las legislativas para la primavera de 2015.

Finalmente y en relación con *Libano*, desde el inicio del conflicto sirio la seguridad en este país, siempre frágil, se ha deteriorado por el efecto contagio de la guerra civil que se desarrolla desde hace tres años en el país vecino. A los bombardeos que se llevan a cabo contra zonas controladas por Hezbolá desde el otro lado de la frontera por grupos yihadistas que luchan contra el régimen sirio, se unen enfrentamientos sectarios entre chiíes y suníes, atentados terroristas y secuestros. El nuevo gobierno formado a mediados de febrero de 2014, tras diez meses de intentos frustrados, a través de la fórmula 3x8 (ocho ministros para la alianza “14 de Marzo”, ocho ministros para la alianza “8 de Marzo”, y ocho ministros designados por el presidente de la república) tiene por lo tanto como objetivo principal estabilizar el país y evitar a toda costa el contagio sirio.

c) Conflictos de naturaleza compleja

Llegamos a lo que hemos denominado *conflictos de naturaleza compleja*, aludiendo a la presencia causal de diferentes factores, de forma significativa, en su génesis, desarrollo y evolución. En esta categoría ubicaremos los conflictos del Sáhara, Chipre y Kosovo. En el caso de Kosovo, si bien no es país estrictamente mediterráneo, en su sentido restringido, puede considerarse como parte integrante de la geopolítica mediterránea, al igual que ocurre con Portugal, Mauritania o Jordania.

En cuanto al *Sáhara*, el conflicto parece haber entrado en una fase latente, pues aunque el alto el fuego declarado en 1987 y controlado por la Misión de Naciones Unidas (MINURSO) desde 1991, lo ha pacificado en la práctica, no ha conseguido por contra contribuir de una manera definitiva a su resolución. Las reivindicaciones saharauis de ejercicio del derecho de autodeterminación y la celebración de un referéndum no parecen hoy por hoy viables en el marco de las relaciones de poder existentes en el Magreb, entre dos Estados como Argelia y Marruecos con visiones diametralmente opuestas ante el conflicto, lo que condiciona a su vez las relaciones bilaterales, como ya ha sido expuesto. Por otra parte, las propuestas de autonomía ofrecidas por Marruecos, o las diferentes opciones propuestas por el enviado-representante del Secretario General de las Naciones Unidas, Christopher Ross, chocan contra la postura saharauí, legítima pero difícilmente viable en la práctica. Los planes en curso, en el marco de un nuevo plan de desarrollo para Marruecos, con el fin de cambiar la naturaleza y el monto de los subsidios a las zonas bajo autoridad marroquí, tendrán probablemente un impacto significativo.

Por lo que se refiere a *Chipre*, dividida desde 1974 tras la ocupación militar turca de aproximadamente un tercio de la isla y posterior proclamación de la República Turca del Norte de Chipre, tan sólo reconocida por Turquía, los intentos de solución del conflicto han pasado por la propuesta de reunificación que desembocaron en el referéndum de 2004, organizado por las Naciones Unidas, justamente antes del ingreso en la UE. Aunque los turcochipriotas del norte, con un desarrollo mucho menor, votaron mayoritariamente a favor de la reunificación, los grecochipriotas rechazaron la propuesta con el argumento de que el norte está ocupado militarmente y por lo tanto de forma ilegal, por lo que la única solución es la retirada del Ejército turco. No obstante, tras el colapso de la economía grecochipriota en 2013, y con el trasfondo siempre presente de las negociaciones para la adhesión de Turquía a la UE, parece que algo se está empezando a mover, como lo demuestra el reciente inicio de conversaciones para la reunificación de la isla entre los presidentes turcochipriota y grecochipriota, bajo supervisión de la representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas para Chipre, y jefa de la Misión UNFICYP, Lisa Buttenheim.

En cuanto a *Kosovo*, país balcánico que podemos considerar mediterráneo en un sentido ampliado, reconocido por más de cien países miembros de las Naciones Unidas, pero con ausencias notables como China y Rusia y cinco miembros de la UE, entre ellos España, tras su declaración unilateral de independencia de Serbia en 2008 efectuada casi diez años después de la controvertida intervención de la OTAN en dicho territorio sin autorización expresa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, cuya Resolución 1244, que reafirma la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia, continúa siendo el principal argumento para el no reconocimiento por parte de muchos Estados. En la actualidad Kosovo, con graves problemas socioeconómicos y de crimen organizado según la Comisión Europea, y de convivencia no definitivamente resueltos en la zona norte de mayoría serbia donde se crearon estructuras paralelas de justicia y de policía, ha iniciado recientemente conversaciones con Serbia para una progresiva normalización de sus relaciones.

d) Conflictos identitarios, étnicos y religiosos

Los *conflictos identitarios, étnicos y religiosos* están muy presentes en la región, puesto que el Mediterráneo es un espacio multiétnico, en el que además tienen su origen las tres religiones monoteístas: judaísmo, cristianismo e Islam, y en el que siempre han convivido pueblos, comunidades y grupos nacionales con diferentes culturas, tradiciones y religiones. Las minorías étnicas y religiosas están presentes en muchos países mediterráneos pero su presencia no implica automáticamente conflictividad, pues la aparición de ésta se halla en muchas ocasiones ligada a la ausencia de democracia, tolerancia y respeto a los derechos de las minorías por parte de los gobiernos, lo que en determinadas ocasiones va acompañado de aspiraciones de autogobierno y tendencias irredentistas que a su vez pueden provocar eventuales crisis políticas sin descartar episodios de violencia armada. Ejemplo de estos últimos lo constituye la minoría kurda en Turquía, que representa más del 15% de la población total turca, y que desde que el PKK se alzó en armas contra el Estado turco en 1984 ha costado más de 40.000 muertes. En el marco de un proceso de paz entre el PKK y el Estado turco, iniciado a finales de 2012, la milicia kurda decretó un alto el fuego unilateral en marzo de 2013 que fue seguido por el inicio de una retirada en mayo del mismo año. En la actualidad, el PKK ya no reivindica la independencia sino mayor autonomía para la región mayoritariamente kurda del sudeste turco así como el reconocimiento de toda una serie de derechos políticos y sociales que el gobierno turco empieza a reconocer aunque de una manera muy tímida en el contexto de su compleja negociación de adhesión a la UE.

En los países mediterráneos balcánicos existen igualmente minorías que presentan grados diversos de integración y conflictividad: Macedonia (donde coexisten la minoría étnica eslava, con la albanesa, turca, gitana y rumana, entre otras), en Bosnia-Herzegovina (donde existe la minoría bosniaca, mayoritaria, así como la serbobosnia y la bosnio-croata, que es la más minoritaria) en Albania

(donde existen minorías griega, rumana y macedonia-eslava, que residen respectivamente en el sur y este del país). En Grecia donde existe una minoría de albaneses que se trasladaron al país helénico tras la caída del comunismo y que ha generado diversos conflictos. Otras minorías menos significativas son la serbia, rumana o búlgara, estando presentes en Tracia las minorías turca, pomaca y gitana. La convivencia entre minorías en Grecia se ha visto afectada últimamente por la actitud de partidos neonazis, nacionalistas y xenófobos como Amanecer Dorado.

También en el Mediterráneo sur y este existe una presencia significativa de minorías como la bereber en Marruecos, donde aproximadamente el 40 por 100 de la población total habla alguna lengua bereber (desde el Rif al borde del Sáhara) y en Argelia (Cabilia) en el que el porcentaje se sitúa entre el 25 y el 30 por 100, y donde presenta un matiz más políticamente identitario. En Egipto, los cristianos coptos constituyen la minoría etnoreligiosa más numerosa del país (alrededor del 10 por 100 de la población total). Perseguidos durante muchas épocas de la historia egipcia, han sido objeto de acciones violentas desde que estallaron las revueltas contra Mubarak, y más recientemente ha habido persecución y quema de hasta cuarenta iglesias coptas perpetradas por islamistas radicales por el apoyo prestado por la comunidad copta al golpe de Estado del Ejército contra Mohamed Morsi.

El factor religioso está muy presente en Líbano, donde ha producido numerosos conflictos en ocasiones violentos, entre facciones políticas y religiosas mayoritarias: musulmana (con un porcentaje similar de suníes y chiíes) y cristiana (maronitas, ortodoxos y católicos entre otros), recrudecidos recientemente por el peligro de contagio sirio. El factor religioso está presente en el reparto del poder, acordado en los años cuarenta del siglo XX y sujeto luego a la diferente evolución demográfica: el presidente ha de ser cristiano maronita; el primer ministro, musulmán suní y el presidente del Parlamento, musulmán chií. Recientemente, ha dado lugar a la formación de un nuevo gobierno mediante la fórmula 3x8, como ya ha quedado dicho.

2.2.3 Conflictos y factores de riesgo de alcance regional

Entre ellos destacaremos los siguientes:

a) Movimientos migratorios

En primer lugar los causados por los *movimientos migratorios* que afectan de manera especial a los países mediterráneos del Norte, en particular España, Italia y Grecia, pero también a los países del Sur (en particular Marruecos, Argelia y Túnez) en cuanto países no solamente potenciales exportadores de población migratoria hacia el Norte, sino también como países de tránsito de flujos

migratorios procedentes de la región subsahariana. Otros países de la región mediterránea como Turquía son actualmente países de tránsito de migración asiática hacia la UE. Aunque el fenómeno tiene una dimensión regional y está vinculado a menudo con otros factores como la integración en las poblaciones de acogida, la xenofobia o la convivencia de religiones y culturas “importadas” con las autóctonas, es en determinados países donde se focaliza el fenómeno de una forma más patente: Italia con Lampedusa; España con las vallas de Melilla y de Ceuta, últimamente objeto de atención política y mediática por los acontecimientos que produjeron quince muertos en el asalto a la valla a principios de febrero de 2014; y Grecia por las cada vez más patentes reacciones xenófobas, en particular auspiciadas por partidos de inspiración neonazi. Es evidente que es necesario potenciar al máximo una política migratoria común en la UE que aporte soluciones comunes a un fenómeno de alcance regional, pues hasta ahora la vigilancia y control de las fronteras, también de las exteriores, siguen estando en manos de cada Estado miembro.

b) Terrorismo

En cuanto al *terrorismo*, constituye igualmente un fenómeno de alcance regional, presente en el Magreb, pero también en Egipto, Turquía y los países mediterráneos del Norte. La proximidad a la región del Sahel, con grandes espacios desérticos sin control efectivo y con secular tradición de movimiento libre de personas y de contrabando, ha favorecido la presencia de grupos mixtos de bandidos y terroristas muy activos vinculados, de forma desigual, a Al-Qaeda. Actualmente, constituyen una amenaza de primer orden para la seguridad de toda la región, como lo demuestra igualmente el incremento de las acciones atribuidas a Al-Qaeda en el Magreb Islámico (AQMI) en toda la zona. También causa preocupación la presencia de grupos o franquicias vinculados al Estado Islámico (ISIS). Algunos países de la ribera sur como Marruecos y sobre todo Argelia (que a principios de 2013 sufrió el mayor secuestro de la historia de África por un grupo yihadista en la planta gasística de In Amenas, en el sureste del país), han decidido adquirir *drones* de vigilancia con el objetivo de hacer frente a la amenaza terrorista. Por otra parte tanto la UE como la OTAN (en particular la Agrupación Naval Permanente de la OTAN 2, cuyo mando ha ejercido España hasta junio de 2014) han adoptado acciones para hacer frente a dicha amenaza.

c) Delincuencia organizada

Por lo que respecta a la *delincuencia organizada* el área mediterránea es proclive a su presencia, algo que ha incrementado la influencia de su difusión en África occidental. En cuanto, al tráfico de seres humanos se ha de puntualizar que la diferencia con la migración ilegal reside en la finalidad de explotar económicamente a las personas mediante diversos medios que incluyen la

coacción, el fraude o el abuso físico, y no únicamente el cruce de fronteras. Turquía, Grecia, Italia y España representan las puertas y en determinados casos el destino de las víctimas de explotación sexual y laboral. En lo que respecta al tráfico de drogas, alrededor de un tercio de la criminalidad organizada europea se halla involucrada en la producción y distribución de drogas. Turquía es una de las rutas de entrada de la heroína desde Afganistán, mientras que España, Francia e Italia figuran como los países europeos de destino y distribución. El *cannabis*, la droga más extendida en Europa con unos 23 millones de consumidores, procede mayoritariamente de Marruecos, siendo España punto de entrada y de distribución, y Kosovo un importante centro de tránsito y almacenamiento no sólo de *cannabis* sino también de heroína. En cuanto al tráfico de armas la ruta es de carácter continental, es decir desde los países de los Balcanes hacia otros países europeos. Finalmente conviene destacar, los delitos medioambientales que principalmente implican el tráfico ilegal de residuos procedentes de Europa con destino Albania y África del Este entre otros.

d) Factores medioambientales

Los *factores medioambientales* constituyen igualmente una fuente de potenciales conflictos en la región. Hay que recordar que, por razones climáticas, los factores medioambientales claves inciden fuertemente en esta zona geográfica. La deforestación, los incendios, el impacto urbanístico en las ciudades y zonas turísticas, la contaminación marítima causada por vertidos industriales, químicos, urbanos y de hidrocarburos, determinan un escenario medioambiental preocupante en el Mediterráneo. En este sentido conviene señalar que la Declaración de París de 13 de julio de 2008 por la que se constituye la UpM, incorpora entre las seis iniciativas regionales “la descontaminación del Mediterráneo”, comprendiendo las regiones costeras y las zonas marinas protegidas, en particular el sector del agua y de los residuos, para lo cual se apoyará en la iniciativa “Horizonte 2020”. Por otra parte, el fenómeno de la desertización, que afecta a unos trescientos mil kilómetros cuadrados de zonas costeras de la región mediterránea y a las condiciones de vida de millones de personas, constituye el resultado de la acción humana y del cambio climático, provocando un escenario de alto riesgo no sólo para los países del sur como Marruecos, Argelia, Túnez o Egipto sino también del norte, como España, Italia, Grecia, Albania y otros países balcánicos mediterráneos.

e) Recursos naturales estratégicos

En cuanto a los *recursos naturales estratégicos*, conviene señalar que han constituido y pueden constituir en el futuro, por su escasez, fuente de conflictos que afectan a varios países alcanzando una dimensión regional. Entre ellos destacan los recursos hídricos, muy escasos en la región mediterránea, y amenazados por el proceso de desertización en muchas zonas mediterráneas. El control de las cuencas

hidrográficas y de sus recursos de determinados ríos como el Jordán (Israel, Jordania y Autonomía Palestina), o el Tigris y el Éufrates (Turquía, Siria e Irak) determina un escenario futuro complejo en la medida en que el primero de ellos (Jordán), explotado mayoritariamente por Israel condiciona igualmente la resolución del conflicto entre dicho país y sus vecinos árabes (altos del Golán), y en particular con Palestina. En cuanto a los segundos (Tigris y Éufrates) constituyen igualmente una fuente de tensión entre Turquía y Siria. El caso del Nilo, que afecta a un total de diez países africanos, ha generado diversas tensiones político-militares entre Egipto, país mediterráneo, y su vecino del sur Sudán.

Finalmente, y por lo que respecta a los hidrocarburos, petróleo y gas -recursos no renovables de gran importancia estratégica- se hallan en áreas geográficas muy determinadas cuyo control y acceso ha sido fuente de conflictos en las últimas décadas. Los países que concentran la mayoría de estos recursos en la región son Argelia, donde la acción terrorista en la planta gasística de In Amenas demostró la vulnerabilidad de la seguridad que podría amenazar en el futuro la distribución de gas a determinados países del Norte (como España e Italia destinatarios del gas argelino), y Libia, donde el conflicto armado interno produjo una drástica reducción de la producción petrolífera, principal riqueza del país, que se mantiene a día de hoy aproximadamente en una quinta parte de su capacidad, estando igualmente amenazada por los grupos armados descontrolados que recorren el país, lo que constituye igualmente un riesgo para la distribución a otros países de la región. Destacar, asimismo, que otras zonas de gran importancia en la producción de hidrocarburos, como el Golfo Pérsico, el Mar Caspio, y Rusia, se hallan muy próximas a la región mediterránea, siendo Turquía una zona de paso alternativo para los oleoductos y gasoductos que se dirigen a Europa desde Rusia, aumentando de esta forma la seguridad energética de la UE.

3. LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES EN LA REGIÓN DEL MEDITERRÁNEO, CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA MEDIACIÓN INTERCULTURAL

Nos ocupamos ahora de un tipo de conflictos y de un tipo de mediación con una entidad y características diferentes, puesto que se refiere a conflictos privados internacionales, es decir, a conflictos entre particulares con elementos de heterogeneidad. La mediación en el ámbito civil y mercantil se presenta como un sistema de resolución de conflictos satisfactorio; dentro de aquellos, merece especial atención los conflictos interculturales.

3.1. Marco contextual

La simplificación y la mejora del acceso a la justicia es un objetivo perseguido por todos los sistemas jurídicos que, por diferentes vías, tratan de perfeccio-

narse. La justicia tradicional (de confrontación) en ocasiones se ve desbordada por el aumento de la litigiosidad y de ahí, que se busquen modalidades alternativas de resolución de conflictos que cuenten con un marco jurídico seguro y que sean satisfactorias.

La mediación se muestra como un sistema de gestión de conflictos de plena actualidad, no sólo en los contextos ya abordados en este informe, sino también en aquellos que afectan estrictamente a los particulares y ello por las ventajas que ofrece. Entre ellas: a) menores costes de los procedimientos; b) rapidez en la articulación de soluciones; c) vía idónea para alcanzar soluciones consensuadas; y d) cumplimiento voluntario de los acuerdos de mediación.

Pues bien, la mediación en el ámbito civil y mercantil debe afrontar, en numerosas ocasiones, conflictos que derivan de relaciones privadas internacionales. El contexto de la globalización actual hace imparable el aumento de estas relaciones y la presencia de elementos de heterogeneidad (tales como la nacionalidad, residencia, domicilio) requiere de la atención inmediata del Derecho Internacional Privado que marcará los márgenes dentro de los cuales la mediación podrá desarrollarse. Ello la diferencia y la distancia de la mediación meramente interna, requiriendo aquella de una especialización muy elevada ante la pluralidad de ordenamientos jurídicos que convergen en la solución de una misma situación, y su diversidad.

Los conflictos respecto de los cuales la mediación puede operar con éxito, en el ámbito de las relaciones privadas internacionales son, entre otros, los siguientes:

a) ámbito de derecho de familia en cuestiones como la ruptura de la relación conyugal o de pareja, liquidación del régimen económico matrimonial, la responsabilidad parental, supuestos de sustracción internacional de menores, adopción internacional, sucesiones, etc.

b) ámbito patrimonial en cuestiones relativas al comercio internacional, al consumo, materia societaria, derecho laboral, etc.

3.2. Marco de referencia: región mediterránea

La iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo es una oportunidad muy valiosa para promover la solución de los conflictos entre particulares en un contexto cerrado. La versión moderadamente amplia de la región por la que aquí se opta permite aislar el contexto territorial en el que se generarán tales conflictos a la par que nos permite estudiar y analizar el proceso de mediación tal y como se desarrolla en los diferentes países.

De esta manera se puede hacer un importante e imprescindible estudio de campo para determinar los contextos concretos (tanto sociales como legales) en el que la mediación puede dar sus mejores frutos. El hecho de que este mecanismo alternativo de solución tenga su núcleo en la autonomía de la

voluntad, no significa que todos los asuntos puedan ser objeto de mediación. En este sentido conviene advertir que los asuntos objeto de mediación no podrán afectar a derechos y obligaciones no disponibles por las partes en virtud de la ley aplicable. De ahí que sea de vital importancia conocer no sólo cual es el Derecho aplicable, sino también, el contenido material de tal Derecho rector de la situación, que será el que proporcione el contexto en el que la mediación debe desarrollarse.

Debe tenerse en cuenta, igualmente, que en la mayoría de los casos, son varias las cuestiones que integran el conflicto sometido a mediación, lo que implicará la aplicación de diferentes leyes. La subsiguiente tarea de coordinación entre ellas, se verá claramente favorecida por la delimitación del contexto de actuación en la región del Mediterráneo, en tanto en que en numerosas ocasiones serán las leyes de los países que la componen, las que entrarán en juego.

Pero, además, obsérvese que el acuerdo de mediación alcanzado no puede ser contrario a derecho en el Estado en el que se pretende su ejecución. De ahí, que el análisis de los derechos de los diferentes países se torne una herramienta útil para dibujar el mapa de la mediación en el Mediterráneo, habida cuenta de las diferencias que los ordenamientos jurídicos presentan. Ello se predica, igualmente, de la posible ejecución de los acuerdos de mediación, dada las diferencias existentes en relación al carácter ejecutivo, o no, de los diferentes acuerdos.

La identificación de los países que conforman la región mediterránea permite delimitar el campo de actuación y establecer concretos protocolos que de otra manera sería imposible. A ello debe añadirse la importancia de establecer cauces de cooperación entre autoridades, lo que es más fácil de conseguir cuando se conocen los países en los que se promueve la Mediación y se implican, directamente, a aquellas autoridades a través de esta iniciativa.

Cabe apuntar, por último, una de las grandes ventajas que supone contar con el marco de referencia de la región del mediterráneo. Esta contextualización puede aprovecharse, en una etapa posterior, para sugerir la vía convencional (bilateral o multilateral) como una manera de crear un marco uniforme para el desarrollo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en la región.

3.3. Marco normativo

El interés creciente de la mediación en asuntos civiles y mercantiles se refleja de manera directa en la normativa que sobre aquella se proyecta. En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la UE(TFUE) incluye en el contexto del espacio europeo de justicia y de la cooperación judicial civil transfronteriza el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios (art. 81, 2 g). Como desarrollo, resulta especialmente importante la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre

ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Su finalidad es, precisamente, facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos, así como fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial (art. 1)

En la actualidad ya se ha producido la transposición de la Directiva a las diferentes legislaciones nacionales de los Estados miembros (a excepción de Dinamarca que no participa en la adopción de la Directiva). En el caso de España nuestra normativa estatal está integrada por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y por el Real Decreto 980/2013 por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Nótese que, además, España cuenta con trece normas internas de las Comunidades autónomas, algunas de las cuales establecen prescripciones en el ámbito del Derecho Internacional Privado. Un estudio exhaustivo de este complejo entramado normativo resulta esencial para determinar cómo se desarrollaría en la práctica la mediación cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a la ley española o en defecto de tal sometimiento, cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español (art. 2. 1 ámbito de aplicación).

Lo mismo cabe decir del resto de normativas de los diferentes Estados miembros pertenecientes a la región del mediterráneo. El hecho de que el instrumento elegido por la Unión haya sido la Directiva, en lugar de Reglamento de directa aplicación, da lugar a incertidumbres acerca de la concreta norma y aplicación de la misma que está vigente en cada Estado. El estudio pormenorizado de las diferentes legislaciones y su aplicación práctica constituye una de las primeras piezas necesarias para, con tales conocimientos, formar mediadores especializados en la Región, con capacidad real de intervención.

El análisis se debe extender a los países no miembros de la Unión pertenecientes a la región del mediterráneo. En caso de no existencia de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, puede promoverse su introducción, atendiendo a las peculiaridades del sistema jurídico del que se trate. En este punto, conviene señalar que los países de inspiración islámica de la región cuentan con un importante tradición de soluciones negociadas, lo que contrasta con la falta de tradición reciente de este tipo de recursos en países de la Región miembros de la Unión, valga como ejemplo España o Italia.

El recurso a la mediación es alentado también en otros instrumentos de derecho internacional privado de la Unión Europea, como el Reglamento Bruselas II bis 2201/2003 relativo a la competencia el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

de 27 de noviembre de 2003. Su art. 55 dedicado a la cooperación en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental dispone que:

“A petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del presente Reglamento. A tal efecto, adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de datos personales, para:

e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza.”

El interés por promover la mediación se manifiesta también en el contexto de la Conferencia de La Haya, siendo especialmente significativos el Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, al 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, art. 31, y el Convenio sobre protección internacional de adultos, de 13 de enero de 2000, art. 31.

En el ámbito comercial, cabe mencionar la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI de 24 de enero de 2003 y por último la creación de un código de conducta europeo para los mediadores auspiciado por la Comisión Europea de julio de 2004.

3.4 Marco conceptual: mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos privado internacionales

Como ya se ha tenido ocasión de señalar en el apartado 1, menudean las definiciones sobre qué debe entenderse por mediación, así como sobre su distinción respecto de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos como puede ser la conciliación. Es por ello que resulta de vital importancia definir este procedimiento, siendo indiferente el término con que se conozca. Así un procedimiento que reúna las características que se van a exponer a continuación, será considerado mediación a los efectos del presente informe y de la iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo, con independencia de que reciba otra denominación.

La clave de la mediación es la negociación asistida y ésta presenta unos caracteres propios cuando opera en relación a los conflictos privados internacionales. La definición por la que se opta es amplia y coincide con la establecida en la Directiva (art. 3) y en la Ley Modelo (art. 1.3):

“Procedimiento por el cual las partes solicitan a un tercero que les preste asistencia en un intento por llegar a un arreglo amistoso de su controversia privada internacional”.

Destaca el carácter voluntario de la mediación, en cuanto que son las partes las que intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con ayuda del mediador. A estos efectos es indiferente que el procedimiento sea iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, lo importante es la voluntariedad de las partes en el intento por llegar al arreglo amistoso.

Destaca, a su vez, el papel del mediador, entendido como tal, el tercero que de forma eficaz, imparcial y competente lleva a cabo la mediación, prestando para ello su asistencia a las partes. La ayuda proporcionada no incluye la imposición a las partes de una solución de la controversia. Este es un dato de distinción de la mediación muy importante.

En definitiva, el objetivo nuclear de la mediación es facilitar que las partes tomen sus propias decisiones sin intervención del Estado, pero con la asistencia de un tercero (el mediador). El rasgo definidor del proceso es, en esencia, su carácter voluntario.

Respecto de los litigios objeto de mediación y cuyo acercamiento material ya se ha realizado, debe señalarse que la formación de mediadores en y para la Región Mediterránea debe ir más allá del conocimiento de los “litigios transfronterizos” tal y como son descritos en la Directiva art. 2:

“1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por litigio transfronterizo aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que:

- a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o
- b) un tribunal dicte la mediación,
- c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o
- d) a efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, a efectos de los artículos 7 y 8 de la presente Directiva, también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b) o c).”

Sin duda, estos litigios centrarán buena parte de los procesos de mediación en los que intervendrán los mediadores especializados en la región mediterránea, pero tal delimitación no debe excluir otros procesos cuya internacionalización responde a otros parámetros. La definición del ámbito de aplicación funcional de la mediación debe acoger otros supuestos que plantean cuestiones de Derecho Internacional Privado. Se hace extensivo, por tanto, a todos los litigios en los

que existan elementos de heterogeneidad que pongan en contacto más de un ordenamiento jurídico. La vocación práctica de esta iniciativa gubernamental debe focalizarse en una especialización que aborde el conjunto de los conflictos privado internacionales.

3.5 Gestión y resolución de conflictos: especial consideración a la mediación intercultural

El fenómeno migratorio ha sido una de las causas principales del nuevo paisaje antropológico que caracteriza la región. Los flujos de inmigración e inmigración han conformado sociedades plurales en las que conviven en un mismo espacio personas procedentes de países con diferentes tradiciones culturales y jurídicas.

En multitud de ocasiones la ley o leyes aplicables a las relaciones respecto de las que surge el conflicto (y que puede ser diferente de aquella conforme a la cual se desarrolla la mediación), procederá de países de la región de inspiración islámica. Ello obliga a hacer un examen exhaustivo de tales normativas y de las instituciones que resultan desconocidas para los países occidentales y que pueden ser origen de litigio.

Este estudio tendrá especial interés por lo que se refiere al derecho internacional de familia. En la actualidad existe en la región mediterránea un elevado número de familias multiculturales en los que sus miembros tienen diferente nacionalidad y también de familias uniculturales que se enfrentan al reto de la multiculturalidad (entendiendo por tales las que proceden de un mismo país pero residen en otro con costumbres, tradiciones y Derecho muy diferente). Pues bien, tanto las unas como las otras pueden decidir resolver sus conflictos privado internacionales a través del proceso de mediación.

Para ello resulta altamente importante que el mediador especializado tenga conocimiento del o de los derecho aplicables y de su concreta configuración material e inspiración religiosa. Pero, además, resultará esencial conocer los diferentes parámetros culturales y confesionales que, en ocasiones, son el mismo origen del conflicto. De ahí, que la formación del mediador incluya el trato específico de este tipo de conflictos, para poder intervenir en ellos con eficacia.

El hecho de que la misma iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo está auspiciada por España en cooperación con Marruecos da cuenta de la importancia de dedicar una especial atención a la diversidad cultural y jurídica. Bien entendido, que el objetivo se centra no en análisis genéricos, sino en estudios focalizados a dar solución a problemas reales que afectan a los particulares y que en ocasiones llegan a tener tintes dramáticos. Basta citar supuestos de sustracción internacional de menores, muy complicados en este marco, supuestos de matrimonios forzados y por conveniencia, etc.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN. POSIBILIDADES DE GESTIÓN Y DE RESOLUCIÓN: UNA PROPUESTA

Los apartados anteriores nos han permitido establecer algunas *tesis claras* que sirven, a nuestro parecer, para encarar el futuro. Las enunciaremos brevemente.

Primero, que la mediación, tanto en su sentido general, como una negociación asistida mediante terceros que conocen procedimientos y elementos sustantivos relacionados con la incompatibilidad o problema (s) específicos de cada conflicto, tiene trayectoria y sentido en la región, tanto para conflictos de naturaleza pública como de tipo privado, de naturaleza civil y mercantil. Eso supone que la Iniciativa tiene un terreno de trabajo importante en el futuro, preparando el terreno para el análisis y la intervención y formando capacidades públicas. Y ese terreno de trabajo es, por lo demás, perfectamente compatible con las propuestas surgidas del Secretario General de las NNUU, con los instrumentos internacionales al uso, con las diversas iniciativas existentes y con las diversas instituciones y procesos en marcha desde hace décadas en la región mediterránea.

Segundo, que se ha partido de una concepción del papel del análisis y resolución de los conflictos que considera éstos como algo inevitable a las relaciones sociales e internacionales. Es decir, como fenómenos sociales que hay que gestionar. Ello permite, incluso en una región fracturada como el Mediterráneo, actuar pese a que existan incluso conflictos violentos irresueltos y con gran potencial de impacto en la zona. En suma, se ha considerado que el concepto de “conflicto ya no es sinónimo de formas violentas de conducta, ni tiene siempre connotaciones negativas, siguiendo los trabajos seminales de Lewis Coser en los años cincuenta. Dicho de otra forma, aunque no siempre se traduce en conceptos bien usados o al menos de forma unívoca, lo habitual es considerar que “conflicto” alude a un tipo de interacción en pugna merced a los intereses enfrentados de los actores implicados, no necesariamente a un tipo determinado de conducta. El conflicto, entendido como persecución de objetivos cuya consecución al unísono personas o grupos consideran incompatibles (de forma real o subjetiva) por responder a intereses contrapuestos, es connatural al ser humano y es un proceso dinámico. Por tanto, es una experiencia que se da en todos los niveles de la actividad humana, de la intrapersonal a la internacional, pasando por la interpersonal, intra-grupal e intergrupal. Lo que puede resultar violento es la conducta de los actores (lo que se expresa al hablar de “conflictos violentos”); el conflicto en sí a lo sumo puede ser más o menos proclive a generar conductas violentas.

Tercero, en coherencia, la dinámica conflictiva no es autónoma ni separable de la cooperativa, algo que explica el consenso acerca de cómo analizar y abordar un conflicto, tanto para su análisis como para intervenir con objeto de gestionar-

lo, resolverlo o transformarlo. Y, habida cuenta de que, pese a que los conflictos son procesos complejos y con rasgos diferenciados en función de los diferentes niveles de la actividad humana en que se dan, existen elementos de estructura y proceso comunes. En ese espacio, las técnicas de análisis y de resolución de conflictos, con especial atención a la mediación, serán especialmente útiles. Y, como se verá en el seminario del mes de junio, con ánimo de regular o resolver el conflicto (gestión, regulación, resolución y prevención) resulta clave diferenciar tres vértices de un triángulo: actitudes, conducta e incompatibilidades, tres elementos que, pese a estar interrelacionados, pueden separarse.

Cuarto, ello supone que se pueden establecer tipologías de los conflictos, que ayudarán a los mediadores. Tanto tipologías específicas para abordar lo que sucede en la región (apartado II del texto), como tipologías genéricas. Por ejemplo, la tipología inicial que ofrece el apartado II permite distinguir tres grandes tipos de conflictos: interestatales con incompatibilidad territorial; internos, subdivididos a su vez en cuatro grupos (armados, de transición política, de naturaleza compleja e identitarios/religiosos; y con factores y riesgos de alcance regional, que se subdividen en movimientos migratorios, terrorismo, delincuencia organizada, medioambiente y recursos naturales. Lo interesante es que, al pasar revista a cada una de las categorías y subcategorías, se obtiene un marco general de los motivos del conflicto, de las partes implicadas y del estado actual del mismo, lo que posibilitará la tarea de los mediadores. La razón ya se ha indicado: el conflicto dentro de grupos o entre grupos, en una esfera interna o externa, se analiza a partir de las oposiciones que se dan entre dichos grupos (actores, de hecho, sean individuos o grupos) en función de los intereses en competencia, de las diferencias en actitudes e identidades, de sus intereses y necesidades. Todo ello ayuda a explicar su conducta a lo largo del proceso del conflicto (incluyendo sus cambios). O lo que es lo mismo, pueden darse a los mediadores, mediante formación específica, herramientas para que el análisis posibilite distinguir entre posiciones de las partes (demandas concretas) e intereses y necesidades, una distinción clave para el proceso de resolución y para la búsqueda de estrategias ganar-ganar.

Quinto, también resulta crucial para el análisis disponer de herramientas que permitan averiguar si se trata de una situación conflictiva simétrica o asimétrica, en función del poder que tiene cada una de las partes. Las situaciones asimétricas suelen presentar, a menudo, riesgos de confrontación, que recomiendan herramientas específicas.

Sexto, la mediación internacional en asuntos civiles y mercantiles, referida al contexto de la región del mediterráneo, permite delimitar el campo de actuación a partir del estudio concreto de los conflictos que se generan. Ello genera o puede generar importantes beneficios para la articulación de protocolos de actuación, el establecimiento de cauces de cooperación entre autoridades e incluso la

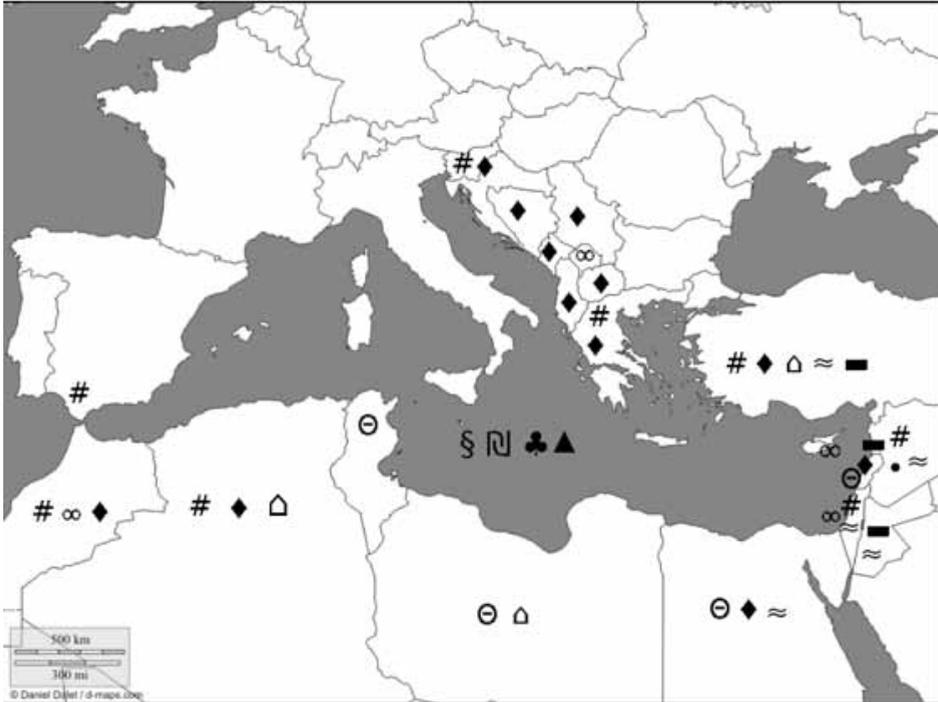
sugerencias de vías convencionales (bilateral o multilateral) con la finalidad de crear un marco uniforme en el desarrollo de la mediación en conflictos privados internacionales surgidos dentro de la región. Los mediadores tienen que contar con una formación específica que les permita operar en este concreto ámbito de los conflictos de leyes, que es especialmente sensible cuando tras él se esconden verdaderos conflictos interculturales.

Séptimo, en suma, el presente texto, al entender el conflicto como reto y oportunidad para el cambio social y no como algo necesariamente malo *per se* permite desarrollar fuertemente la Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo aún en situaciones como la presente, donde la paz estable y duradera es algo aún inexistente en la zona.

En octavo y último lugar, se opta por sugerir que se privilegie la apuesta por gestionar la conflictividad en la región como, con diversos instrumentos de taxonómicos y de análisis, mediante instrumentos diversos de mediación, entendidos como potenciales marcos de compromiso entre actores. La idea, sencilla, permite gran recorrido de trabajo: no se aspira a eliminar los conflictos (al menos no todos ellos), algo probablemente imposible y seguramente perjudicial, sino a hacer altamente improbable que se manifiesten conductas violentas o disruptivas, a transformarlas en procesos pacíficos de cambio social. Para ello, optamos por proponer que el proceso de intervención en un conflicto, sin entrar ahora a considerar las intenciones y objetivos de muy diferente alcance de quiénes intervienen, pase siempre por diferentes fases. No puede lograrse la resolución o transformación del conflicto desde el inicio. Por ello, deberá dotarse a los mediadores, individuales o colectivos, de instrumental que permita una mediación progresiva. Dicho de otra forma: al intervenir, aunque sólo se pretenda evitar la escalada a fases virulentas, debe pensarse siempre en la gestión y resolución posterior, en la transformación, para evitar que la intervención dificulte los objetivos posteriores. Por decirlo así, una adecuación del viejo principio hipocrático, “lo primero y principal, no hacer daño innecesario”, que diría, en una versión libre a la situación de la región, ante todo “abstente de lo que complique o entorpezca las soluciones futuras”.

En suma, lo que se propone es trabajar con técnicas de mediación de diferente tipo que permitan ir construyendo progresivamente. En suma, algo semejante, relevante en este contexto, a lo que se ha postulado acerca del continuo/contiguo que debe establecerse entre la ayuda de emergencia y las etapas de rehabilitación, reconstrucción y desarrollo en el caso de la cooperación para el desarrollo.

La mediación, pues, goza, como parte del análisis y resolución/transformación de conflictos, de excelentes perspectivas en la región y, además, con excelentes prácticas a sistematizar y desarrollar en ambos lados de la cuenca.



Anexo: Mapa tentativo de conflictos en la región (apartado II)

I.- Conflictos interestatales de naturaleza territorial: #

1. España-Reino Unido (Gibraltar)
2. España-Marruecos (Ceuta, Melilla y diversos peñones e islas de la costa norteafricana: Islas Chafarinas, Peñones de Alhucemas y Vélez de la Gomera e islote de Perejil)
3. Marruecos- Argelia (cierre de fronteras desde 1994)
4. Turquía-Grecia (delimitación de aguas territoriales en el Egeo)
5. Eslovenia-Croacia (bahía de Piran)

II.- Conflictos internos:

1. Armados: Siria:
2. De transición política: Túnez, Libia, Egipto, Líbano: Θ
3. De naturaleza compleja (étnico-territorial): Chipre, Sáhara, Kosovo: ∞
4. Identitarios, étnicos y religiosos: Turquía (minoría kurda); Macedonia; Bosnia-Herzegovina; Albania; Grecia (minoría musulmana turca y “pomak” en Tracia); Egipto (coptos); Líbano; Argelia y Marruecos (minoría bereber): ♦

III.- Conflictos y factores de riesgo de alcance regional:

1. Movimientos migratorios: España (Ceuta y Melilla); Italia (Lampedusa), Grecia: ☐

Refugiados conflicto sirio (Turquía, Líbano, Jordania): —

2. Terrorismo (Magreb, UE): §

3. La delincuencia organizada: el tráfico ilícito de inmigrantes, de seres humanos, de drogas, de armas y crímenes medioambientales: ▲

4. Medioambientales: contaminación marina, desertización y cambio climático: ♣

5. Recursos naturales:

A. Hídricos: Jordán (Israel, Jordania y Autonomía Palestina), Tigris y Eufrates (Turquía, Siria e Irak); y Nilo: ≈

B. Hidrocarburos: Argelia (amenaza terrorista a la distribución de gas) y Libia (recuperación producción tras el conflicto); Turquía (paso de oleoductos y gasoductos con trazado alternativo al tránsito por Rusia); interrelación con regiones vecinas productoras de petróleo y gas (Golfo Pérsico, Mar Negro) y zonas de tránsito (Mar Caspio): △

(Los iconos en el centro del mapa corresponden a conflictos y factores de riesgo de alcance regional)

PRIMERA PARTE

CUESTIONES CONCEPTUALES Y GENERALES

LA MEDIACIÓN DE CATAR EN EL MEDITERRÁNEO

Rachid Aarab

Profesor e Investigador en Relaciones Internacionales y Energía
(Universitat Autònoma de Barcelona)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA MEDIACIÓN, PRINCIPAL VECTOR DE LA POLÍTICA EXTERIOR DE CATAR.—2.1 Los factores motivadores de Catar para la mediación.—2.1.1 Seguridad nacional.—2.1.2 Ser un actor regional.—2.1.3 “Marca” Catar e influencia internacional.—2.2 Casos de mediación en el Mediterráneo.—2.2.1 Catar en el Mediterráneo.—2.2.2 Líbano.—2.2.3 Palestina.—3. LOGROS Y LIMITACIONES DE CATAR EN MEDIACIÓN.

PALABRAS CLAVE: Catar, Mediación, Política exterior, Conflictos, Mediterráneo.

1. INTRODUCCIÓN

Indudablemente ha quedado palpable en la escena internacional el papel de Catar como mediador en los diversos conflictos intra-nacionales e internacionales en el Mediterráneo y Oriente Medio con una diplomacia pública proactiva. Algunas veces ha actuado de mediador, agente de paz, facilitador y proveedor de ayuda humanitaria.

A pesar de ser uno de los países más pequeños del mundo árabe en su dimensión geográfica y demográfica, con menos de dos millones de habitantes (la población nativa no supera 250,000 personas), Catar se considera el país más rico del mundo en términos de Producto Interior Bruto per cápita, y líder mundial en exportación de gas natural licuado.

En la última década, y gracias a la labor de mediación y pacificación con experiencia limitada, Catar se ha posicionado ante la comunidad internacional como un país que contribuye a la seguridad y la paz mundial. El pequeño emirato

se ha convertido en un actor mediador regional líder en las relaciones internacionales en el Mediterráneo y Oriente Medio. De hecho, ha demostrado tener capacidad de reducir tensiones en conflictos a través de una estrategia de mediación neutral y con incentivos financieros. Este papel que ha jugado como mediador en Yemen, Líbano, Sudan, Palestina y en otros países tras las revueltas árabes, le ha permitido acumular prestigio de mediador creíble y honesto en el Mediterráneo y Oriente Medio.

2. LA MEDIACIÓN, PRINCIPAL VECTOR DE LA POLÍTICA EXTERIOR DE CATAR

La mediación se ha convertido en el eje principal de la política exterior catari. Así lo ha establecido el art. 7 de la constitución de 2003:

“La política exterior del Estado se basa sobre el principio de fortalecer la paz y la seguridad internacionales mediante la promoción de la resolución de los conflictos internacionales por medios pacíficos”².

Para Catar, la mediación es una estrategia eficaz y eficiente para mantener la neutralidad en una región de conflictos. Su posicionamiento de agente de paz le otorga legitimidad y paralelamente practica la política de “buena vecindad” y “todos son amigos”. Catar ha ejercido de mediador, facilitador y agente de paz en una serie de conflictos en el Mediterráneo, Oriente Medio y África: Líbano, Palestina, Afganistán, Etiopía, Mali, Irak, Israel, Sudán, y Yemen³. Para ello utiliza la mediación basada en tres elementos básicos: el poder y la proyección de la influencia, los incentivos financieros y la “Marca Catar”.

1.1 Los factores motivadores de Catar para la mediación

Detrás de la hiperactiva dinámica mediadora de Catar, existen tres factores que motivan al pequeño Emirato a ejercer la mediación: la seguridad nacional, ser un actor regional, e influir en la comunidad internacional con su “Marca Catar”.

2.1.1 Seguridad nacional

El primer factor se debe al tamaño de un pequeño país obligado a la supervivencia. Catar pretende proteger su seguridad nacional frente a la vulnerabilidad a la que está sometido en el Golfo Pérsico, en una situación permanente de tensión y de gran rivalidad militar. La mediación impulsa el perfil internacional de Catar como agente de paz. Sus acciones de mediación entre actores no estatales en Sudan, Líbano, Yemen y Palestina contrarrestan la influencia de Irán, Egipto y Ara-

2 STATE, T., Constitution of Qatar. Disponible en <http://portal.www.gov.qa>.

3 HOUNSHELL, B., «The Qatar bubble», Foreign Policy, 2012, mayo-junio.

bia Saudí. Esta evidencia no quiere decir que mantenga relaciones no cordiales con estos países⁴. Catar como país vulnerable sujeto a la supervivencia, opera con un *modus vivendi* de la buena vecindad con los países del entorno⁵. Añádase a esto que su labor de mediador le exige mantener buenas relaciones con toda la región, y especialmente con Irán, con el que comparte el mayor yacimiento de petróleo del mundo.

En su plan de seguridad nacional mantiene una alianza estratégica con Estados Unidos para garantizar su protección del exterior, a raíz de la invasión de Kuwait por Irak. De hecho la base militar americana de fuerzas aéreas hospedada en Catar y denominada Al-Udeid, tiene la pista más larga de Oriente Medio⁶.

Para Catar la mediación como su *Soft-Power*⁷, la buena vecindad y la alianza de protección con Estados Unidos son los elementos de su estrategia de su seguridad nacional para la supervivencia⁸.

2.1.2 Ser un actor regional

Ser un actor regional es el segundo factor que mueve a Catar a desempeñar la mediación. Desde su llegada al trono, Al-Amir Hamad Ib Khalifa ha querido imponerse entre los actores regionales clásicos de la zona mediterránea y Oriente Medio, y lograr proyectar su influencia, particularmente vis-à-vis Arabia Saudí, Irán y Egipto, que en el pasado desempeñaron un liderazgo en la zona en los conflictos de Líbano y Palestina. Por eso, Catar intenta posicionarse en sus relaciones internacionales del Mediterráneo y Oriente Medio presentándose como alternativa viable. En el transcurso de 2006-2007, Catar aprovechó su asiento no permanente en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para reforzar su papel a nivel regional e internacional promoviendo sus actividades de mediación y paz en la región. Su participación fue muy productiva con un perfil alto en las negociaciones previas a la resolución de 1701 para el alto el fuego en Líbano. También se destaca su voto en contra de la resolución 1696 que otorgaba una fecha límite a Irán para el enriquecimiento del Uranio. Estas acciones le han concedido credibilidad, elemento necesario para la mediación entre los actores libaneses.

Con la implicación hiperactiva en la mediación y en la resolución de los conflictos, Catar ha logrado convertirse en un actor regional influyente en el Mediterráneo y Oriente Medio.

4 KHATIB, L., «Qatar's foreign policy: the limits of pragmatism», *International Affairs*, Vol. 89, 2013, núm. 2, pp. 417-431. Disponible en <http://doi.wiley.com/10.1111/1468-2346.12025>.

5 PETERSON, J.E., «Qatar and the World : Branding for a Micro-State», *The Middle East Journal*, Vol. 60, 2006, núm. 4, pp. 732-748.

6 KHATIB, L., op. cit., nota 3, pp. 417-431.

7 RUBIN, L. P., *A Typology of Soft Powers in Middle East Politics*, Boston, Dubai Initiative-Belfer Center for Science and International Affairs (Harvard Kennedy School), 2010.

8 PETERSON, J.E., op. cit., nota 4, pp. 732-748.

2.1.3 “Marca” Catar e influencia internacional

El tercer factor detrás de la mediación, es la creación de la “Marca” Catar asociada a una diplomacia regional potente y comprometida con la paz y la estabilidad. Debido a la gran cobertura mediática internacional de los procesos de mediación en los conflictos, Catar ha conseguido transmitir su imagen de agente de paz y mediador honesto, con una diplomacia experimentada y especializada en la mediación⁹. Catar se presenta a sí mismo como un país neutral, abierto a los islamistas, a Occidente, a Israel, a Irán, a los Talibán, a todos los actores estatales y no estatales árabes. Catar demuestra ser un actor pragmático capaz de establecer relaciones y alianzas con diferentes actores regionales y globales. También ejerce la diplomacia de negocios¹⁰ con los grandes actores públicos y privados, manteniendo acuerdos estratégicos con las mayores empresas petroleras del mundo como ejemplo Exxomobil. La estrategia de “Imagen de Marca de Estado”, le concede un poder blando atractivo para ejercer su influencia en la comunidad internacional; de hecho, la cadena Aljazeera es su mayor instrumento para proyectar su Marca.

Los tres factores mencionados anteriormente (la seguridad nacional, liderazgo regional e influencia internacional) son los que han impulsado a Catar a ejercer de mediador en una serie de conflictos en el Mediterráneo, Oriente Medio y África como son Líbano, Palestina, Afganistán, Etiopía, Irak, Israel, Sudán, y Yemen¹¹.

Gracias a su dinámica diplomática hiperactiva e inconformista¹², ha conseguido un buen balance de resultados.

2.2 Casos de mediación en el Mediterráneo

En este trabajo nos limitamos a estudiar el papel desarrollado por Catar en el Mediterráneo y particularmente en los conflictos de Líbano y Palestina.

2.2.1 Catar en el Mediterráneo

Catar está desempeñando un papel cada vez más influyente en el Mediterráneo. Su rol durante las revueltas árabes ha sido crucial, apoyando a los jóvenes y posicionándose en contra de los regímenes autoritarios de Egipto, Túnez y Libia. Ha asumido la responsabilidad de actuar como mediador en los asuntos de la región. Muchos países, como Arabia Saudí y Estados Unidos han observado su hiperactividad diplomática en la región con recelo y escepticismo.

9 HENRIKSON, A., «Niche Diplomacy in the World Public Arena: The Global ‘Corners’ of Canada and Norway’», en MELISSEN, J. (ed.), *The New Public Diplomacy: Soft Power in International Relations*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2007, p. 1.

10 GULBRANDSEN, A., *Bridging the gulf: Qatari Business Diplomacy and Conflict Mediation*, Washington D.C., MA Thesis, Georgetown University, 2010.

11 PETERSON, J.E., *op. cit.*, nota 2.

12 COOPER, A. F. y MOMANI, B., «Qatar and Expanded Contours of Small State Diplomacy», *The International Spectator : Italian Journal of International Affairs*, 2012, Junio, pp. 37–41.

Catar ha jugado el papel de un gigante político en el Mediterráneo y Oriente Medio. Ha utilizado su poder blando y sus recursos financieros para contribuir a la mediación en los conflictos y construir la paz y la estabilidad de la región.

Catar se distingue como proveedor de servicios diplomáticos internacionales para la región. Su papel neutral y mediador se asemeja al rol que Ginebra desarrolló entre el Este y el Oeste durante la Guerra Fría.

Catar ha creado unas dinámicas de inversión, ayuda al desarrollo y pacificación en la región. Catar y Emiratos Árabes son los dos países con mayor crecimiento en términos de inversión en el Mediterráneo Sur. En paralelo, su diplomacia proactiva intenta profundizar los vínculos que existen entre el Consejo de Cooperación del Golfo y los países del Mediterráneo. De hecho, existe una rivalidad económica, en términos de inversión en el Mediterráneo Sur, entre el Consejo de Cooperación del Golfo y la Unión Europea.

Catar ha participado en la misión de paz de Naciones Unidas en Líbano, y en la intervención militar de la OTAN para proteger a la población libia bajo la resolución 1973 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

2.2.2 Líbano

La mediación de Catar en el Líbano ha tenido un éxito a corto plazo. Su labor ha reducido el conflicto considerablemente, a pesar de la complejidad de la situación de este país, que afronta cualquier agente de paz o mediador. La mediación se desarrolló bajo el paraguas de la Liga Árabe y con un importante apoyo regional que ha cultivado la diplomacia proactiva de Catar en Siria, Irán y Arabia Saudí.

Desde el asesinato del primer ministro Rafiq Al-Hariri en 2005, pasando por las tensiones internas durante los días posteriores a la guerra entre Hizbullah e Israel en julio 2006, el mapa político en Líbano ha ido reconfigurándose y la crisis interna se ha ido agravando. En noviembre de 2007, por falta de consenso por el candidato a presidir el país, la crisis se recrudeció durante meses, y dio lugar en mayo de 2008 al inicio de una guerra civil entre las milicias de Hizbullah y las fuerzas progubernamentales en las calles de Beirut. El principal motivo para el estallido del enfrentamiento fueron las acciones que el gobierno de Fouad Siniora emprendió para debilitar el poder y los recursos de Hizbullah. En este sentido, se cerró una red de telecomunicaciones, y altos funcionarios sospechosos de simpatizar con el movimiento fueron suspendidos. La repercusión se tradujo en más de 81 víctimas mortales a raíz de los combates en la ciudad de Trípoli y el cierre del aeropuerto internacional de la ciudad por parte de Hizbullah.

Catar ha podido mediar en el conflicto libanés después de reiteradas ofertas de mediación fracasadas. Finalmente, Doha consiguió desbloquear la tensa situación acogiendo las negociaciones entre las partes del conflicto el 17 de mayo

de 2008. Estas negociaciones se desarrollaron también bajo el paraguas de la Liga Árabe y asistieron el Movimiento 8 de Marzo¹³ y el movimiento 14 de Mayo¹⁴ representados por 14 negociadores de los diferentes colores políticos. La agenda de negociación se centró en la elección de un nuevo presidente del país y la redacción de la ley electoral para las elecciones parlamentarias. Los actores destacados en la negociación fueron Hizbullah y el movimiento 8 de Marzo. Después de una semana intensa de negociaciones, las partes llegaron a un acuerdo en el que el general Michel Suleiman fue escogido nuevo presidente de Líbano y bajo cuya custodia se celebrarían las elecciones parlamentarias de 2009 dentro del marco acordado. Asimismo se acordó un gobierno de unidad de 30 carteras repartidas entre las fuerzas políticas.

En todo el proceso de mediación fue determinante la implicación personal del Amir de Catar Cheikh Hamad Ibn Khalifa Al-Thani, de su Primer Ministro y el Ministro de Exteriores Hamad Ibn Jasim Al-Thani. Su neutralidad, diplomacia y su defensa del pueblo libanés en contra de la intervención de Israel (a quien Catar criticó duramente ante la comunidad internacional para alto el fuego), transmitieron credibilidad a las partes de la negociación. De hecho, Catar proveyó un número reducido de sus tropas para la misión de paz de Naciones Unidas después del bombardeo israelí; y la cadena Catarí Aljazeera ofreció cobertura continua de la guerra entre Hizbullah e Israel durante todo el verano de 2006. Dada su gran audiencia en el mundo árabe, Aljazeera ha contribuido a la visibilidad y la difusión de la imagen de Catar como mediador, agente de paz y defensor de la causa árabe.

El éxito de las negociaciones y el logro del acuerdo se han conseguido gracias, por un lado, a la diplomacia proactiva y el perfil alto de mediación; y por otro, gracias a la buena voluntad depositada por las partes de negociación en Catar. Esta confianza ha permitido a los cataríes tener un papel transcendental para alcanzar un acuerdo comprometido. Las inversiones financieras prometidas por Catar a las partes de la negociación, que rondan de 300 millones de dólares, son incentivos que formaban parte de la estrategia de mediación. Los negociadores valoraban positivamente la oferta catarí para la reconstrucción del país dado que eran conscientes del coste de las pérdidas de los 18 meses de enfrentamientos.

Este papel desempeñado por Catar en alcanzar el acuerdo de Doha, en un conflicto y contexto complejos, consolidó de manera significativa su liderazgo en la región del Mediterráneo frente a los actores tradicionales de la región como Egipto, Irán y Arabia Saudí, que vivieron con recelos su emergente iniciativa de mediación.

13 El movimiento 14 de Marzo liderado Saad Al-Hariri agrupa a los falangistas cristianos, Fuerza Libanesa, Qurnet Cristiana Shihwan, Movimiento del Futuro (Sunni) y al-Durs representado por Walid Jumbulat; esta alianza es conocida por su actitud Anti-Siriana.

14 El movimiento 14 de Mayo liderado por Hassan Nasra Allah, agrupa a Hizbullah y Partido el Amal.

2.2.3 Palestina

Desde que Al-Amir Cheikh Hamad Bin Khalida asumió el poder en 1995, la causa palestina se ha convertido en un eje fundamental en su agenda de política exterior. Catar se implicó en la reconciliación palestina, en la reconstrucción del país, en la defensa del pueblo palestino, en contra del bombardeo de Gaza, y dio soporte a nivel mediático, a las organizaciones Fatah y Hamas a través de Aljazeera.

Después de su éxito en Líbano, Catar trató de promover las negociaciones entre los palestinos y los israelíes¹⁵. En este conflicto, Catar aprovechó la oportunidad tan esperada para intervenir y potenciar su labor de mediación y paz en la región mediterránea, especialmente en un momento marcado por la alta tensión en la zona. Por tanto, Cheikh Hamad se ofreció ayudar en la negociación de un alto al fuego entre Hamas e Israel a principios de 2008¹⁶. Sin embargo, este intento no prosperó y más tarde se generó el asalto israelí a Gaza a finales de 2008. Como resultado, la guerra de Gaza ha complicado la labor de mediación de Catar e incluso ha desafiado su capacidad mediadora en la región.

A finales de 2011, Catar continuó con sus esfuerzos para la reconciliación entre los dos movimientos Hamas y Fatah a pesar del rechazo de Estados Unidos e Israel por considerar Hamas una organización “terrorista”. Catar defiende a Hamas como parte en la resolución del conflicto gracias a la estrecha relación que mantiene con la organización, principalmente después de su victoria en las elecciones legislativas palestinas en 2006. En las anteriores negociaciones entre palestinos custodiadas por Egipto, Hamas se sintió debilitada por la posición pro-Fatah del gobierno Mubarak de cara a los islamistas, dada la oposición activa de los Hermanos Musulmanes en Egipto y su relación con Hamas. La falta de neutralidad de Egipto en su mediación dio lugar al fracaso del proceso o algunos resultados intangibles. Esta imparcialidad será el desafío de Catar para obtener éxito en su mediación. Algunos observadores apuntan a que la gran implicación de Catar en Palestina después de la victoria de Hamas en las elecciones de 2006 y la fuerte presencia mediática de Hamas a través de Aljazeera son señales de la posición pro-Hamas de Catar que perjudican su tarea de mediación.

Las primeras reuniones entre los líderes de Fatah, Mahmoud Abbas, y de Hamas, Khalid Mishal, tuvieron lugar en Doha, en 2004, bajo el auspicio de Catar, que propuso un plan de negociación basado en seis puntos con el objetivo de poner fin a la lucha violenta entre los movimientos palestinos. Ese plan no se llegó a fraguar a pesar de los enormes esfuerzos que Catar realizó, debido en gran medida a la fuerte presión de la comunidad internacional bajo el argumento

15 RABI, U., «Qatar 's Relations with Israel : Challenging Arab and Gulf Norms», *The Middle East Journal*, Vol. 63, núm. 3, pp. 443-459.

16 GAAS, M. H., HANSEN, S. J. y LEIRA, H., «Religion, Prestige and Windows of Opportunity? Qatari peace making and foreign policy engagement», *Noragric Working Paper (Norwegian University of Life Sciences)*, 2013, núm. 48.

de que el acuerdo no contribuiría al proceso de paz entre Palestina e Israel. Por ello, el acuerdo generó una gran polémica en la región.

Las repercusiones de “La declaración de Doha” fueron severas tanto a nivel político como económico. Israel ha denunciado el acuerdo y ha puesto a Fatah entre rejas, incitándola a elegir entre Hamas o la paz con Israel. Estados Unidos considera el acuerdo como un obstáculo enorme para la paz puesto que Estados Unidos estima indispensable la renuncia a la violencia y el reconocimiento de Israel como Estado por parte de Hamas para iniciar negociaciones con la organización. En este sentido, Estados Unidos y la Unión Europea como grandes donantes han avisado de que no van a proporcionar ayudas económicas a Cisjordania ni a Gaza¹⁷.

Frente a estas presiones, Catar continuaba defendiendo a Hamas como actor de paz. El pequeño emirato estaba desafiando a la comunidad internacional con su total implicación en la mediación entre los palestinos e incluso presionó a las partes para que cedieran y desbloquearan el proceso. Posteriormente, ambas partes se quejaron de la presión catari en el proceso de la negociación. Catar proporcionó una alternativa a Fatah y Hamas para la celebración de unas elecciones democráticas respaldadas por la legitimidad popular y de este modo hacer frente a la comunidad internacional. Con esta propuesta Hamas estaba obligada a aceptar la solución de dos estados para el conflicto Palestino-Israelí.

La mediación de Catar en Palestina ha resultado complicada debido, por un lado, a la fuerte influencia de los actores internacionales y regionales sobre el conflicto palestino-israelí y a los cambios geopolíticos que sufre la zona; y por otro, a las limitaciones de los actores palestinos para actuar unilateralmente sin el consentimiento de la comunidad internacional. La credibilidad de Catar ante los palestinos se construyó sobre la neutralidad anteriormente discutida, por las ayudas económicas que ascendieron a más de medio millón de dólares, la reconstrucción de infraestructuras y el soporte mediático a través de Aljazeera para defender su causa ante Israel y Estados Unidos en especial. El viaje del primer jefe de Estado Cheikh Hamad a Gaza en 2007 despertó mucha expectación y simpatía popular, y consolidó su legitimidad ante el pueblo palestino. En contraposición, esta visita generó resentimiento en Fatah y en Israel.

Podemos decir que el valor añadido de “la Declaración de Doha” de 2004, en comparación con las anteriores mediaciones de Arabia Saudí y Egipto fueron los seis puntos pactados por ambas partes. A día de hoy, y según líderes de Hamas y Fatah, el factor internacional sigue condicionando la reconciliación palestina y la formación de un gobierno de unidad nacional.

17 BRONNER, E., «Unity Deal Brings Risks for Abbas and Israel», The New York Times, 7 de febrero de 2013. Disponible en www.nytimes.com/2012/02/07/world/middleeast/palestinian-factions-reach-unitydeal.html?pagewanted=all.

3. LOGROS Y LIMITACIONES DE CATAR EN MEDIACIÓN

Catar ha elegido la mediación como motor de su política exterior. Esta *manière de faire* es una estrategia eficaz y eficiente para mantener la neutralidad en una región de conflictos. Además, la política de “buena vecindad” y “todos son amigos” le genera una amplia influencia. No obstante, una exploración de la política exterior catari nos revela el gran riesgo que ha asumido Catar para mantener la estabilidad interna y regional, y una mayor influencia política¹⁸. La legitimidad con que goza Catar en el mundo árabe y Occidente se debe fundamentalmente a su independiente política exterior, la liberalización política y económica y la “Marca de Estado”¹⁹.

La estrategia de mediación emprendida por Catar se basaba sobre dos componentes básicos, por un lado, la neutralidad y la imparcialidad que procura el país tener con las partes del conflicto; y por el otro, los incentivos financieros que facilita a los dos bandos del conflicto para la reconstrucción del país. Este tipo de mediación que practica Catar se basa en el poder²⁰ y la influencia que proyecta en las partes del conflicto de manera que los incentivos financieros que ofrece aceleran el cierre del acuerdo.

Según Kleiboer no existe una fórmula de oro para el éxito de la mediación²¹. La mediación de Catar ha tenido éxito gracias a su fórmula propia de mediación. En todos los casos en los que ha mediado (Líbano, Palestina, Afganistán, Etiopía, Mali, Irak, Israel, Sudán y Yemen)²² el balance y los resultados son diferentes. Algunos han sido más sostenibles y otros han obtenido efectos a corto plazo. En Líbano, los acuerdos de Doha de 2008 pudieron haber detenido la violencia callejera, pero no impidieron que el país no cayera en una mayor inestabilidad dando lugar a tensiones entre los movimientos políticos. En Palestina, la visita del Emir Hamad Ibn Khalifa a Gaza pudo ayudar a la formación de un gobierno de unidad palestino, pero tal objetivo no se ha logrado hasta mayo de 2014. Algunos observadores ven que la agenda y las medidas de negociación que pone Catar sobre la mesa son de carácter temporal y que en mayor medida sirven para potenciar la imagen de Catar en la comunidad internacional. Esto se explica por el hecho de que la toma de decisiones en política exterior se ve reducida a un círculo de menos de seis personas²³. Esta centralización, si la sumamos a la carencia

18 KHATIB, L., op. cit., nota 3, pp. 417–431.

19 BARAKAT, S., «The Qatari Spring : Qatar’s emerging role in peacemaking», Research Paper (Kuwait Programme on Development, Governance and Globalisation in the Gulf States), 2012, núm. 24.

20 MORAN, D., «Qatar Steps into the Breach», Security Watch (ISN Zurich: International Relations and Security Network), 24 de marzo de 2009. Disponible en www.isn.ethz.ch/isn/Current-Affairs/Security-Watch/Detail/?lng=en&id=98148.

21 KLEIBOER, M., «Understanding Success and Failure of International Mediation», Journal of Conflict Resolution, Vol. 40, 1996, núm. 2, p. 375.

22 HOUNSHELL, B., op. cit., nota 2.

23 ADULLAH, J., La politique étrangère de l’État du Qatar (1995-2010). Contribution a la

de recursos humanos profesionales en el Ministerio de Exteriores, y a la reducida infraestructura diplomática en el extranjero, nos demuestra otras limitaciones que obstaculizan el seguimiento de los procesos de mediación de Catar.

Los logros de Catar en la mediación se deben principalmente al personalismo del Amir más que a las instituciones. El equipo negociador constaba de tres personas: Al-Amir Hamad Ibn Khalifa, Primer Ministro y Ministro de Exteriores Hamad Ibn Jasim y Vice-ministro Al-Mahmud. Los tres acreditan un perfil y unas habilidades de negociación y mediación altas. Este personalismo tiene sus inconvenientes a la hora del seguimiento de proceso y la ejecución de los acuerdos.

Durante la primavera árabe Catar abandonó su papel de mediador a favor de las acciones políticas y/o militares como son los casos de Libia y Bahrein. Esta actuación fue respaldada por la cadena Aljazeera que reflejaba la política exterior de Catar y su posicionamiento a favor de las revueltas árabes excepto en Bahrein. Este giro en su política exterior ha mermado su imagen de neutralidad considerablemente en el Mediterráneo y Oriente Medio al participar en la intervención militar de la OTAN contra Al-Gaddafi.

RESUMEN

Catar se ha convertido en un actor mediador regional líder en las relaciones internacionales en el Mediterráneo; y ha demostrado tener una gran capacidad de reducir tensiones en conflictos. El papel que ha jugado como mediador en Líbano, Palestina y en otros países árabes, le ha permitido acumular prestigio de mediador creíble y honesto en el Mediterráneo. Para Catar, la mediación es una estrategia eficaz y eficiente para mantener la neutralidad en una región de conflictos. La estrategia de mediación emprendida por Catar se basaba sobre dos componentes básicos, por un lado, la neutralidad y la imparcialidad que procura el país tener con las partes del conflicto; y por el otro, los incentivos financieros que facilita a los dos bandos del conflicto para la reconstrucción del país. Los logros de Catar en la mediación se deben principalmente al personalismo del Amir más que a las instituciones.

comprehension de la politique contemporaine d'un ésta du Golfe, Avignon, Tesis Doctoral, Université d'Avignon et des Pays Vaucluse - Faculte des Sciences Juridiques, Politiques et Economiques, 2011, p. 121.

LA ACTIVIDAD MEDIADORA DE LA UNIÓN EUROPEA A TRAVÉS DEL INSTRUMENTO DE ESTABILIDAD

Gloria Fernández Arribas
Profesora Contratada Doctora Temporal
(Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA ACTIVIDAD MEDIADORA DE LA UNIÓN EUROPEA.—3. EL INSTRUMENTO DE ESTABILIDAD.—3.1 Actividades a corto plazo.—3.2 Actividades a largo plazo.—4. CONCLUSIONES.

PALABRAS CLAVES: Unión Europea, Mediación, Instrumento de Estabilidad, Mecanismo de Asesoramiento y Mediación, *Peace-building Partnership*.

1. INTRODUCCIÓN

La mediación es un medio de solución de controversias característico de la sociedad internacional, ya sea de manera informal y desinstitucionalizada, o mediante su inclusión en tratados internacionales o como parte de la propia actividad de determinadas organizaciones internacionales, otorgándosele a este procedimiento una mayor relevancia en determinados ámbitos.

La elección del mediador ha evolucionado a lo largo de la historia, desde la elección de personalidades de relevancia internacional, a la elección de especialistas y expertos en mediación, pudiendo ambos cumplir con su función principal consistente en “reconciliar las pretensiones opuestas y en apaciguar los resentimientos que puedan haber surgido entre los Estados en conflicto”²⁴. Pero la práctica y la evolución de la sociedad internacional, así como de los conflictos,

²⁴ Art. 4 de la Convención de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales.

han puesto de manifiesto la importancia que tiene la mediación experta como elemento de éxito en un proceso de mediación, si bien y a pesar de ello “la capacidad, si no de imponer, sí al menos de influir y, en todo caso, controlar, el desenlace de determinadas controversias explica el interés de las grandes potencias en asumir estas misiones”²⁵, perjudicando o retrasando el éxito de las mismas, o creando situaciones de paz poco duraderas.

Esta necesidad de especialización ha llevado a Naciones Unidas a crear una Unidad de Apoyo a la Mediación dentro del Departamento de Asuntos Políticos, y a la Unión Europea (UE) a crear el Equipo de Apoyo a la Mediación de la Unión Europea. Pero estas organizaciones no sólo han centrado su actividad en el ejercicio de la mediación directa, sino que han apoyado y financiado la actividad mediadora desarrollada por otros actores, buscando de esta forma una mayor experiencia que permita obtener mejores resultados en determinados conflictos o fases de un conflicto.

En este trabajo nos centraremos principalmente en analizar la actividad que desarrolla la Unión Europea, pero no cómo mediadora directa, sino como financiadora de proyectos de mediación a través del Instrumento de Estabilidad. De este modo analizaremos los tipos de proyectos a corto y largo plazo y las distintas acciones dentro de los mismos.

2. LA ACTIVIDAD MEDIADORA DE LA UNIÓN EUROPEA

La actividad mediadora de la Unión Europea se enmarca dentro del ámbito de la prevención de conflictos, que constituye uno de los fines de la acción exterior de la Unión, tal y como vienen recogido en el art. 21.2c) del Tratado de la Unión Europea (TUE).

En este sentido resulta esencial el Programa de Gotemburgo sobre Prevención de Conflictos, adoptado por el Consejo Europeo de 2001²⁶, ya que supone la base del posterior desarrollo de la política de la UE en materia de prevención de conflictos. Del mismo modo, consideramos necesario mencionar también el Informe del Alto Representante y de la Comisión sobre la mejora de la coherencia y efectividad de la acción de la UE en el ámbito de la prevención de conflictos²⁷, debido a que el mismo señala de manera expresa intereses particulares de

²⁵ REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 683.

²⁶ Programa de la Unión Europea para la prevención de conflictos violentos (9537/1/01 REV 1 + REV 1 COR 1) (fi).

²⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Improving the Coherence and Effectiveness of European Union Action in the Field of Conflict Prevention*, Informe del Secretario General/Alto Representante y la Comisión, Bruselas, 30 de noviembre de 2000.

la Unión en materia de prevención de conflictos, afirmando que los conflictos afectan “*EU interests by creating instability, by reducing trade and putting investments at risk, by imposing a heavy financial burden in reconstruction and ultimately by threatening the security of citizens*”²⁸.

Esta consideración mercantilista de los efectos que los conflictos internacionales pueden tener respecto de los intereses de la UE, determinará también la necesidad de desarrollar una política de prevención de conflictos efectiva, ya que como señalaba dicho documento, el coste económico que supone la prevención de conflictos es mucho menor en comparación con el coste que conllevan las consecuencias de un conflicto²⁹.

En los primeros documentos sobre la materia, las referencias a la mediación son escasas, de este modo en el Programa de Gotemburgo ni si quiera se hacía mención a la misma de manera expresa, y en el informe presentado por el Alto Representante y la Comisión, únicamente la ponían en relación con el trabajo llevado a cabo por las ONG, y la mencionaban entre los proyectos y programas que debían incluirse en los Documentos Estratégicos País de Estados en situación inestable. Por otra parte, en la Comunicación de la Comisión sobre Prevención de Conflictos³⁰, además de incluir la mediación entre los instrumentos que la UE puede utilizar para la prevención de conflictos, la única mención a resaltar se encuentra dentro del Mecanismo de Reacción Rápida³¹, al considerar que en las operaciones a corto plazo debería incluirse la mediación.

A pesar de esta “falta de interés” por la mediación dentro de la política y documentos relativos a la prevención de conflictos, la actividad mediadora de la UE durante este periodo no estuvo paralizada. Entre otras actividades de mediación, la UE participó en la solución del conflicto en Georgia, como mediadora en 2008 en el Proceso de Ginebra relativo a Osetia del sur y Abjasia³². A pesar de que dicha actividad fue considerada en Bruselas como un éxito³³, la misma puso

²⁸ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 27, p. 4.

²⁹ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 27, p. 4.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la prevención de conflictos*, COM(2001)0211 final, Bruselas, 11 de abril de 2001.

³¹ Que fue sustituido por el Instrumento de Estabilidad que analizaremos más adelante.

³² Véase MERLIGEN, M. y OSTRASKAITÉ, R., «EU peacebuilding in Georgia. Limits and achievements», *CLEER Working Papers*, 2009, núm. 6. Véase también RODRÍGUEZ PRIETO, M. V., «La Unión Europea ante el conflicto de Georgia: éxito en la mediación y resolución», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 745-754.

³³ MERLIGEN, M. y OSTRASKAITÉ, R., *op. cit.*, nota 32, p. 25. También ha sido considerado un éxito más reciente el acuerdo entre Serbia y Kosovo sobre los principios que rigen sus relaciones, para cuya consecución actuó como mediadora la UE a través de la Alta Representante, en todo caso, tal y como señalan Gutiérrez Espada y Cervell Hortal, no todo fueron éxitos ya que todavía algunos Estados Miembros de la UE no reconocen a Kosovo, y el tratado deja muchas cuestiones en el aire. Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., «Acuerdo, de 19 de abril de 2013, sobre los principios que rigen la normalización de relaciones entre Serbia y Kosovo, con la mediación de la Unión

de manifiesto la dificultades con las que se encuentra la Unión a la hora de ejercer sus actividades de mediación, como la limitada influencia sobre las partes, o la imposibilidad de actuar imparcialmente en el asunto debido a los límites que imponía su política relativa al reconocimientos de entidades separatistas³⁴. Estas dificultades fueron sin duda un elemento a tener en cuenta en la redacción del documento que va a determinar la actividad mediadora de la UE en el futuro, el “*Concept on Strengthening EU Mediation and Dialogue Capacities*”³⁵ (en adelante, “Concepto”).

Este documento fue precedido por la Estrategia Europea de Seguridad³⁶, en la que se incluía la prevención de conflictos a través de actividades diplomáticas, y en cuyo informe de 2008 sobre la aplicación de la misma, se señalaba la necesidad de mejorar la capacidad de diálogo y mediación de la UE³⁷.

El “Concepto” puede considerarse fruto de las lecciones aprendidas por la UE a través de su actividad mediadora en diferentes conflictos, y establece la mediación como primer instrumento de respuesta en cualquiera de las fases de un conflicto: antes de la transformación en conflicto armado, una vez estallada la violencia y durante la aplicación de los acuerdos de paz, por lo que es posible afirmar que es considerada como un medio esencial de mantenimiento de la paz. Este documento señalaba los medios de los que disponía la UE para llevar a cabo su actividad mediadora, pero una de las aportaciones más interesantes suponía la determinación de los distintos ámbitos en los que la UE podía ejercer su actividad mediadora, y que pueden ser extrapolables a la actividad llevada a cabo por distintos actores: promover, ejercer influencia, apoyar o financiar la mediación. De este modo, será necesario analizar cada uno de los escenarios para determinar cuál es el medio más adecuado para que la UE pueda contribuir con éxito a la resolución del conflicto, lo que implica no actuar siempre como mediadora y permanecer en ocasiones en segundo plano, por ejemplo apoyando la actividad desarrollada por otras organizaciones internacionales o actores civiles, conociéndose este último supuesto como diplomacia privada³⁸.

El “Concepto” resulta por tanto un documento de referencia para desarrollar la actividad de mediación de la UE, al determinar cuáles son las necesidades de

Europea», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 2, 2013, p. 347.

³⁴ MERLIGEN, M. y OSTRAUSKAITÉ, R., *op. cit.*, nota 32, p. 23.

³⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Concept on Strengthening EU Mediation and Dialogue Capacities*, Bruselas, 10 de noviembre de 2009.

³⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Una Europa Segura en un Mundo Mejor. Estrategia Europea de Seguridad*, Bruselas, 12 de diciembre de 2003.

³⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Informe sobre la Aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad - Ofrecer Seguridad en un Mundo en Evolución*, Bruselas, 11 de diciembre de 2008.

³⁸ Sobre diplomacia privada véase CEBADA ROMERO, A. «Hacia la construcción descentralizada de la paz: una oportunidad para la sociedad civil, para el Derecho internacional y para la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 35, 2010, p. 22 y ss.

la Unión para fortalecer dicha actividad y como pueden cubrirse. Y es en este documento donde se señalan además las principales fuentes de financiación: el Mecanismo para la Paz en África, y el Instrumento de Estabilidad, que constituye el objeto de este trabajo.

3. EL INSTRUMENTO DE ESTABILIDAD

El Instrumento de Estabilidad³⁹ (IE) sustituye, como indicábamos anteriormente, al Mecanismo de Reacción Rápida⁴⁰. Este Instrumento fue adoptado para el periodo 2007-2013 con la finalidad de dar coherencia a la acción exterior de la UE y permitir a la Unión prevenir conflictos internacionales o responder al surgimiento de los mismos. El instrumento recogía la actuación de la UE en todos los ámbitos relativos a cooperación, desde la cooperación al desarrollo hasta la cooperación económica o técnica, si bien suponía un complemento a los instrumentos geográficos de la UE, ya que únicamente sería utilizado en los casos en los que no se pudiera dar una respuesta adecuada mediante el resto de instrumentos⁴¹.

El IE está centrado principalmente en dos tipos de ayuda: ayudas en respuesta a situaciones de crisis o crisis incipiente, y ayuda en el contexto de condiciones estables para la cooperación, teniendo la mediación cabida en ambos tipos de ayuda. De este modo al analizar la actividad mediadora de la UE a través del IE nos centraremos en la ayuda financiera prestada a distintos actores que intervienen en el ámbito de la mediación, y no en la actividad de la propia UE como mediadora directa en un conflicto, desarrollando por tanto de este modo una diplomacia descentralizada⁴².

Para el periodo 2014-2020 se ha aprobado un Instrumento en pro de la Estabilidad y la Paz⁴³, en el que el segundo tipo de ayudas mencionadas se enmarcan dentro de las ayudas para la prevención de conflictos, consolidación de la paz y preparación frente a situaciones de crisis, manteniéndose en todo caso el primer

³⁹ Reglamento (CE) núm. 1717/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2006 por el que se establece un Instrumento de Estabilidad (*DOUE*, núm. L 327, de 24 de noviembre de 2006).

⁴⁰ Una de las principales diferencias respecto del Mecanismo de Reacción Rápida se encuentra en la dotación, con una cantidad media de 185 millones de euros al año para medidas de respuesta a las crisis durante el período 2007-2013.

⁴¹ Sobre el Instrumento de Estabilidad véase DUKE, S. y COURTIER, A., «EU Peacebuilding: Concepts, players and instruments», *CLEER Working Papers*, 2009, núm. 3; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «The European Union and the Kimberley Process», *CLEER Working Papers*, 2014, núm. 3.

⁴² CEBADA ROMERO, A., *op. cit.*, nota 38, p. 19.

⁴³ Reglamento (UE) núm. 230/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un instrumento en pro de la estabilidad y la paz (*DOUE*, núm. L 77, de 15 de marzo de 2014).

tipo de ayudas⁴⁴. Debido a la reciente adopción de este instrumento nos centramos en analizar la actividad desarrollada a través del instrumento adoptado en 2007, dado que es el que se ha implementado hasta la fecha.

3.1 Actividades a corto plazo

El Reglamento del IE señala que la ayuda técnica y financiera en situaciones de emergencia, crisis o crisis incipiente tendrá entre otros fines, el “apoyo, mediante la provisión de ayuda técnica y logística, a los esfuerzos adoptados por organizaciones internacionales y regionales y actores estatales y no estatales con miras a promover la creación de confianza, la mediación, el diálogo y la reconciliación”. En este sentido se puede observar la importancia que presta la Unión a la cooperación con sus socios en materia de mediación, y que ha quedado de manifiesto en los distintos documentos que sobre mediación ha desarrollado la UE. De este modo el “Concepto” dedicaba a un apartado exclusivo para determinar cómo debía llevarse a cabo la colaboración con otros actores internacionales, señalando como actor privilegiado a Naciones Unidas, pero mencionando también a actores regionales como la OSCE y la Unión Africana, sin olvidar a las ONGs.

Esta actividad desarrollada a corto plazo por la UE se llevó a cabo principalmente a través del Mecanismo de Asesoramiento y Mediación (PAMF), que permitía la financiación de medidas urgentes y específicas⁴⁵, entre ellas el Enviado Especial del Secretario General de Naciones Unidas a Myanmar, colaborando de este modo con Naciones Unidas; o el diálogo entre el gobierno de Laos y el pueblo Hmong que fue facilitado por una ONG (Henry Dunant Centre for Humanitarian Dialogue)⁴⁶. Como ejemplo de implementación de alguno de estos casos señalaremos este último, en el que la UE llevó a cabo su actividad mediadora estableciendo dos fases, una primera en la que se evaluó la disposición de ambas partes para iniciar contactos significativos, y una segunda, que se inició a mediados de 2010, con el establecimiento de medidas que generaran confianza para llegar finalmente a la adopción de un acuerdo. Esta actividad se ha llevado a cabo mediante contactos, tanto bilaterales como multilaterales, entre las partes y actores que han actuado como mediadores.

⁴⁴ El Instrumento de 2014 introduce como novedad ayudas para hacer frente a amenazas mundiales y transregionales y a amenazas incipientes (Art. 5 Reglamento (UE) núm. 230/2014).

⁴⁵ Las acciones llevadas a cabo por el PAMF no se centran únicamente en la mediación, y pueden ser de diverso tipo, entre las distintas clases de acciones llevadas a cabo podemos señalar el asesoramiento político relativo a reformas en el gobierno armenio en 2008; el apoyo a la preparación de elecciones en Moldavia en 2009; o evaluación de necesidades para la gestión de fronteras en Libia en 2012.

⁴⁶ Toda esta actividad puede consultarse en los Informes anuales que elabora la Comisión Europea sobre el Instrumento de Estabilidad. Véase http://eeas.europa.eu/ifs/docs/index_en.htm (última consulta 4 de febrero de 2015).

Para el PAMF se asignaba anualmente una cantidad⁴⁷, y tiene como particularidad la rapidez a la hora de utilizar de dichos fondos, ya que podría disponerse de cantidades de hasta dos millones de Euros únicamente con la adopción de decisiones rápidas a un nivel inferior⁴⁸.

Junto con estas actuaciones desarrolladas a través del PAMF, también se adoptan decisiones de financiación individuales a corto plazo, como la adoptada para financiar el equipo conjunto de mediación de Naciones Unidas y la Unión Africana en Darfur, o las actividades de mediación de ONGs en Mindanao. El caso de Darfur, para el que se asignaron tres millones de Euros al “*Trust Fund for the AU-UN Joint Mediation Support Team (JMST) for Darfur*”⁴⁹, supone una de las situaciones en las que el apoyo de la UE no ha tenido sus frutos. Pero además, la crisis en Sudan ha puesto de manifiesto uno de los casos en los que la UE se ha visto incapacitada para actuar como mediadora directa debido a la desconfianza generada entre las partes, viéndose obligada a desarrollar una labor exclusiva de financiación. En este sentido, su apoyo a la Corte Penal Internacional en el cumplimiento de la orden de detención de Al Bashir minó su capacidad de ejercer influencia alguna sobre el gobierno de Jartum, por lo que acabó siendo considerada simplemente como una fuente de ingresos⁵⁰.

3.2 Actividades a largo plazo

La actividad de la Unión en materia de mediación no sólo se desarrolla a corto plazo y de manera inmediata. Como se ha señalado, dentro del IE también se recogerían ayudas en el contexto de condiciones estables para la cooperación, dentro de las cuales se establecía la formación de capacidades precrisis y poscrisis con la finalidad de otorgar “apoyo a medidas a largo plazo para la formación y el refuerzo de la capacidad de organizaciones internacionales, regionales

⁴⁷ En 2007 se asignaron diez millones de euros, en 2008 se asignaron cinco millones y medio de euros; en 2009 se asignaron doce millones de euros. Véase *Commission Staff Working Document Accompanying the Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2009. Annual report from the European Commission on the Instrument for Stability*, COM(2010) 512 final, 2010, p. 109. Las cantidades designadas en los años posteriores pueden consultarse por proyectos en el *Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2012. Annual Report on the Instrument for Stability (Annex II)*, COM(2013) 563 final, 2013.

⁴⁸ *Commission Staff Working Document Accompanying document to the Report from the Commission to the Council and the European Parliament Annual report from the European Commission on the Instrument for Stability in 2008* (COM(2009) 341, 2009, p. 57).

⁴⁹ *Commission Staff Working Document Accompanying document to the Report from the Commission to the Council and the European Parliament Annual report from the European Commission on the Instrument for Stability in 2008* (COM(2009) 341, 2009, p. 90).

⁵⁰ PARLAMENTO EUROPEO, *Implementing the EU concept on mediation: Learning from the cases of Sudan and the Great Lakes*. Junio de 2011, p. 25.

y subregionales y agentes gubernamentales y no gubernamentales en relación con sus esfuerzos de: a) promoción de la detección precoz, establecimiento de la confianza, mediación y reconciliación y tratamiento de tensiones incipientes entre comunidades”⁵¹.

De nuevo la actividad de la Unión se centró en financiar y apoyar la labor mediadora desarrollada por terceros, que se enmarcó dentro del *Peace-building Partnership* (PbP), también conocido como “*crisis preparedness component*”. El PbP tiene como objetivo la movilización y consolidación de un equipo de expertos en acciones de consolidación de la paz, centrándose principalmente en fortalecer la capacidad de respuesta ante situaciones de crisis de los principales socios de la UE, pero también de determinadas organizaciones civiles, think-tanks, organizaciones internacionales y regionales y agencias de los Estados Miembros. Por lo tanto, las actividades a financiar a través de PbP pueden ser variadas en cuanto a contenido y entidad que la desarrolla. En este sentido, la mediación además de estar expresamente prevista en el Reglamento del IE, supone uno de los elementos principales de consolidación de la paz, y la preparación de expertos en mediación o la creación de órganos de mediación en países inestables constituye un elemento esencial de prevención de conflictos.

Las acciones en materia de mediación llevadas a cabo por la UE a través del PbP pueden centrarse en tres ámbitos. El primero de ellos se refiere al apoyo prestado a organizaciones internacionales o regionales, como la ayuda prestada al *Stand-by Team of Mediation Experts*⁵² de la Unidad de Apoyo a la Mediación de Naciones Unidas; o al Diálogo Internacional sobre la Consolidación de la Paz y del Estado de Derecho entre los Estados frágiles, y al proyecto de seguimiento de la aplicación de los Principios para el compromiso internacional en Estados frágiles y en situaciones de fragilidad, llevado a cabo por la OCDE. Dentro de este ámbito, resulta también necesario señalar el proyecto para “Equipar a los agentes locales en la Gestión de Conflictos internos y procesos nacionales con habilidades para el diálogo y la negociación constructiva”⁵³, llevado a cabo por la

⁵¹ Art. 4.3 Reglamento (CE) núm. 1717/2006.

⁵² “Se trata de un Equipo de Expertos en Mediación que están listos para ser desplegados en menos de 72 horas y provén apoyo y asesoría sin ningún tipo de costo para el solicitante”. BARGIAGGHI, P., «El equipo de expertos en mediación de Naciones Unidas», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E. M., ADAM MUÑOZ, M. D. y CORNAGO PRIETO, N., *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant lo Blanch, 2013. Concretamente la UE ha prestado su apoyo para el trabajo realizado sobre la relación entre recursos naturales y conflictos armados, género y distribución de la riqueza. *Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2012. Annual Report on the Instrument for Stability (Annex II)*, COM(2013) 563 final, 2013.

⁵³ Este proyecto persigue dotar de habilidades para la negociación a los agentes nacionales y locales en los países seleccionados, con el objetivo a largo plazo de proporcionar una base para el establecimiento de mecanismos nacionales, foros y otras capacidades para la medición y gestión de crisis. *Ibid.* p. 20.

Dirección de Prevención de Crisis y de Recuperación del PNUD en colaboración con las delegaciones de la UE.

Junto con esta actividad, un segundo grupo podríamos centrarlo en la financiación de actividades de mediación llevadas a cabo por organizaciones civiles, como el proyecto de “Fortalecimiento de las capacidades de los actores no estatales para prevenir y resolver los conflictos en las zonas afectadas por la violencia post-electoral en Kenia”, desarrollado por el *Konrad Adenauer Stiftung* en 2009; o el Desarrollo de una Red de la Sociedad Civil para la Transformación de Conflictos en la archidiócesis de Bukavu, para prevenir la reaparición del conflicto en Kivu del Sur en la República Democrática del Congo, llevado a cabo por la *Catholic Agency For Overseas Development*, también en 2009⁵⁴.

Finalmente, la UE a través del PbP ha financiado también la *Initiative for Peace-building*. Se trata de un consorcio de organizaciones civiles que tienen la finalidad aprovechar los conocimientos y experiencia de las mismas en materia de prevención de conflictos y consolidación de la paz para facilitar y optimizar el trabajo de los actores que actúan en este campo. Entre sus actividades está la colaboración, el diálogo político, la creación de capacidades o el entrenamiento de expertos. En materia de mediación, el consorcio se ha centrado en la publicación de informes y la organización de algunos talleres, sin que se haya llevado a cabo por ejemplo uno de los elementos esenciales para fortalecer la mediación, como es el entrenamiento de expertos⁵⁵, elemento este incluido en unos de los informes publicados por el consorcio como determinante para fortalecer la actividad mediadora de la UE⁵⁶.

4. CONCLUSIONES

La actividad mediadora de la UE llevada a cabo a través del IE supone un modelo a tener en cuenta a la hora de desarrollar una política de mediación en el Mediterráneo.

La UE ha comprendido que la eficacia de la mediación no se consigue únicamente actuando directamente, sino financiando a expertos en mediación y a entidades locales que pueden generar una mayor confianza entre las partes. Para llevar a cabo esta financiación de manera eficaz es necesario disponer de un fondo de carácter flexible que permita el desarrollo de acciones inmediatas ante

⁵⁴ *Commission Staff Working Document Accompanying the Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2009. Annual report from the European Commission on the Instrument for Stability*, COM(2010) 512 final, 2010.

⁵⁵ PARLAMENTO EUROPEO, *op. cit.*, nota 50, p. 17.

⁵⁶ HERBERG, A., GÜNDÜZ, C. y DAVIS, L., «Engaging the EU in mediations and dialogue. Reflections and recommendations», *Initiative for Peacebuilding Mediation Cluster*, mayo de 2011.

situaciones de crisis urgentes, y también el desarrollo de planes a largo plazo que permitan consolidar actividades de mediación duraderas, creando tanto equipos nacionales en Estados frágiles, como equipos internacionales con experiencia para desarrollar su actividad en cualquier Estado.

Trasladar este sistema al ámbito del Mediterráneo exigiría en primer lugar la creación de un fondo dedicado a la financiación de actividades de mediación. Este fondo podría financiar en primer lugar en la creación de un grupo de expertos de alerta ante situaciones de crisis, y una vez verificada, el mismo fondo podría financiar actividades de mediación desarrolladas por organizaciones civiles expertas en mediación, ya sean locales o extranjeras, dependiendo del conflicto, siempre que estuviese garantizada la imparcialidad del mediador⁵⁷.

Junto con esta actividad a corto plazo, debería designarse también financiación para la formación de expertos de mediación en el ámbito del Mediterráneo, que permitiera conocer las peculiaridades de la región e intereses, y desarrollar una formación especializada.

Por tanto, experiencia, profesionalidad y formación deben ser elementos claves para elaborar una adecuada política de mediación en el Mediterráneo que permita solucionar de manera efectiva los conflictos, previo al estallido de violencia. Sin duda este modelo de mediación requiere de un compromiso político y económico por parte de los Estados de la región, debiendo tener presentes que tal y como señalaba el Alto Representante y la Comisión en su Informe, el coste económico de desarrollar una actividad mediadora eficaz es menor que el coste económico que supondría el estallido de la violencia.

RESUMEN

El Instrumento de Estabilidad adoptado por la Unión Europea en 2007 recogía ayuda técnica y financiera para actividades de mediación a fin de contribuir a la estabilidad en situaciones de emergencia o crisis incipiente, además del mismo tipo de ayudas en lo que se refiere a la formación de capacidades precrisis y poscrisis dentro de las cuales se encontraba también la mediación. En base al mismo la Unión Europea creó el *Peace-building Partnership*, con la finalidad de dotar de medios a organizaciones a fin de responder a situaciones de precrisis, entre los que se encuentran servicios de mediación y reconciliación. Principalmente dicho objetivo tenía como prioridad actores no estatales, pero también podría desarrollarse actividades junto con otras organizaciones como Naciones Unidas.

El nuevo Instrumento en pro de la estabilidad y de la paz adoptado en Marzo de 2014, recoge de nuevo la mediación como medio para la consecución de los

⁵⁷ CEBADA ROMERO, A., *op. cit.*, nota 38, p. 29-30.

objetivos del mismo e incluyéndolo de nuevo entre las ayudas en respuesta a situaciones de crisis o crisis incipiente para prevenir conflictos, y en las ayudas para la prevención de conflictos, consolidación de la paz y preparación frente a situaciones de crisis. Queda por tanto ver qué acciones llevará a cabo la Unión con este nuevo Instrumento.

Finalmente, es necesario mencionar que, considerando que la mediación es uno de los instrumentos más eficaces para la prevención de conflicto, el Consejo adoptaba en 2009 el “*Concept on Strengthening EU Mediation and Dialogue Capacities*” un documento de referencia para el ejercicio de la capacidad de la UE como mediador y que ha servido de base para desarrollar el Equipo de apoyo a la mediación (*Mediation Support Team*) dentro del Servicio Europeo de Acción Exterior.

Todas estas actividades pueden ser analizadas como posible modelo de acción mediadora en el Mediterráneo.

CONFLICTO DE CULTURAS POLÍTICAS Y SOCIALES EN EL MEDITERRÁNEO Y LA APLICABILIDAD DE LA MEDIACIÓN

Nadina Foggetti

Doctora en Derecho Internacional y de la UE
(Universidad de Bari)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL *MUT'A*.—3. EL *MUT'A* Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CUESTIONES DE CALIFICACIÓN Y RECONOCIMIENTO.—4. EL *MUT'A* Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHO HUMANOS.—5. LA APLICACIÓN DEL MODELO MEDITERRÁNEO DE MEDIACIÓN.

PALABRAS CLAVES: Conflicto de civilizaciones, Ley islámica, Mediación mediterránea.

1. INTRODUCCIÓN

La aplicación del Derecho extranjero por medio de las normas de conflicto de leyes puede comportar la inaplicabilidad de instituciones jurídicas extranjeras por reserva de orden público. En algunos casos, el conflicto de leyes puede traducirse en un conflicto de civilizaciones⁵⁸.

El paso de un tipo de conflicto a otro depende del papel del orden público. En los conflictos de leyes, su intervención es esporádica, mientras que, en los conflictos de civilizaciones, lo hace de manera sistemática⁵⁹.

58 Diago Diago, M. P., «La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisation, sous l'angle du droit International privé espagnol», ADL, 2001, pp. 407-425.

59 Carella, G., «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato: ragione e prospettive di una ricerca sui rapporti tra due sistema», en Carella, G. (ed.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Turín, 2009; Carella, G., «Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo», Carella, G. (ed.), op. cit., nota 58, pp. 67-80.

A veces, la consecuencia de los conflictos de civilizaciones es que no se reconocen ramas enteras del Derecho extranjero, como sucede con el Derecho de familia islámico⁶⁰.

El mut'a o matrimonio temporal (es decir, aquel que se contrae con una fecha de disolución) es una institución jurídica de la ley islámica digna de estudio. Este artículo pretende analizar si el modelo mediterráneo de mediación puede perfilarse como método de resolución de conflictos capaz de superar los obstáculos que plantean el Derecho internacional privado y el orden público, siempre que se respete la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. EL MUT'A

El mut'a, o matrimonio de placer, existe en el Islam chií, se practicaba en Arabia en los tiempos preislámicos y se recoge en el Corán por ser una costumbre muy extendida. A día de hoy, el mut'a rige en Irán, donde está arraigada entre los chiíes duodecimanos en el subcontinente indio. En la ley islámica, el mut'a se inscribe en la categoría de los arrendamientos, esto es, contratos de uso. Las partes pronuncian solemnemente la fórmula contractual, que consiste en la oferta y su aceptación⁶¹.

Un elemento clave del mut'a es la comprobación de la compatibilidad jurídica de los cónyuges: el musulmán únicamente puede contraer matrimonio con una mujer que profese una de las cuatro religiones reveladas [sic]. Otra característica es que las partes estipulan su duración. La ley islámica establece que el plazo debe ser fijo y que no puede inferirse de un acontecimiento. La última gran particularidad es la donación que realiza el marido, sin la cual, el contrato es nulo. Respecto de la legitimidad de los hijos, la ley islámica establece que aquellos concebidos dentro del matrimonio heredan de ambos progenitores, pero que, extinguido el plazo, permanecen con el padre. El esposo tiene derecho a solicitar la disolución del matrimonio antes del término, aunque a la esposa le corresponde la mitad de la dote.

Si la esposa pide la disolución, únicamente recibe la parte del mahar correspondiente al periodo de ejecución real del contrato.

Para la ley islámica, todos ellos son pilares esenciales del matrimonio temporal. Sin embargo, se pueden esbozar también algunas variantes de la institución,

60 GUOLO, R., «La sharia in Italia. Il diritto parallelo nelle comunità islamiche, in *Diritto*», RDIC, Vol. 1, 2009, pp. 15-30; Ascanio, L., «Il Mhar tra diritto musulmano e contesto non islamico», RDIPP, 2004, p. 389 y ss.; Pastore, F., «Le famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia», RDI, 1993, pp. 73-85.

61 CASTRO, F., «Materiali e ricerche sul nikah al-mut'a», FI, Roma, 1974; Fyze, A., «Notes on Mut'a or temporary marriage», JBBRAS, núm. 7, 1932, pp. 79-92; Donaldson, D. M., «Temporary marriage in Iran», TMW, Vol. 26, 1936, pp. 358-370.

como el matrimonio urfi, o «tradicional», que es aquel que se celebra en una mezquita en territorio no musulmán y que no puede configurarse como matrimonio temporal porque, si los contrayentes fueran suníes, sería completamente ilícito⁶². Este tipo de matrimonio plantea una problemática concreta, debido, principalmente, a que el inmigrante musulmán lo utiliza para eludir la prohibición de practicar la poligamia que rige en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados occidentales⁶³. Según la ley islámica contemporánea, aunque las escuelas filosóficas jurídicas suníes prohíben el nikah mut'a, existen diversos tipos de matrimonio no permanente, incluido el misyar (ambulante) y el urfi (consuetudinario). Para algunos, el misyar es comparable con el nikah mut'a: su fin es la «satisfacción sexual de forma lícita». Su práctica está muy extendida entre los chiíes⁶⁴. Los matrimonios temporales pueden ser poligámicos⁶⁵ porque el marido puede tener varias «esposas temporales» al mismo tiempo⁶⁶.

El Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁶⁷ y el Comité de Derechos Humanos han analizado estas instituciones jurídicas, que se manifiestan muy reticentes a reconocer⁶⁸. El Tribunal Especial para Sierra Leona estudió el mut'a en una sentencia de 2009 en la que calificaba por primera vez el matrimonio forzado de delito de lesa humanidad distinto y diferenciado de la esclavitud sexual⁶⁹. De las pesquisas realizadas por este organismo se desprende que los matrimonios forzados pueden manifestarse de diversas formas, entre las que se encuentra el mut'a. El Tribunal

62 GRONDONA, M., «Il matrimonio temporaneo nel diritto musulmano sciita», AFG, 1999-2000, pp. 113-125.

63 CARELLA, M., Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e CEDU, en CARELLA, M., op. cit., nota núm. 58, p. 81.

64 BECK-PECCOZ, R. A., *Law of Personal Status*, Londres, 1990; Pearl, D. y Mensky, W., *Muslim Family Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998; Rizvi, S. M., *Marriage and Morals in Islam*, Islamic Education & Information Centre, Scarborough, 1990.

65 DONALDSON, D. M., op. cit. nota núm. 60, pp. 359-369.

66 HEFFENING, W., «Mut'a», en *Encyclopédie de l'Islam*, Parigi, 1993, p. 758 y ss.; Howard, I. K. A., «Mut'a Marriage Reconsidered in the Context of the Formal Procedure for Islamic Marriage», *JSS*, 1975, pp. 82-95.

67 Recomendación núm. 21 de 1994, *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.html>.

68 Observación general núm. 26 (68) de 29 de marzo de 2000 referente al art. 3, (CCPR/C/21Rev.1/Add.10), punto 24.

69 Tribunal Especial para Sierra Leona, *La Fiscalía c. Sesay*, Asunto núm. SCSL-04-15-T, Sentencia, P 2306 (2 de marzo de 2009); *Sierra Leone: "Forced Marriage" Conviction a First*, IRIN, 26 de febrero de 2009, <http://www.irinnews.org/Report.aspx?ReportId=83160>; véase también *Sierra Leone: Marion Kargbo, "My Mother Gave Me to Them"*, IRIN, 26 de febrero de 2009, <http://www.irinnews.org/Report.aspx?ReportId=83162>, Mikhail, *Child Marriage and Child Prostitution: Two Forms of Sexual Exploitation*, 10 *Gender and Dev.* 43, 45 (2002); Informe de la Relatora Especial de violencia contra la mujer, *Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género: Violencia contra la Mujer*, P 63, presentado ante la Comisión de Derechos Humanos, ONU Doc. E/CN.4/2002/83 (31 de enero de 2002) (elaborado por COOMARASWAMY, R.). Disponible en [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.2002.83](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2002.83).

Especial los definió como «matrimonios-violación» porque, con frecuencia, las mujeres —en la mayoría de los casos, aún niñas— se ven obligadas a contraerlo por motivos políticos, étnicos o puramente económicos⁷⁰. Las prácticas juzgadas por el Tribunal y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer revelan que la institución del mut'a o siqeh comparte con el matrimonio forzado un rasgo fundamental: la falta de consenso de una de las partes, normalmente la esposa. Su aplicación supone, en última instancia, la conculcación sistemática del principio de igualdad, además de constituir, en muchos casos, un delito de lesa humanidad.

En vista de estas consideraciones, la aplicación y el reconocimiento de esta institución jurídica concreta en el ordenamiento jurídico de la cuenca mediterránea occidental comporta una serie de cuestiones que serán objeto de análisis en este artículo.

3. EL MUT'A Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CUESTIONES DE CALIFICACIÓN Y RECONOCIMIENTO

En este contexto, la calificación de la institución es una cuestión de importancia capital⁷¹. El mut'a comparte únicamente el nomen *iuris* con el matrimonio de la tradición jurídica occidental. De hecho, se concreta en un contrato de uso, cuyo objeto plantea diversos problemas de clasificación. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sostiene que el sujeto del matrimonio temporal es una mujer y el objeto es, por lo general, su uso con fines sexuales. Por este motivo, las prácticas de esta índole han sido denominadas «matrimonios-violación» y el Tribunal Especial para Sierra Leona las ha asimilado a la práctica de los matrimonios forzados. Consideraciones teóricas al margen⁷², no es factible una clasificación según la *lex causae* porque puede entrar en conflicto con la reserva relativa al orden público y la normativa sobre los derechos humanos⁷³.

70 THUY SEELINGER, K., «Forced Marriage and Asylum: perceiving the invisible Harm», *CHRLR*, Vol. 42, 2010, núm. 55, p. 55 y ss.

71 MOSCONI, F. Y CAMPIGLIO, C., *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. I, Turín, Utet Guiridica, 2010; Barile, G., «Qualificazione (diritto internazionale privato)», *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milán, 1987; Rigaux, F., *La Théorie des Qualifications en droit international privé*, París, Larcier, 1956; Ziccardi, P., «Oggetto delle qualificazioni e funzione dei criteri di collegamento. Note critiche su alcuni aspetti tecnici delle norme di diritto internazionale private», *CS*, Vol. 7, Milán, 1977, pp. 365-382; Rabel, E., *The conflict of laws, A comparative Study*, Vol. 1, Chicago, University of Michigan Law School, 1945; Bartin, E., *Principiés de droit international privé*, Vol. 1, París, Domat-Montchrestien, 1930; Ago, R., *Teoria del diritto internazionale privato*, Vol. 1, Padua, Cedam, 1934, pp. 138-145; Ago, R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 1955, pp. 74-95; Kahn, F., «Gesetzeskollisionen», *AZIP*, Múnich-Leipzig, 1928, pp. 105-130.

72 DESPAGNET, F., «Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques», *JDIP*, 1898, pp. 253-271.

73 Carella, G., *Diritti umani, conflitti di legge e conflitti di civilizzazione*, Bari, Cacucci, 2011.

Por su parte, la *lex fori* excluye la calificación como matrimonio, puesto que carece de tal consideración en la ley islámica. La clasificación dentro de esta institución, sin embargo, colisiona con la prohibición recogida en el art. 108 CC de establecer una duración. Es una manifestación de un principio de orden público⁷⁴.

Puede sopesarse la inclusión del *mut'a* en los acuerdos de cohabitación, en vista de los elementos constitutivos y de los problemas aparejados a la disolución, como la indemnización por daños y perjuicios resultante de la separación, la posible aplicación de las obligaciones de manutención entre los cohabitantes y el ejercicio de la patria potestad.

El contrato de cohabitación es, asimismo, una institución desconocida en nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina, que, al principio, sugería la posibilidad de enmarcarlo dentro las relaciones familiares, subrayando, así, su analogía con el matrimonio, ha puesto de manifiesto la pertinencia de clasificarlo en cuestiones referentes a la *status personæ* por la importancia del elemento voluntarista que caracteriza este tipo de relaciones interpersonales⁷⁵.

Un estudio realizado por Consortium Asser-UCL avala esta interpretación de los efectos que comportan los contratos de cohabitación para el estado personal⁷⁶.

Cuando se traslada esta clasificación basada en un enfoque autónomo al contexto de los derechos de la personalidad⁷⁷, el Derecho aplicable es, según el art. 24 de la Ley 218/1995, el propio de los interesados.

En cuanto al Derecho aplicable a la disolución de un «matrimonio legalmente reconocido», la doctrina aboga por el planteamiento de la *electio iuris*, ya que la unión de hecho se fundamenta en el ejercicio de la voluntad de las partes, que se decantan por ella como alternativa al matrimonio.

En este sentido, desde hace mucho se debate la posibilidad de ampliar el principio de la elección del Derecho aplicable a las uniones de hecho como norma de Derecho internacional privado.

74 Khairallah, G., «Les “partenariats organisés” en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité)», *RCDIP*, 2000, pp. 317-331; Siehr, K., «Family Union in Private International Law», *NILR*, 2003, pp. 400-422.

75 Tonolo, S., «Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto interazionale privato e processuale», *RDI*, 2005, pp. 997-1015; Marella, M. R., *Il diritto di famiglia fra status e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, en Grillini, F. y Marella, M. R. (ed.), *Stare insieme. I legami giuridici della convivenza tra status e contratto*, Turín, Jovene, 2001.

76 ASSER-UCL Consortium, *Study in comparative law on the rules governing conflicts of jurisdiction and laws on matrimonial property regimes and the implementation for property issues of the separation of unmarried couples in the Member States*. Disponible en http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.html.

77 Gaudemet-Tallon, H., «La désunion du couple en droit international privé», *RDC*, Vol. 1, 1991, pp. 166-180; Mosconi, F., «Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario», *RIPP*, 2005, p. 305 y ss.

En su defecto, se aplicará el Derecho propio de los interesados, en cuyo caso, se impone una segunda clasificación atendiendo a la *lex causæ*.

Los distintos criterios de las instituciones limitan la aplicación al matrimonio temporal de la solución hallada para los contratos de cohabitación.

No en vano, la regulación de las uniones de hecho y de los contratos de cohabitación se rige por la protección de las relaciones humanas⁷⁸ según el art. 8 del CEDH⁷⁹ y, en Derecho interno, se fundamenta en el art. 2 de la Constitución.

El Tribunal de Estrasburgo no ha acotado nunca con claridad y precisión qué significan vida privada y familiar: en su opinión, es un concepto general, no susceptible de delimitación exhaustiva. En lugar de definir nítidamente la vida privada y familiar, el Tribunal ha señalado, caso por caso, las situaciones comprendidas en esta dimensión desde un punto de vista histórico, sociológico y jurídico⁸⁰.

De hecho, el CEDH incluye el derecho a entablar contacto con otros dentro de los derechos a la vida privada y familiar⁸¹. Así pues, la familia tradicional, las uniones de hecho y los contratos de cohabitación forman parte de la esencia del art. 8 de este texto⁸².

Estas instituciones jurídicas se circunscriben al ámbito de los derechos personales, por lo que podría ser de aplicación el art. 24.1 218/95 de la Ley. El *mut'a* conlleva, en esta situación, un recorte de los derechos personales porque se utiliza para coartar la libertad de las mujeres. En tales casos, la aplicación del art. 24 es incongruente.

Asimismo, han de tenerse en cuenta algunas teorías que operan sobre la reserva de orden público para reconocer ciertos efectos en el matrimonio poligámico. En concreto, puede aplicarse la teoría de la inaplicabilidad de esta reserva a las cuestiones preliminares.

En este supuesto, si el matrimonio islámico temporal o poligámico fuera una cuestión preliminar, la reserva no surtiría efecto.

78 Toniolo, S., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2007.

79 Bartole, S., Conforti, b. y Raimondi, G., *Commentario alla CEDU*, Padua, CEDAM, 2001.

80 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Costello-Roberts c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1993, Demanda núm. 13134/87. Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=85597800&skin=hudoc-en>

81 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992, Demanda núm. 13710/88. Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Germany&sessionid=85561457&skin=hudoc-en>

82 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Boughanemi c. Francia*, de 24 de abril de 1996, Demanda núm. 22070/93. Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=France&sessionid=85561457&skin=hudoc-en>.

Sea cual sea la teoría expuesta para dilucidar cuál es el Derecho aplicable a la cuestión preliminar⁸³, esta reserva solo entra en juego si la norma sobre conflicto de leyes invoca la aplicación de la *lex fori*. De hecho, en estos casos, la exclusión del orden público no está justificada, puesto que parece que la cuestión guarda un estrecho vínculo con este principio.

Dos grandes corrientes teóricas limitan esta reserva: la teoría del orden público de proximidad⁸⁴ y la teoría del orden público atenuado.

La primera sostiene que la reserva de orden público no se aplica salvo que la causa entronque con la *lex fori* (por ejemplo, las normas sobre conflicto de leyes basadas en la nacionalidad).

La segunda reconoce al juez italiano potestad para reconocer algunos efectos de la institución jurídica extranjera por distar más de la *lex fori*.

En una resolución, el Instituto de Derecho Internacional establece que no debe invocarse el orden público contra el Derecho extranjero aplicable por el mero hecho de su carácter religioso o secular⁸⁵, sino que debe hacerse contra el Derecho que sería de aplicación en condiciones normales solo en la medida en que, según las circunstancias de cada caso, ello conculque el principio de igualdad, no discriminación y libertad de culto, siempre que exista un vínculo relevante entre la *lex fori* y las partes. Ejemplos de esto son poseer la nacionalidad italiana o que los cónyuges residieran en Italia u otro Estado que no reconociera el *mut'a* cuando se celebró el matrimonio.

Ninguna de las teorías analizadas es aplicable cuando se producen violaciones de los derechos humanos fundamentales, por ejemplo, del principio de igualdad, de la prohibición de discriminación o del reconocimiento de la dignidad humana.

Estas teorías parten de la hipótesis de que el concepto de orden público está ligado a normas que son cardinales en todos los ordenamientos jurídicos y que, como concepto, posee una amplia variedad de connotaciones⁸⁶.

83 Ago, R., *op. cit.*, nota 70; Bentivoglio, L., «Questione preliminare e validità di un matrimonio poligamico ai fini di una successione "mortis causae"», en *Giur. comp. dir. int. priv.*, 1956, pp. 104-120; Campiglio, C., «Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana», *RDIPP*, 2008, pp. 60-85.

84 CouRBe, P., «L'ordre public de proximité», en ANCEL, B. (ed.), *Le droit International privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005.

85 Resolución *Cultural Differences and Order Public in Family Private International Law*, según la cual «no debe invocarse el orden público contra el Derecho extranjero aplicable por el mero hecho de su carácter religioso o secular, sino que debe hacerse contra el Derecho que sería de aplicación en condiciones normales solo en la medida en que, según las circunstancias de cada caso, ello conculque el principio de igualdad, no discriminación y libertad de culto», *RDI*, 2005, pp. 1189-1198; Mosconi, F., «La difesa interna dell'ordinamento del foro tra legge italiana, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari», *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Vol. 3, 2008, pp. 1509-1530.

86 Picone, P., *Le materie internazionalprivatistiche nella formazione del giurista contemporaneo*, CNR, Roma, 2 de febrero de 2006.

4. EL MUT'A Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La imposibilidad —como sucede con las técnicas del Derecho internacional privado— de reconocer los efectos del matrimonio temporal islámico en los Estados occidentales del Mediterráneo podría entrañar en algunos casos, sin embargo, la violación de derechos humanos fundamentales. En la propia ley islámica, las vertientes del *mut'a* han cambiado desde su concepción original.

En ocasiones, las parejas jóvenes que no quieren o no pueden celebrar un enlace tradicional, sino que, por ejemplo, prefieren una «cohabitación legalizada» recurren al *mut'a*. La mujer puede acogerse válidamente a él sin el consentimiento del tutor (*wali*). Así, los cónyuges que buscan eludir el obstáculo que plantea que este último no preste su consentimiento se acogen a esta institución⁸⁷.

En estos casos, el *mut'a* es realmente un matrimonio y el no reconocimiento de todos sus efectos constituye una violación de los derechos de la mujer, como, por ejemplo, a obtener el *mahar*.

Por último, es imperativo analizar brevemente las cuestiones referentes a las solicitudes de reagrupación familiar de nacionales de terceros países que alegan un matrimonio temporal⁸⁸.

El reconocimiento del *mut'a* puede perfilarse como cuestión preliminar que enlaza con la principal, referida, por ejemplo, a la solicitud de reagrupación familiar de un menor.

Los Estados gozan de margen de apreciación a la hora de aceptar estas solicitudes. Algunos, como Francia y España, han adoptado medidas legislativas muy restrictivas, en especial, en materia de matrimonios poligámicos⁸⁹.

En 1992, la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró legítima la denegación de la solicitud de reagrupación familiar presentada por la segunda esposa de un ciudadano marroquí⁹⁰ porque la injerencia del Estado en la vida privada se ajustaba al punto 2 del art. 8 del CEDH. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha profundizado en este ámbito, que, además,

87 MARCELLINI, A. «RERUM GESTARUM LIBRI QUI SUPERSUNT», EN Rölfe, J. C. (ed.), *The Loeb Classical Library*, Londres-Cambridge, Suetonius, 1935.

88 Tomasi, L., *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padua, CEDAM, 2007; PASTORE, F., *OP. CIT.*, NOTA 59, PP. 73-89.

89 Déprez, J., «Droit International privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamiques en matière de statut personnel», *RDC*, t. 211, 1988-IV, pp. 9-25; Aldeeb, s., ARONOVITZ, A., y Bonomi, a. (eds.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999. Ley núm. 93-1027, de 24 de agosto de 1993 en el sistema jurídico francés; Ley núm. 2006-911, de 24 de julio de 2006, en materia de inmigración. Cf. Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

90 Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *A. e A. c. Países Bajos*, de 6 de enero de 1992, demanda núm. 14501/89, en *Décisions et Rapports* 72, p. 118-135.

está siendo objeto de revisión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho de la UE⁹¹.

El TJUE ha reconocido el derecho del Estado a controlar la entrada de nacionales de un tercer país en su territorio y que el artículo antes citado no impone a los Estados miembros la obligación general de respetar la elección de la residencia común por parte del matrimonio para autorizar la reunificación familiar dentro de sus fronteras⁹².

La Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar establece que, en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, este no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge. La norma dispone, además, que los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante.

El no reconocimiento de los efectos del matrimonio poligámico o del *mut'a* en aras de proteger la armonía interna, que viene avalado por los principios de la Directiva 2003/86/CE y la jurisprudencia del TJUE podrían menoscabar el derecho a la reunificación familiar. En este caso, prevalecerán los mecanismos del Derecho internacional privado frente a las necesidades en materia de protección de los derechos humanos, como el derecho a la vida privada y familiar, y a la reunificación familiar. En cuanto a los menores que solicitan la reunificación familiar, se aplican las normas del Derecho internacional privado, que limitan los efectos que producen el matrimonio poligámico o el *mut'a*. En tal supuesto, los mecanismos del Derecho internacional privado chocarían con la salvaguarda de los intereses del menor.

Es necesario estudiar caso por caso mediante la técnica de la conciliación en qué grado se vulneran los derechos humanos. La raíz del problema es, en última instancia, la imposibilidad de aceptar las consecuencias jurídicas de la institución en sí, como sucede con otras propias también del Derecho islámico, por hallarse en conflicto con los principios del orden público y las normas del CEDH. Únicamente acogiendo a estas últimas puede conseguir la mediación y la protección de los casos concretos que lo merezcan por medio del mecanismo de la conciliación.

91 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Gül c. Svizzera*, demanda núm. 23218/94, de 19 de febrero de 1996; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Ahmut c. Países Bajos*, demanda núm. 21702/93, de 28 de noviembre de 1996; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Sen c. Países Bajos*, Demanda núm. 31465/96, de 21 de diciembre de 2001; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Rodrigues de Silva e Hoogkamer c. Países Bajos*, demanda núm. 50435/99, de 31 de enero de 2006. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, C-540/03, de 27 de junio de 2006. Disponible en http://europa.eu/institutions/inst/justice/index_it.htm.

92 Cellamare, A., *La disciplina dell'immigrazione tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, Turín, 2006.

Es indispensable conciliar el derecho al reconocimiento de la igualdad con el derecho a la vida familiar o con el derecho de la mujer a no verse sometida a un nuevo abuso fruto de la denegación del *mahar*, cuando se trata de reconocer determinados efectos del *mut'a*, incluidos, cuando proceda, el derecho de la madre a reunirse con los hijos del matrimonio, que residen en Italia de manera temporal con el padre⁹³. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para comprobar si el art. 8 del CEDH es aplicable a una «unión», debe tenerse en cuenta una serie de factores, como la duración de la relación o la cohabitación o no entre los cónyuges.

De este modo, el juez puede, por ejemplo, determinar la función de la institución examinando la duración de la relación. Por el contrario, si el *mut'a* se celebra con la finalidad de ocultar casos de violaciones graves de los derechos humanos, como trata de personas, turismo sexual o prostitución, su reconocimiento es imposible. En último término, la solución a los conflictos de civilización no puede pasar por recurrir a los mecanismos de Derecho internacional privado, puesto que el único foro en el que estos conflictos pueden hallar una posible mediación que recoja toda la casuística es el de la protección de los derechos humanos.

5. LA APLICACIÓN DEL MODELO MEDITERRÁNEO DE MEDIACIÓN

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quizá pueda recurrirse a la mediación en el marco del enfoque de la conciliación. No puede plantearse el uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos o de un modelo de mediación basado en un sistema de solución de problemas. El ámbito de la mediación debe ajustarse a la restitución de los daños y no solo a su resarcimiento. Esto únicamente es posible con un método de mediación que descansa sobre la resonancia emocional en la sala de mediación y la adopción de la técnica del espejo por parte del mediador⁹⁴. En este caso, la restitución es fundamental: la indemnización o el resarcimiento económicos de la víctima pueden suponer un paso más y perfilarse como otra posibilidad. Sin embargo, aquí se trata de reconocer el sufrimiento, el dolor, la denigración de la dignidad humana, el conocimiento de la razón, de las consecuencias del *mut'a* en la vida personal

93 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Serife Yigit c. Turquía*, demanda núm. 3976/05, de 14 de septiembre de 2009. Disponible en [http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp? ite m=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Turkey%20%20nikah&sessionid=70023169&skin=hu doc-en](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?ite m=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Turkey%20%20nikah&sessionid=70023169&skin=hu doc-en); asunto *Burden c. Reino Unido*, demanda núm. 13378/05, 29 de abril de 2008; asunto *Shackell c. Reino Unido*, demanda núm. 45851/99, Sentencia de 27 de abril de 2000; asunto *Johnston y otros c. Irlanda*, demanda núm. 9697/82, sentencia de 18 de diciembre de 1986.

94 Coppola De Vanna, A., «La mediazione: un percorso per ricostruire i legami», *Mediaries*, 2009, núm. 14; id., «La mediazione tra moda e modelli», *Mediaries*, 2007, núm. 10; id., «Sulla mediazione mediterranea», *Mediaries*, 2006, núm. 8; id., «Mediazione mediterranea», *Mediaries*, 2003, núm. 1; id., «L'Ufficio per la mediazione civile e penale nell'esperienza barese», *Minorigiustizia*, 1999, núm. 2.

y en el entorno social. En la mediación como procedimiento, existe también la posibilidad de buscar una solución imaginativa. Esta no puede circunscribirse al reconocimiento en el marco judicial porque la aplicación del mecanismo que ofrece el Derecho internacional privado no lo permite. Existe una posible compensación que no se pasa por alto en el proceso mediador porque los cónyuges pueden llegar a un acuerdo de resarcimiento, ya sea económico o de otro tipo. Pero también es posible devolver la dignidad. En el caso del *mut'a*, la solución imaginativa pasa por la restitución del *mahar*.

El modelo mediterráneo de mediación tiene la mirada puesta en la restitución de la dignidad humana. Mediterráneo porque nuestra sensibilidad se adapta mejor a la denominada «modernidad líquida» y el Mediterráneo simboliza el encuentro con el otro. Su idoneidad reside en su función de mediador constante entre distintas culturas: Oriente y Occidente, árabes y latinos, cristianos y musulmanes; he ahí su riqueza intrínseca: en el intercambio, en la fusión, incluso con violencia, pero siempre de forma dialéctica, nunca estática. La mayor parte de nuestro trabajo gira en torno a ese intercambio en el que, de repente, ocultos quizá tras los gestos o las palabras, nacen el asentimiento hasta ahora contenido y el sentimiento reprimido. La mediación es, en esencia, un encuentro en el que las partes en conflicto toman contacto, desprovistas de su propia condición y de sus roles, solo como personas. Como mediadora, pero, sobre todo como persona, soy consciente de ello; escucho y reconozco ese capítulo de mi historia personal en la que está escrita una parte de mis sentimientos y que me permite sentir con ellos. Hay que abrirse a las emociones: el mediador siente y es capaz de devolver a cada uno, por medio de una resonancia de algún tipo, la imagen reflejada de su problema, y conseguir que el otro la perciba y se percate poco a poco de que se ha operado un cambio. Es la experiencia de alcanzar el punto intermedio. Es decir, la mediación es transformación.

Por todo ello, creo que la aplicación del modelo mediterráneo de mediación en estos casos es útil y plausible. Cuando se plantea un conflicto en la civilización mediterránea, es posible aceptar la mediación mediterránea y gestionarse de conformidad con las normas de los derechos humanos.

RESUMEN

La globalización y la intensificación de los flujos migratorios han acortado las distancias entre los países de la cuenca mediterránea y han favorecido el desarrollo de una población multicultural y multiétnica. En Derecho internacional privado, las normas de conflicto de leyes garantizan la apertura al Derecho extranjero, pero, en el caso que nos ocupa, pueden comportar la inaplicabilidad de figuras extranjeras por una cuestión de orden público. La ausencia de reconocimiento de los efectos de determinadas instituciones jurídicas de la ley islámica en Derecho

italiano puede provocar un conflicto de civilizaciones. El paso del conflicto de leyes al conflicto de civilizaciones depende del papel del orden público: en el conflicto de leyes, supone la excepción; en el conflicto de civilizaciones, opera de manera sistemática. Este fenómeno se produce con la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico de determinadas parcelas del Derecho de familia islámico. El *mut'a* o matrimonio temporal (es decir, aquel que se contrae con una fecha de disolución) es una institución jurídica de la ley islámica que merece la pena analizar. De hecho, podría ser objeto de solicitud de reconocimiento en los sistemas jurídicos occidentales. La aplicación de estas instituciones y el reconocimiento de actos o medidas extranjeros que guarden relación con ellas podrían desembocar en un conflicto con los principios que recoge el concepto de orden público, así como con los principios del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), lo que podría provocar un conflicto de civilizaciones. Este estudio pretende analizar si el modelo mediterráneo de mediación podría perfilarse como método de resolución de conflictos capaz de superar los obstáculos que plantean el Derecho internacional privado y el orden público, siempre que se respete la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

LA LEY DE MEDIACIÓN APLICABLE EN SUPUESTOS INTERTERRITORIALES E INTERNACIONALES

Maria Font i Mas

Profesora agregada de Derecho Internacional Privado
(Universitat Rovira i Virgili)

SUMARIO: 1. PLURILEGISLACIÓN EN MATERIA DE MEDIACIÓN EN ESPAÑA.—2. DIFERENCIAS ENTRE LAS LEYES.—3. DETERMINACIÓN DE LA LEY DE MEDIACIÓN APLICABLE EN SUPUESTOS INTERTERRITORIALES E INTERNACIONALES.—4. CONSIDERACIÓN FINAL.

PALABRAS CLAVES: Mediación, Plurilegislación, Ley aplicable, Interterritorial, Internacional.

1. PLURILEGISLACIÓN EN MATERIA DE MEDIACIÓN EN ESPAÑA

La regulación de la mediación en España cuenta con trece leyes autonómicas y una ley estatal con sendos reglamentos⁹⁵. Dicha plurilegislación sobre la misma materia responde a la particular estructura política y legislativa española que, como en otras tantas materias jurídicas (p.ej. parejas de hecho o fundaciones) se encuentra regulada en pluralidad de leyes. Una vez más, las legislaciones autonómicas fueron aprobadas con anterioridad a la ley estatal, de modo que cuando el legislador central dictó la ley aplicable en todo el territorio esta afecta, o podría afectar, a las leyes autonómicas preexistentes⁹⁶. Las leyes autonómicas

⁹⁵ Agradecer a la ex-alumna Sra. Cristina Gómez la recopilación de leyes sobre mediación en ámbito español y la primera aproximación crítica que tuvimos ocasión de discutir en su excelente trabajo de final de grado en Derecho de la Universitat Rovira i Virgili.

⁹⁶ Así en el caso de las fundaciones, véanse mis estudios: FONT, M., «Ámbito de aplicación del Libro Tercero relativo a las personas jurídicas del Código civil de Cataluña», en FLORENSA, C.

sobre mediación tuvieron como pionera la ley catalana en el 2001 (modificada en el 2009) y se sucedieron las doce siguientes hasta el 2011 con la ley cántabra, hasta que finalmente se aprobó la ley estatal en el 2012 (Ley 5/2012)⁹⁷.

El origen y voluntad de legislar sobre la mediación se halla en la normativa y documentación europea como son la Recomendación R (98) y la Directiva 2008/52/CE y en el interés de las instituciones de la Unión Europea de potenciar el uso de mecanismos alternativos a la resolución judicial de conflictos⁹⁸. Como en otras ocasiones las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) legislan más rápido que el legislador central, el cual, una vez más, incumple el plazo para transponer la Directiva europea⁹⁹. Pero el fundamento jurídico, o base jurídica general, de las leyes autonómicas lo encontramos en el art. 39 de la Constitución española, en virtud del cual los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos y las hijas. Junto a la norma constitucional, y a pesar de no existir ningún título competencial específico en materia de mediación que atribuya la competencia al Estado o a las CCAA, la competencia para dictar leyes sobre mediación en derecho privado varía de una Comunidad Autónoma a otra, teniendo en cuenta las competencias que en materia de derecho civil le son atribuidas. Así es como el objeto de las leyes difiere según las CCAA, de manera que las que no ostentan competencia en derecho civil tienen por objeto “derecho de familia” basándose en la protección social, otras CCAA como el

(coord.) y FONTANELLAS, J. M. (dir.), *La Codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Barcelona, Marcial Pons, 2011, pp. 599-614; y FONT, M., «Coexistencia de protectorados en la normativa sobre fundaciones en Derecho interterritorial español», en EMPARANZA, A. (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Barcelona, Marcial Pons, 2014, pp. 259-286.

⁹⁷ En concreto contamos con las leyes autonómicas: valenciana (7/2001), gallega (Ley 4/2001), canaria (Ley 3/2005), manchega (Ley 4/2005), de Castilla y León (Ley 1/2006), madrileña (Ley 1/2007), asturiana (Ley 3/2007), vasca (Ley 1/2008), catalana (Ley 15/2009), andaluza (Ley 1/2009), aragonesa (Ley 9/2011), balear (Ley 14/2010) y la ley cántabra (Ley 1/2011). Pueden consultarse todas ellas y los reglamentos en el BOE y también en el web del Poder Judicial (www.poderjudicial.es) en temas “mediación”. En este portal también podemos encontrar las estadísticas del uso de la mediación intrajudicial de los años 2012 y 2013 destacando que, a pesar de ser una vía aun poco conocida e infrautilizada, ha aumentado en un 30 por 100. Normativa estatal: Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación.

⁹⁸ Sobre las recomendaciones y normativa de la UE: PARRA RODRÍGUEZ, C., «La presencia de los ARD en los conflictos internacionales de Derecho privado, una aproximación a su delimitación», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E., ADAM MUÑOZ, M. D., y CORNAGO PRIETO, N. (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 695-757; YBARRA BORES, A., «Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al Derecho español», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, núm. 23.

⁹⁹ El plazo para transponer la Directiva terminaba el 21 de mayo de 2011 (art. 12) y la ley estatal es de julio del 2012.

País Vasco incluyen “sucesiones” o también conflictos surgidos “en el seno de la empresa familiar” como se prevé en la ley valenciana y en la ley vasca. La ley catalana se refiere al derecho privado y añade un listado de materias distinguiendo dos apartados, el primero sobre la mediación familiar (que va más allá de la ruptura de una pareja, sea o no matrimonial, de la responsabilidad parental y derecho de alimentos, en definitiva todo aquello regulado en el Código civil de Catalunya) y un segundo apartado sobre mediación civil que incluye materias reguladas también en el Código civil de Catalunya como asociaciones y fundaciones, propiedad horizontal entre otras¹⁰⁰. La última ley autonómica aprobada fue la de Cantabria que no delimita el título de su ley a ningún ámbito material, sino que es simplemente de mediación y remite la determinación de dicho ámbito a la ley aplicable, que es la que determina cuáles son, siempre que sean materias de libre disposición de las partes¹⁰¹. En su preámbulo, el legislador cántabro indica que su ley va más allá de la mediación familiar contemplada en la mayoría de leyes autonómica, y más allá de la ley catalana, dando “un ámbito absolutamente integral a esta institución, al estar inspirada fundamentalmente en el deseo de fomentar la cultura del arreglo amistoso y de evitar el número de asuntos que llegan a los órganos judiciales de nuestra Comunidad Autónoma (...)”. Fundamenta su competencia en su Estatuto de autonomía, art. 25.5 (corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales), art. 24.22 y 23 (asistencia, bienestar social, protección y tutela de los menores, etc.), art. 24.32 (procedimiento administrativo derivado de la organización propia). Aunque el preámbulo se apura a esclarecer que no incidirá ni en materias procesales ni en cuestiones de Derecho civil reservadas en el art. 149 CE al Estado. El tema no es baladí ni de fácil asimilación, dado que habitualmente —tal y como se realiza en este mismo estudio— partimos del reparto competencial para determinar si una materia es no ‘legislable’ por parte de las CCAA. En el caso de la mediación cabe plantearse si es preciso delimitar sustantivamente (civil —sólo familia— mercantil) la mediación, o si es innecesario limitar la mediación a las materias (tal y como realiza la ley cántabra, la española o la directiva europea que se ocupa de derecho civil y mercantil) sin que ello conlleve una invasión de competencias en ámbito sustantivo. Si partimos de la idea de que la mediación es un “método de gestión de

¹⁰⁰ La competencia en derecho privado proviene del art. 129 del Estatuto de autonomía que atribuye competencia exclusiva a la Generalitat en materia de derecho civil (exceptuando las reservadas al Estado en el art. 149.1.8 CE). Asimismo se incluye en la Ley de mediación catalana alguna norma de carácter procesal, que a pesar de ser ésta una competencia del Estado, el art. 130 del EAC atribuye a la Generalitat competencia para dictar normas procesales específicas que deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Catalunya.

¹⁰¹ Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, art. 4. Objeto de la mediación: “La mediación se referirá a aquellas materias que sean de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación”.

conflictos” y “un método no jurisdiccional”¹⁰² sin consideraciones de materia, ello implicaría que sería innecesario justificar la regulación de la mediación a través de las competencias constitucionales y autonómicas, a la vez que no afectaría tal reparto¹⁰³.

Por su parte, la ley estatal tiene como título competencial, según la disposición final quinta, la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el art. 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución. Los casos materiales que podrá resolver la mediación serán pues, civiles o mercantiles, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable (art. 2.1). Así, cuando sea aplicable la ley estatal, la mediación no entrará a resolver materias no disponibles por las partes, fundamentalmente: derechos de menores o incapaces, cuestiones de filiación o algunas cuestiones de Derecho de familia¹⁰⁴.

2. DIFERENCIAS ENTRE LAS LEYES

De la presentación de las leyes que coexisten en el Estado ya hemos destacado que difieren sobremanera respecto el ámbito de aplicación material. Podríamos concluir que existe un degradado de materias susceptibles de mediación según la Comunidad Autónoma, ello en virtud de la interpretación más o menos extensiva que los legisladores autonómicos realizan de sus propias competencias contenidas en los Estatutos de autonomía¹⁰⁵. Insistimos que podría obviarse la

¹⁰² Seguimos la ley catalana (art. 1).

¹⁰³ Véase el estudio de FORNER DELAYGUA, J. J., «La llei model UNCITRAL de conciliació internacional: en què pot ajudar a la conceptuació normativa de la mediació?», en LAUROBA LACAS, E., BARRAL I VIÑALS (dir.) y VIOLA DEMESTRE (dir.), *Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 91-112. El autor considera “(...) Que la mediación, como modelo de prevención, gestión y resolución de conflictos está especialmente indicada en ciertos ámbitos y en algunos resulta ideal, y ello puede justificar un tratamiento especial *ratione materiae*. En la medida en que las conclusiones relativas a cuáles son estos ámbitos para un modelo ideal y exclusivo para la mediación estén obtenidas de disciplinas no jurídicas, la partición jurídica entre las materias propias y las alienas a este ámbito puede presentar algunos problemas (...)” (la traducción es nuestra). Se refiere a la partición material entre derecho civil y derecho privado que realiza la ley catalana de mediación.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ BENOT, A. y YBARRA BORES, A., «Introducción: La ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y las competencias autonómicas», en LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F. (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 89.

¹⁰⁵ A título de ejemplo, señalamos que la ley cántabra tienen un ámbito de aplicación material más amplio que la propia ley estatal que se limita a la materia civil y mercantil y excluye laboral, penal, consumo y la mediación con las Administraciones públicas (art. 2 Ley 5/2012), al igual que proponía la Directiva 2008/52/CE sobre los asuntos civiles y mercantiles (art. 1.2). En la propuesta de modificación de la Ley de Castilla-La Mancha, se amplía el ámbito material que pasa de familiar a social, introduciendo, en particular, los servicios dirigidos a ayudar a las personas adoptadas, o a sus padre o tutores a facilitar el eventual encuentro; asimismo, los servicios de la Administración autonómica dirigidos a la conciliación y la reparación del daño en el ámbito de la justicia penal juvenil (art. 2 proyecto).

competencia *per ratione materiae* cuando el objeto de regulación es el método extrajudicial de resolución de conflictos y no la materia en sí misma, de modo que la posible ley aplicable al fondo será la regulada en una ley estatal o autonómica atendiendo a su competencia legislativa.

De la lectura de las leyes autonómicas y la estatal puede concluirse rápidamente que son leyes muy parecidas en el contenido y que se inspiran en los principios básicos de la mediación, como son: la voluntariedad, el principio dispositivo, la igualdad, neutralidad-imparcialidad de los mediadores, confidencialidad, buena fe, respeto mutuo y colaboración con los mediadores¹⁰⁶. Pero difieren en cuestiones concretas de las que destacamos las siguientes:

A) *El mediador y el registro de mediadores*: Nos centramos en el mediador persona física. Para ser mediador y actuar como tal, todas las leyes autonómicas exigen estar en posesión de un título universitario. Algunas leyes no especifican ninguna disciplina, mientras que otras exigen que sea una titulación en ciencias sociales o determinadas titulaciones (p.ej. en las leyes del País Vasco, Castilla-León, Islas Baleares, Andalucía, Cantabria)¹⁰⁷. En todas las leyes se requiere además una formación específica en mediación que será homologada por las autoridades de la propia Comunidad Autónoma o establecida reglamentariamente. Asimismo, todas las leyes autonómicas suman a los requisitos anteriores, que el mediador esté inscrito en su propio registro público de mediadores, y en algunas leyes se les exige además la inscripción en el respectivo colegio profesional (p.ej. Canarias, Catalunya).

La ley estatal (Ley 5/2012) no especifica la titulación universitaria que deberá ostentar el mediador e incluye la posibilidad de tener un “título de formación profesional superior”, posibilidad no incluida en las leyes autonómicas. También exige la formación específica impartida por instituciones debidamente acreditadas. Destaca que estas titulaciones de cursos de formación específica “tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional” (art. 11). Destaca en la ley estatal la no exigencia de registro del mediador, aunque prevé en su disposición final octava crear reglamentariamente un registro de mediadores e instituciones de mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros autonómicos, con el fin de verificar el cumplimiento de los requisitos incluidos en ley estatal que se exigen a los mediadores, y que “en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en

¹⁰⁶ Principios que se recogen en la Ley estatal de mediación intrínsecamente vinculados a las características de la mediación, BARONA VILAR, S., «Incorporación de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español. De la Directiva 2008/52 al Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 392 y ss.

¹⁰⁷ La ley canaria (art. 5 segundo apdo.) especifica que los mediadores que carezcan de la titulación de Derecho, deberán contar en el ejercicio de sus funciones con el debido asesoramiento legal.

esta Ley se podrá dar de baja a un mediador”. En cumplimiento de la disposición octava fue dictado el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que reafirma la no obligatoriedad de registro de los mediadores (con excepción de los concursales), aunque reitera su importancia para reforzar la seguridad jurídica y la finalidad de facilitar publicidad y transparencia de la mediación (preámbulo III). Insisten A. Rodríguez Benot y A. Ybarra Bores que deberían articularse medidas de coordinación entre el Estado y las CCAA en materia de registros o de instituciones de mediación, ya que “corresponde al Estado establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria”¹⁰⁸.

Existen pues diferencias en los requisitos para ser mediador en una Comunidad Autónoma u otra, o en todo el territorio estatal¹⁰⁹. Nos planteamos cómo podemos casar la obligatoriedad de todas las leyes autonómicas de registrar los mediadores en los propios registros autonómicos con la mera opción que prevé la ley central. En la práctica, somos conocedores que un mediador que cumpla los requisitos de una determinada ley autonómica puede inscribirse en el registro de mediadores de otra Comunidad Autónoma siempre que cumpla con los requisitos de la ley autonómica de recepción y así poder actuar en su territorio (situación que sólo prevé legalmente la ley de Cantabria, art. 25.1). Pero puede darse un mediador titulado no universitario, o titulado en biología marina (por poner un ejemplo), con la formación específica en mediación homologada e inscrito en el registro central, que a pesar de incluir en el formulario el área geográfica de actuación nacional (art. 14.1.e RD 980/2013) no pueda actuar en una mediación autonómica concreta por no estar inscrito en su registro o, a pesar de haber solicitado su inscripción, no cumpla con los requisitos de la ley autonómica. Esta situación choca con el citado art. 11 de la Ley 5/2012, ya transcrito. Asimismo puede suceder la misma situación de un registro autonómico a otro.

B) *Acuerdo alcanzado a través de la mediación*: En las leyes autonómicas como son las de Canarias, País Vasco, Andalucía, Madrid, Asturias, Valencia, prevén que el acuerdo alcanzado en el proceso de mediación tendrá eficacia contractual de modo que serán válidos y obligarán a las partes que lo hayan suscrito, siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos. Esta opción de la eficacia contractual del acuerdo, según S. Barona Vi-

¹⁰⁸ Justifican dicha competencia estatal en la jurisprudencia constitucional como son: STC 98/2001, de 5 de abril; 38/2002, de 14 de febrero; 96/2002, de 25 de abril ó 33/2005, de 17 de febrero. RODRÍGUEZ BENOT, A. y YBARRA BORES, A., *op. cit.*, nota 103, pp. 85-86, p. 94.

¹⁰⁹ Carlos Esplugues Mota critica la coexistencia de estándares normativos diferentes sobre la figura y requisitos del mediador, con independencia de lo que prevé la ley estatal, que conlleva una “nebulosa sobre el reconocimiento de la condición de mediador acreditado en un Estado miembro [de la UE] fuera del territorio del mismo que puede en última instancia generar inseguridad jurídica (...)” y “entorpecer la extensión del recurso de la mediación entre ciudadanos europeos” 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*, 2013, núm. 136, p.187.

lar responde a que solo una norma estatal puede otorgar eficacia jurídica procesal al acuerdo, aunque añade que a falta de ley estatal, “las CCAA han legislado hasta donde pueden”¹¹⁰.

En otras leyes, como la balear, determinan que los acuerdos producen los efectos que les reconozca la legislación aplicable y una vez “otorgados en la forma pública o privada o seguidos los procedimientos que la legislación exija (...)” o en otra redacción, la ley aragonesa según la materia “deberán ser aprobados por el Juez” o, las partes podrán “elevantos a escritura pública o solicitar la homologación judicial (...)”. En la ley catalana según el grado de protección que necesiten las personas del acuerdo “tienen carácter de propuestas y necesitan para ser eficaces la aprobación de la autoridad judicial” o bien, puede trasladarse el acuerdo al convenio regulador o protocolo correspondiente para que se incorpore en el proceso judicial en curso o para que se ratifique. La ley cántabra distingue los efectos del acuerdo según el ámbito de la mediación: civil, administrativo o penal.

En la ley estatal el acuerdo de mediación tienen carácter vinculante de modo que las partes asumen unas obligaciones. Además posibilita a las partes que eleven el acuerdo a escritura pública con el fin de configurar su acuerdo como un título ejecutivo (art. 23 Ley 5/2012).

Comprobamos que el elenco de leyes que regulan el acuerdo de mediación alcanzado distingue distintas formas de eficacia y requisitos a cumplir para desprender dicha eficacia según la ley de mediación que se haya aplicado.

3. DETERMINACIÓN DE LA LEY DE MEDIACIÓN APLICABLE EN SUPUESTOS INTERTERRITORIALES E INTERNACIONALES

Ante tal panorama plurilegislativo tendremos que encontrar la fórmula para determinar qué ley, de las coexistentes en el Estado, se aplica en cada procedimiento de mediación. Cómo señalan A. Rodríguez Benot y A. Ybarra Bores el entramado que da lugar la coexistencia de múltiples normas autonómicas junto a la Ley estatal hace que nos encontremos ante un sistema ciertamente complejo. Apostillan que “este poco clarificador panorama puede ser una de las razones por las que el recurso a la mediación en España no se haya encontrado hasta la fecha debidamente favorecido como método alternativo para resolver los conflictos civiles y mercantiles”¹¹¹.

Haremos referencia sólo a la determinación de la ley aplicable al procedimiento de mediación, sin entrar en la ley aplicable al fondo del asunto o a la ley

¹¹⁰ BARONA VILAR, S., *op. cit.*, nota 105, p. 386.

¹¹¹ RODRÍGUEZ BENOT, A. y YBARRA BORES, A., *op. cit.*, nota 103, p. 80.

aplicable al convenio o cláusula de mediación¹¹². Cómo indica R. Arenas, el procedimiento de mediación puede carecer de regulación específica y reconducirse a la regulación general sobre obligaciones contractuales, pero también resulta posible que sea objeto de una regulación *ad hoc*, en la que el legislador establece quiénes pueden ejercer como mediadores, el proceso, etc., como en el caso español. Sigue indicando que en este caso será necesario determinar a qué supuestos se aplica esta regulación específica, pudiendo tener un carácter territorial (a su parecer el más adecuado) o personal¹¹³, y es el que pasamos a presentar.

a) *Supuestos interterritoriales*: El ámbito de aplicación de las leyes autonómicas de mediación se determina en sus primeros artículos, en las conocidas como normas delimitativas del ámbito de aplicación espacial¹¹⁴. La totalidad¹¹⁵ de ellas utiliza como vínculo para determinar su aplicación una conexión de territorialidad de modo que indican que será de aplicación la ley en el territorio de la Comunidad Autónoma en que se lleve a cabo la mediación. Recordemos que todas las leyes de mediación españolas tienen como principio rector la voluntariedad de sometimiento al proceso de mediación. Algunas leyes añaden que

¹¹² La determinación de dichas leyes es propio en una relación jurídica con elemento de extranjería a través de las normas de Derecho internacional privado. Véanse: GINEBRA MOLINS, M. E. y TARABAL BOSCH, J., «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación», *InDret*, Vol. 4, 2013; ESPLUGUES MOTA, C., *op. cit.*, nota 108, pp. 165-199; PALAO MORENO, G., «Mediación y Derecho internacional privado», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E., ADAM MUÑOZ, M. D., y CORNAGO PRIETO, N. (coord.), *op. cit.*, nota 97, pp. 649-674. En la dimensión interna de los conflictos de leyes, en concreto en materia de mediación, puede reproducirse el mismo esquema respecto las normas de derecho civil que efectivamente están plurilegisadas en España por parte de las CCAA que disponen de derecho civil propio o foral. Con lo cual podría determinarse la ley aplicable, por ejemplo, al régimen económico matrimonial en virtud del art. 9.2 Cc aplicado en clave interregional según el art. 16 Cc. Pero hay otras materias que siendo de derecho privado tienen un alto grado de regulación administrativa y que han sido previstas en pluralidad de CCAA sin competencia en Derecho civil, amparándose en otros títulos competenciales como por ejemplo las leyes sobre parejas de hecho o las adopciones desde el punto de vista más administrativo y respecto las cuales merecerá determinar el derecho aplicable en cada caso.

¹¹³ Indicar de nuevo, que en el caso que quiera excluirse la aplicación de la ley de mediación estatal (o una autonómica) será necesario determinar la ley aplicable al procedimiento de mediación a través de la normativa sobre obligaciones contractuales: ARENAS, R., «La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Derecho internacional privado», *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Iprolex, Vol. 6, 2013, núm. 1, p. 178.

¹¹⁴ Sobre las normas unilaterales que delimitan el ámbito de aplicación en el espacio de la propia ley y sus efectos *ad intra* y *ad extra*, véase: FONT SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, p. 95 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, p. 26 y ss.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «El marco constitucional de los conflictos internos en España», en HOMMELHOFF, P., JAYME, E., y MANGOLD, W. (ed.), *Europäischer Binnenmarkt Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1995, p. 21 y ss.; BORRÁS, A., «Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel», *RCADI*, Vol. 249, 1994-V, p. 252 y ss., p. 288.

¹¹⁵ Todas las leyes autonómicas y la estatal dedican un artículo a su ámbito de aplicación, con la excepción de la ley catalana, a pesar de que generalmente incluye una norma de este tipo en la mayoría de sus leyes.

además de realizarse la mediación en su territorio debe participar un mediador inscrito en el propio registro autonómico de mediadores o bien, mediadores acreditados conforme al procedimiento que establece la misma ley autonómica (p.ej. leyes balear, vasca, canaria, manchega)¹¹⁶. Algunas añaden que las mediaciones prestadas por programas públicos requieren que al menos una de las partes esté empadronada en la propia Comunidad Autónoma (p.ej. leyes balear y vasca) o tenga su residencia efectiva (ley de Aragón). La redacción puede ser más o menos similar y contener particularidades, como por ejemplo, las que indican la aplicación de la ley a la actividad de la mediación “que se desarrolle total o parcialmente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma” (p.ej. leyes vasca, canaria, cántabra, manchega)¹¹⁷. Estas leyes autonómicas son similares en cuanto al ámbito de aplicación espacial, pero tenemos que resaltar la peculiaridad que la ley manchega introduce al establecer una norma de aplicación extraterritorial: “Podrán acogerse a la mediación familiar regulada en la presente Ley las personas que *habiendo residido ambas en Castilla-La Mancha*, se encuentren en una situación de conflicto familiar, *siempre que, al menos, una de ellas esté empadronada o tenga su residencia habitual en la misma*”¹¹⁸. Esta norma si bien es unilateral y determina sólo la aplicación de la ley manchega, posibilita su aplicación fuera del territorio autonómico a pesar de añadir una conexión territorial acumulativa¹¹⁹. Por ejemplo, una pareja que habiendo residido ambos en Castilla-La Mancha, una vez separados de hecho uno desplaza su residencia al País Vasco donde se empadrona. En el momento de iniciar una mediación cabría un conflicto positivo de competencia de modo que las dos leyes serían aplicables, la vasca y la manchega por darse los requisitos de aplicación espacial. En la misma relación jurídica, podrían las dos partes iniciar y someter el procedimiento (por autonomía de la voluntad) ante un centro de mediación catalán, o someterse al procedimiento de mediación española, a pesar de la residencia de ambos en dos otras CCAA. Advertir que existe un anteproyecto de ley de mediación de Castilla-La Mancha que sustituiría la actualmente vigente, que modifica completamente su ámbito de aplicación. En concreto utiliza la misma conexión que las otras leyes, esto es “se aplica a las actuaciones de mediación social y familiar que se desarrollen, a través del Servicio Regional de mediación

¹¹⁶ Véase el apdo. 2 A) del presente estudio.

¹¹⁷ Este artículo posibilita aplicar dos leyes de mediación distintas en un proceso de mediación pero sólo territorialmente, es decir, se aplicaría a las sesiones realizadas en una Comunidad Autónoma la ley de ésta y a las sesiones realizadas en otra Comunidad Autónoma la ley de esta otra. Así por ejemplo, en un conflicto hereditario en que parte de la familia reside en Guipúzcoa y la otra parte en Navarra, pueden decidir celebrar la mitad de las sesiones en Navarra y la otra mitad en Guipúzcoa, de modo que sólo se aplicaría la ley vasca en el territorio guipuzcoano. Agradecer al Servicio de Mediación Familiar de Guipúzcoa sus aclaraciones y comentarios respecto su ley vasca.

¹¹⁸ Art. 2.2 Ley 4/2005. La cursiva es nuestra.

¹¹⁹ No entraremos en la posible inconstitucionalidad de dicha norma por incurrir en una competencia exclusiva del Estado (resolución de conflicto de leyes) por ser tantas las normas autonómicas que delimitan su aplicación y que posibilitan su aplicación extensiva. Véase nota 113.

social y familiar, total o parcialmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha”¹²⁰.

Por su parte, el ámbito de aplicación de la ley estatal a tenor del art. 2 Ley 5/2012 determina que será aplicable cuando las partes se hayan sometido a esta de forma expresa o tácita. La ley estatal es de aplicación territorial en todo el Estado, de modo que se aplicará, o bien en aquellas CCAA sin ley de mediación, o bien, cuando las partes deciden aplicar la ley estatal a pesar de que la mediación se realice en una Comunidad Autónoma que tenga regulada la mediación.

Para solucionar los posibles conflictos de determinación de ley de mediación aplicable entre las normas autonómicas y también la estatal versus las autonómicas deberíamos acudir a una norma de derecho interterritorial (interregional) que no existe en las normas del Código civil (art. 16 Cc) y tampoco la ley estatal de mediación indica nada al respecto.

En la práctica suponemos¹²¹ que no ocurren dichos conflictos positivos de leyes de mediación porque al ser éste un procedimiento alternativo al judicial, al que las partes se someten voluntariamente se encuentra implícita la elección de la ley aplicable de mediación cuando el ciudadano acude a un mediador o centro de mediación concreto¹²². Sería como una sumisión expresa a un foro, este sería el mediador o centro de mediación, y con esta sumisión se incluye la ley de mediación que regula el procedimiento y la eficacia del acuerdo alcanzado.

La conclusión, a nuestro parecer, sería que las partes, cuando residan en dos territorios autonómicos distintos, sean nacionales españoles o extranjeros (como veremos a continuación) pueden optar entre una de las dos leyes autonómicas (en alguna hay algún requisito personal que debería cumplirse) o bien, por la ley estatal¹²³.

¹²⁰ Añade una norma para los supuestos de mediación familiar internacional, de manera que será de aplicación la ley manchega cuando una de las partes esté empadronada o tenga su residencia habitual en Castilla-La Mancha. Y prevé para los supuestos de justicia penal juvenil, la vinculación de la residencia habitual del menor en la Comunidad Autónoma y que la infracción se hubiese realizado en su territorio. En caso contrario, si la infracción se cometiese fuera “se procurará la colaboración con la Comunidad Autónoma correspondiente” (art. 4 anteproyecto de ley manchega de mediación social y familiar).

¹²¹ Hemos accedido a información, no estadística pero si empírica, de las experiencias habituales que ocurren en algunos centros autonómicos de mediación y de cómo solucionan el conflicto de competencias para conocer de un supuesto interterritorial, solución que no es otra que llegar a un acuerdo con la otra Comunidad Autónoma para determinar qué centro o mediador conoce del asunto.

¹²² Cuando la mediación se aplica derivada de un tribunal (mediación intrajudicial) se determina el mediador según el partido judicial en el que residen las partes o el más próximo territorialmente, de modo que la ley de mediación aplicable también se determina según el criterio territorial y personal.

¹²³ Así lo expresa Carlos Esplugues Mota: “Serían ellas las que de forma expresa o tácita manifestarían su aplicación [se refiere a la Ley 5/2012]. En el ámbito de los litigios transfronterizos –y, de forma estricta, también en los domésticos– ello supondría aceptar un muy alto grado de deslocalización de mediación (...)”, ESPLUGUES MOTA, C., *op. cit.*, nota 108, p. 71.

b) *Supuestos internacionales*: Junto al problema estrictamente interregional o interterritorial, debe añadirse la cuestión de la ley aplicable de mediación cuando las normas de Derecho internacional privado o la autonomía de la voluntad remitan a la ley española. También existe dispersión normativa sobre mediación en el panorama comparado, así pluralidad de normas internacionales (y europeas), estatales y regionales¹²⁴. Estas normas utilizan para decidir cuál es la norma aplicable de mediación el principio básico de la autonomía de la voluntad y subsidiariamente proponen conexiones, como el domicilio o la residencia habitual para determinar la ley rectora de la mediación transnacional (así en la Directiva europea), es decir una conexión personal, aunque también hay normas que prevén que el procedimiento de mediación vendrá condicionado por el lugar en que se realice la mediación, esta será una conexión territorial (en la mayoría de normas autonómicas), o una previsión mixta (art. 2.1.2 Ley 5/2012)¹²⁵.

Para dar respuesta en el contexto español, distinguimos dos tipos de situaciones heterogéneas. En primer lugar cuando exista un simple elemento de extranjería en la relación jurídica privada, por ejemplo, entre dos ciudadanos residentes en España, y uno sea nacional español y el otro extranjero, o ambos sean extranjeros. En dicho caso se aplican las normas de mediación, autonómicas o española, que las partes decidan someterse tal y como hemos indicado acudiendo a un centro de mediación público o privado, siempre que cumplan los requisitos cuando existan (p.ej. empadronamiento en el País Vasco). Sólo la ley catalana de mediación prevé expresamente la posibilidad de aplicar su ley a los conflictos familiares entre personas de nacionalidad española y personas de otras nacionalidades residentes en el Estado español; y entre personas de la misma nacionalidad pero diferente a la española; y entre personas de diferente nacionalidad no españolas¹²⁶. Somos conocedores¹²⁷, que en la práctica, las otras leyes autonómicas de mediación se aplican igualmente a ciudadanos no españoles a pesar que no se indique de forma específica en el texto legal.

La otra posibilidad de situación heterogénea que trasciende las fronteras sería el supuesto en que las partes residan o tenga su domicilio en Estados distintos y uno de ellos esté en el Estado español. La ley estatal prevé para los supuestos

¹²⁴ PALAO MORENO, G., *op. cit.*, nota 111, p. 658 y ss.

¹²⁵ Especialmente crítico con la propuesta española: ARENAS, R., *op. cit.*, nota 112, pp. 175-182.

¹²⁶ Art. 2, j, k, l, Ley 15/2009. Además añade en la letra m) del mismo artículo: "los requerimientos de cooperación internacional en materia de derecho de familia". Esta norma es propia de DIPr, en concreto en el ámbito del auxilio judicial internacional, que el legislador catalán no podría regular, por ser competencia exclusiva del Estado, pero que se admitiría por ser una norma procesal que auxilia la aplicación del derecho civil propio. Véase nota 99. Consideramos oportuna esta norma dado que sería ideal que en los procesos de mediación en que existe elemento extranjero el mediador sea consciente y conocedor de la cultura (también jurídica) de las partes en conflicto cuando una de ellas o ambas sean extranjeras.

¹²⁷ Véase nota 121.

transnacionales¹²⁸, que será de aplicación la Ley 5/2012 si una de las partes tiene el domicilio en España y la mediación se realiza en territorio español o cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a la Ley. Debemos insistir de nuevo en la voluntariedad de las partes en someterse a una mediación y con ella a una ley de mediación, que podría ser autonómica o de otro Estado. En el caso de silencio entre las partes la ley tendría que ser española en virtud de las conexiones personales y territoriales. Tendría que ser de aplicación la Ley 5/2012, aunque en la práctica, recordemos que desde 2001 existen leyes autonómicas de mediación, se han realizado mediaciones transnacionales aplicando normas autonómicas. No podemos obviar que la Ley manchega regula en su art. 5 la “mediación familiar internacional”. Indica que se aplicará la ley autonómica cuando haya un elemento personal de extranjería, vemos como no especifica si este elemento se encuentra en el Estado español (como en la ley catalana) o si se encuentra en otro Estado (como en la Ley 5/2012)¹²⁹. Esta norma autonómica se encuentra pendiente de modificación en el anteproyecto de ley de mediación social y familiar de Castilla-La Mancha (2014), que pasaría a exigir para su aplicación que una de las partes esté empadronada o tenga su residencia habitual en su territorio (art. 4 anteproyecto de ley).

4. CONSIDERACIÓN FINAL

En la práctica aún son pocos los supuestos transnacionales que se someten a mediación. Sí que abundan los que contienen elementos de extranjería cuando ambas partes se encuentran o residen en España. Para estos casos primará la autonomía de la voluntad en someterse a un mediador o institución de mediación y con ello a una determinada ley de mediación de las que coexisten en España. La solución es la misma que la utilizada en los supuestos intraterritoriales. Hemos comprobado que las normas autonómicas contienen normas delimitativas de su ámbito de aplicación espacial y deberían evitar un posible conflicto de leyes cuando estas se aplican en su propio ámbito territorial (en algunas normas se añade una conexión personal y algún otro requisito). Ahora bien, vemos como la propia autonomía de la voluntad permite escoger la ley de mediación aplicable cuando ésta ley no requiera ninguna conexión personal y se someta el procedimiento a un determinado mediador o centro de mediación. Pero la auto-

¹²⁸ Definidos en el art. 3 que distingue dos supuestos. Cuando las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en Estados distintos y decidan hacer uso de la mediación o cuando sea obligatorio de acuerdo con la ley que resulte aplicable. Y también incluye en la definición de transnacional la ejecución transfronteriza del acuerdo de mediación, definición que ha sido puesta en tela de juicio dada la no necesidad de esta y las particularidades que prevé la norma. Por todos, véase: ESPLUGUES MOTA, C., *op. cit.*, nota 108, pp. 194-198.

¹²⁹ En todo caso añade la precaución de admitir “la adopción y aplicación de las medidas judiciales oportunas” en concreto se refiere a la aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de las sustracción internacional de menores cuando regula expresamente las mediaciones transnacionales, así como otros convenios y normas estatales.

nomía de la voluntad no disminuye la realidad jurídica existente, que no es otra que la concurrencia de pluralidad de leyes coexistentes y que pueden ser aplicables en un mismo supuesto susceptible de resolverse a través de mediación. Esta posibilidad de elección es importante teniendo en cuenta que difieren las leyes sobre mediación en cuestiones tan importantes como la materia (un centro de mediación de Asturias no puede actuar en un litigio sobre una empresa familiar mientras que sí lo podrá realizar un centro catalán o vasco), los requisitos que los mediadores deben cumplir para poder prestar el servicio (p.ej. la no exigencia de titulación universitaria en la ley estatal al contrario que las leyes autonómicas) y la eficacia del acuerdo de mediación (si se tiene que elevar el acuerdo a escritura pública ¿aumentan los costes?). También existen diferencias en cuestiones que no hemos entrado a valorar, como la posibilidad de sancionar al mediador, los requisitos para beneficiarse de la gratuidad del procedimiento de mediación, la duración del procedimiento de mediación que puede ir, según la ley aplicable, desde los sesenta días hasta un período “corto en el tiempo”. Cuestiones que difieren de una a otra ley autonómica y también respecto la estatal y que las partes podrían valorar antes de someterse a una u otra ley.

RESUMEN

La regulación de la mediación no escapa a la particular estructura política y legislativa española que, como en otras tantas materias jurídicas (p.ej. parejas de hecho o fundaciones), se encuentra regulada en pluralidad de leyes. El origen de dichas leyes tienen su fundamento en la normativa (Directiva 2008/52/CE) y en el interés de las instituciones de la Unión Europea de potenciar el uso de mecanismos alternativos a la resolución judicial de conflictos. En este contexto, y una vez más, las Comunidades Autónomas (CCAA), no todas, han regulado sus propias leyes en materia de mediación (p.ej. ley catalana 2009, ley gallega 2001, ley canaria 2005, ley manchega 2005, ley de castilla y león 2006, ley cantábrica 2011, entre otras tantas) y, asimismo, una ley estatal (Ley 5/2012) que, como ha sucedido en otras ocasiones, fue la última en entrar en vigor.

Esta situación conlleva a preguntarse qué ley es de aplicación ante una mediación, distinguiendo una situación interna (interterritorial o interregional) o una situación internacional. Resolveremos la concurrencia de leyes de mediación aplicable a través del principio básico de la autonomía de la voluntad de las partes a someterse a éste método alternativo al judicial. A nuestro parecer, las partes pueden escoger, en la mayoría de ocasiones, que se aplique una ley u otra de mediación según su sometimiento a un mediador o centro de mediación concreto. Esta posibilidad puede resultar interesante atendiendo a qué ley de mediación resuelve nuestros intereses (celeridad, especialidad del mediador, eficacia del acuerdo, etc.).

LA DIPLOMACIA DEL SECOND TRACK EN LA GESTIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD DEL SUDESTE ASIÁTICO: LECCIONES PARA EL ESPACIO MEDITERRÁNEO

Pablo Pareja Alcaraz

Profesor Visitante de Relaciones Internacionales
(Universitat Pompeu Fabra)

Jordi Quero Arias

Doctorando en Relaciones Internacionales
(Universitat Pompeu Fabra)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA DIPLOMACIA DEL *SECOND TRACK* COMO MECANISMO DE MEDIACIÓN.—2. LA CONTRIBUCIÓN DE LA DIPLOMACIA DEL *SECOND TRACK* A LA GESTIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD DEL SUDESTE ASIÁTICO.—3. LECCIONES DE LA DIPLOMACIA DEL *SECOND TRACK* EN LA GESTIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD EN EL SUDESTE ASIÁTICO.—4. UN BREVE RECORRIDO POR LA EXPERIENCIA DE LA DIPLOMACIA DEL *SECOND TRACK* EN EL ESPACIO MEDITERRÁNEO.—5. POTENCIALIDADES Y LÍMITES DE LA APLICACIÓN DE LA DIPLOMACIA DEL *SECOND TRACK* AL ESPACIO MEDITERRÁNEO.

PALABRAS CLAVES: Mediación, *Second Track*, Diplomacia no oficial, Sudeste asiático, Lecciones, Mediterráneo.

1. INTRODUCCIÓN: LA DIPLOMACIA DEL *SECOND TRACK* COMO MECANISMO DE MEDIACIÓN

La reconfiguración de las relaciones regionales en el Sudeste asiático tras el fin de la Guerra Fría abrió las puertas a la proliferación y al gradual asentamiento de más de un centenar de iniciativas de *second track* o diplomacia no oficial para la gestión de diferentes desafíos económicos y de seguridad. Con el paso de los años, esta segunda vía se ha demostrado menos uniforme que la protagonizada por los representantes gubernamentales de los Estados y, aunque sus rasgos definitorios han sido objeto de controversia entre los autores que la han estudiado¹³⁰, la mayoría ha coincidido en señalar tres. El primero de ellos es el carácter plural de su composición, que incluye a académicos, periodistas, empresarios y, en ocasiones, políticos, militares y funcio-

¹³⁰ Véase como obra de referencia sobre la identificación de diferentes vías o *tracks* CAPIE, P. y EVANS, P., *The Asia-Pacific Security Lexicon*, Singapur, Institute of Southeast Asian Studies, 2002, pp. 209-219.

narios que participan a título privado. El segundo rasgo es la naturaleza no oficial o extraoficial de las negociaciones, en las que ninguno de los actores participantes actúa en representación del Estado en que se ubica o del que es nacional. El tercer rasgo hace referencia a su voluntad de influir sobre el proceso político para la toma de decisiones, la cual se plasma en el desarrollo de vínculos formales o informales con la primera vía. Definidas por estos rasgos, las iniciativas y estrategias asociadas a la diplomacia del *second track* han conseguido reducir problemas en las negociaciones interestatales y han contribuido a la resolución de diversos conflictos, consolidándose así como un mecanismo efectivo de mediación.

La presente comunicación busca extraer algunas lecciones de las experiencias ligadas a la diplomacia del *second track* en el Sudeste asiático y explorar su aplicabilidad a las iniciativas de índole similar desarrolladas en el espacio mediterráneo a lo largo de los últimos años, todavía poco consolidadas. Consciente de las diferencias existentes entre ambas regiones, esta comunicación parte de dos premisas complementarias. La primera es que una y otra región se han caracterizado tradicionalmente por un elevado nivel de desconfianza que, junto a otros factores culturales, económicos e institucionales, ha dificultado la cooperación interestatal. La segunda es que ambas regiones han sido testigo en las últimas décadas del florecimiento y gradual expansión –no sin dificultades– de asociaciones, organizaciones e iniciativas ligadas a la sociedad civil cuya existencia resulta necesaria para el impulso de la diplomacia del *second track*. Para llevar a buen término el análisis, las páginas siguientes evalúan primero la positiva contribución de la diplomacia no oficial en el Sudeste asiático a la mediación y gestión de la conflictividad regional y después las lecciones más destacadas que, de la mano de sus éxitos y fracasos, se desprenden de las experiencias asociadas a esta vía no oficial. A continuación, la comunicación recorre el proceso de construcción de iniciativas similares en el espacio mediterráneo, en su mayoría estancadas desde principios de este siglo pero necesarias para fortalecer una efectiva diplomacia regional del *second track*. Sobre la base de estas secciones, las últimas páginas reflexionan sobre las potencialidades y límites de este desarrollo en los próximos años, al tiempo que recogen algunas recomendaciones.

2. LA CONTRIBUCIÓN DE LA DIPLOMACIA DEL *SECOND TRACK* A LA GESTIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD DEL SUDESTE ASIÁTICO

Pese a la heterogeneidad que las caracteriza¹³¹, las iniciativas impulsadas desde la vía no oficial han cumplido –y siguen haciéndolo– cinco funciones esen-

¹³¹ Entre todas ellas destacan seis por su nivel de actividad y su incidencia sobre la gestión de la seguridad regional: el Consejo para la Cooperación de Seguridad en Asia-Pacífico (CSCAP); el Diálogo Shangri-La; la Red de Institutos de la ASEAN de Estudios Estratégicos e Internacionales (ASEAN-ISIS); el Consejo Asesor de Negocios de la ASEAN (ASEAN BAC); la Red de *Think Tanks* de Asia oriental (NEAT); y los Seminarios sobre el Mar de China meridional (SCS). Para un análisis detallado de estas y otras iniciativas véase, entre otros, BALL, D., MILNER, A. y TAYLOR, B., «Track 2: Security Dialogue in the Asia-Pacific: Reflections and Future Directions», *Asian Security*, Vol. 2, 2006, núm. 3, pp. 174-188.

ciales que ilustran su contribución en el aumento del nivel de confianza entre los países del Sudeste asiático, la mitigación del nivel de conflictividad y, de resultas, el fortalecimiento de las estructuras de gobernanza regional.

En primer lugar, estas iniciativas actúan como promotoras de nuevas ideas y conceptos para la articulación de estrategias políticas. Por un lado, la variada y cualificada composición de las iniciativas de la vía no oficial les permite gozar de conocimientos sobre un amplio abanico de temas y elaborar análisis comprensivos desde diferentes enfoques. Por otro, su independencia respecto de los procesos y plazos burocráticos habituales les ayuda a reaccionar con mayor rapidez que a las administraciones estatales ante la aparición de nuevos desafíos económicos o de seguridad¹³². A este respecto es ilustrativo el reflejo de las recomendaciones de los informes elaborados por la red de institutos ASEAN-ISIS en las discusiones y declaraciones de la ASEAN sobre la lucha contra el crimen transnacional o incluso la disputa por las islas del Mar del sur de China.

En segundo lugar, las iniciativas de la vía no oficial operan como “laboratorios experimentales” para poner a prueba propuestas antes de trasladarlas a la vía oficial. De nuevo, dada su independencia formal de esta primera vía sus fracasos no repercuten directamente sobre la legitimidad de los gobiernos regionales y, en consecuencia, gozan de un mayor margen de maniobra para estudiar la posibilidad de incluir nuevos temas en la agenda o la viabilidad de foros de discusión alternativos. A modo de ejemplo, las discusiones sobre la conveniencia de crear un foro permanente de diálogo sobre cuestiones de seguridad regional promovidas desde principios de los años noventa por la red ASEAN-ISIS pusieron de relieve la existencia de un mínimo acuerdo entre los actores de Asia oriental e impulsaron la puesta en marcha del Foro Regional de la ASEAN¹³³.

En tercer lugar, las iniciativas no oficiales en ocasiones agilizan o desencallan la gestión de algunos desafíos o conflictos regionales. El ejemplo más evidente de esta función lo ofrecen los seminarios sobre el Mar de China meridional (SCS) que desde principios de los años noventa reúnen a especialistas de la región informalmente vinculados a sus respectivos gobiernos. Las conclusiones alcanzadas en estos seminarios han impulsado la firma de diferentes acuerdos de cooperación en materia de investigación científica, vigilancia y rescate marítimos, protección medioambiental y tratamiento de vertidos¹³⁴. Más aun, dejando

¹³² JOB, B., «Track 2 Diplomacy: Ideational Contribution to the Evolving Asian Security Order», en ALAGAPPA, M. (ed.), *Asian Security Order: Instrumental and Normative Features*, Stanford, Stanford University Press, 2002, pp. 241-279.

¹³³ KATSUMATA, H., «The Role of ASEAN Institutes of Strategic and International Studies in Developing Security Cooperation in the Asia-Pacific Region», *Asian Journal of Political Science*, Vol. 11, 2003, núm. 1, pp. 93-111.

¹³⁴ DJALAL, H. y TOWNSEND-GAULT, I., «Preventive Diplomacy: Managing Potential Conflicts in the South China Sea», en CROCKER, Ch. A. *et al.* (eds.), *Herding Cats: Multiparty Mediation in a Complex World*, Washington, DC, United States Institute of Peace Press, 1999, pp. 107-133. Véase

a un lado el espinoso litigio en torno a la soberanía de sus aguas, la celebración de los seminarios ha promovido el establecimiento de zonas de cooperación marítima entre Indonesia y algunos de sus vecinos del Sudeste asiático¹³⁵.

En cuarto lugar, estas iniciativas despliegan también una función socializadora sobre los participantes en la vía oficial y, de forma más amplia, sobre los gobiernos del Sudeste asiático. A través del desarrollo de foros de encuentro informales y de la promoción de debates entre interlocutores procedentes de Estados que apenas mantienen contactos oficiales, las iniciativas del *second track* contribuyen a su mejor conocimiento, a la búsqueda de puntos de encuentro y, en definitiva, a la reducción de la desconfianza regional. En algunos casos excepcionales, además, pueden facilitar la difusión de valores y potenciar la construcción de una identidad compartida¹³⁶.

Finalmente, en quinto lugar, las iniciativas de la vía no oficial ejercen también una función legitimadora de las propuestas desarrolladas en la vía oficial. En muchas ocasiones porque han participado en su diseño y en casi todas por su apego al ideal de cooperación, las iniciativas del *second track* son a menudo las principales defensoras de los acuerdos y organizaciones intergubernamentales del Sudeste asiático frente a las críticas de los medios de comunicación regionales y extrarregionales. Además, gracias sus lazos de unión tanto con los gobiernos como con ONG y grupos de la sociedad civil que no participan de la vía no oficial, estas iniciativas actúan como intermediarias entre unos y otros, canalizando sus respectivas demandas y aliviando posibles tensiones. De ahí el adjetivo de “validadoras” que, con acierto, les ha atribuido Charles E. Morrison.¹³⁷

3. LECCIONES DE LA DIPLOMACIA DEL *SECOND TRACK* EN LA GESTIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD EN EL SUDESTE ASIÁTICO

De la trayectoria, los éxitos y los fracasos de la diplomacia del *second track* en el Sudeste asiático se pueden extraer cuatro lecciones principales relativas a sus capacidades para contribuir a la gestión y resolución de la conflictividad regional. La primera de ellas es que la eficacia de este tipo de diplomacia se ve mermada por la escasez de recursos económicos. El presupuesto de la mayoría de iniciativas suele cubrir los costes de sus publicaciones y los directamente vinculados a la organización de reuniones y conferencias. No alcanza, sin embargo, ni para financiar los desplazamientos y las dietas de los participantes ni para abonar los salarios de las

también RÜLAND, J., «The Contribution of Track Two Dialogue Towards Crisis Prevention», *ASIEN*, Vol. 85, 2002, octubre, pp. 84-96.

¹³⁵ DJALAL, H., «Indonesia and the South China Sea Initiative», *Ocean Development and International Law*, Vol. 32, 2002, núm. 2, pp. 97-103.

¹³⁶ JOHNSTON, A. I., «Treating International Institutions as Social Environments», *International Studies Quarterly*, Vol. 45, 2001, núm. 4, pp. 487-515.

¹³⁷ MORRISON, Ch. E., «Track1/Track2 symbiosis in Asia-Pacific regionalism», *The Pacific Review*, Vol. 17, 2004, núm. 4, pp. 547-565 (pp. 551-558).

personas que las impulsan, que deben ser asumidos por las instituciones a las que pertenecen. Las iniciativas mejor financiadas como los seminarios sobre el Mar de China meridional (SCS) suelen arrojar mejores resultados con mayor celeridad, mientras que aquellas peor financiadas generalmente no cumplen las cinco funciones recogidas en la sección anterior. Así, por ejemplo, aun siendo el CSCAP una de las iniciativas que menos problemas de viabilidad económica presenta, sus limitados recursos financieros dificultan la puesta en marcha de nuevos proyectos¹³⁸.

La segunda lección es que para ser eficaces las iniciativas ligadas a la diplomacia del *second track* requieren de un notable grado de autonomía para tomar decisiones respecto de los gobiernos estatales. Aunque algunas se financian únicamente con fondos procedentes de empresas privadas o de institutos de investigación autosuficientes, la mayor parte de las iniciativas están sujetas a subvenciones gubernamentales y, a menudo, esta dependencia económica limita su capacidad de actuación y el efectivo cumplimiento de sus funciones. En ocasiones, además, la falta de autonomía se ve agravada por la presencia de uno o varios representantes gubernamentales en los consejos de dirección de las instituciones implicadas en el *second track* que no se limitan únicamente a supervisar sus acciones, sino que también pretenden incidir sobre ellas¹³⁹. Herman J. S. Kraft se ha referido este hecho como el “dilema de la autonomía”¹⁴⁰. Así, dado que para muchas de las iniciativas de la vía no oficial la única alternativa a la financiación gubernamental es la desaparición, esta dependencia a menudo se traduce en una disminución de sus críticas a las decisiones y actuaciones de los Estados, un hecho que incluso ha afectado a la parcialmente autofinanciada red ASEAN-ISIS. En casos todavía más extremos, la dependencia de algunas iniciativas desemboca en la replicación de las dinámicas de la vía oficial que precisamente pretendían evitarse con su creación. Éste parece haber sido el caso de algunas de las discusiones del CSCAP en las que, mimetizándose con los papeles de sus respectivos gobiernos, los representantes de organizaciones e institutos chinos y taiwaneses han reproducido los argumentos oficiales y han dificultado el avance en los debates para mitigar la conflictividad regional¹⁴¹.

La tercera lección que puede extraerse de las experiencias de la diplomacia del *second track* en el Sudeste asiático es que los beneficios de su actuación no son fácilmente observables a corto plazo, sino a medio y largo plazo. Con frecuencia, para ganar credibilidad y mantener la financiación las iniciativas del *second track* deben

¹³⁸ SIMON, S. W., «Evaluating Track II approaches to security diplomacy in the Asia-Pacific: the CSCAP experience», *The Pacific Review*, Vol. 15, 2002, núm. 2, pp. 167-200.

¹³⁹ EVANS, P. M., «The Prospects for Multilateral Security Co-operation in the Asia/Pacific Region», en BALL, D. (ed.), *The Transformation of Security in the Asia-Pacific Region*, Londres, Routledge, 1996, pp. 201-217.

¹⁴⁰ KRAFT, H. J. S., «The Autonomy Dilemma of Track Two Diplomacy in Southeast Asia», *Security Dialogue*, Vol. 31, 2000, núm. 3, septiembre, pp. 343-356.

¹⁴¹ CAMILLERI, J. A., *Regionalism in the New Asia-Pacific Order: The Political Economy of the Asia-Pacific Region*, Vol. 2, Cheltenham, Edward Elgar, 2003, p. 260.

ser capaces de alcanzar conclusiones con rapidez sobre los diferentes temas de la agenda regional, traducirlas al lenguaje de las implicaciones prácticas y expresarlas de forma sintética para que resulten útiles a los gobiernos en el diseño de sus estrategias. Sin embargo, ello requiere unas habilidades y unos tiempos más asociados a los departamentos de planificación política de las administraciones estatales que a las instituciones académicas y los institutos de investigación que elaboran estos informes en la región, por lo general más orientados al análisis de tendencias a medio y largo plazo y más cautos a la hora de extraer conclusiones sobre el presente¹⁴². De ahí que, salvo que sucumban a la tentación de la urgencia, las acciones de las iniciativas de *second track* no tengan una incidencia inmediata sobre la gestión de la conflictividad regional y que los beneficios derivados de las mismas sólo empiecen a observarse dos o tres años después de su puesta en marcha.

Por último, la cuarta lección que se desprende de las experiencias del Sudeste asiático es que la contribución de las iniciativas de la diplomacia del *second track* a la gestión y resolución de la conflictividad regional está supeditada a la existencia de vínculos y canales de comunicación con las instituciones de la vía oficial o *first track*. Para beneficiarse de las ideas, propuestas y estrategias diseñadas en el marco de la vía no oficial, los Estados deben articular y potenciar mecanismos flexibles y continuados de diálogo entre ambas vías, no limitándose a la celebración esporádica de encuentros o conferencias conjuntas. Así, no resulta casual que las cinco iniciativas del *second track* en el Sudeste asiático que más resultados positivos han arrojado en los últimos años sean precisamente aquellas que mantienen contactos más frecuentes con las instituciones y marcos de cooperación de la vía oficial. A este respecto resulta ilustrativo el caso de la red de institutos ASEAN-ISIS, cuya creciente contribución a la gestión de la conflictividad regional se debe en buena medida a la institucionalización de una reunión periódica entre los responsables de los institutos de la red y los representantes gubernamentales en la Cumbre Oficial de la ASEAN¹⁴³.

4. UN BREVE RECORRIDO POR LA EXPERIENCIA DE LA DIPLOMACIA DEL *SECOND TRACK* EN EL ESPACIO MEDITERRÁNEO

La diplomacia del *second track* no es ajena o novedosa en el espacio mediterráneo. Así, gracias a un nuevo clima favorable a la cooperación regional posterior al fin de la Guerra del Golfo y la Conferencia de Paz de Madrid de 1991, desde el inicio de la década de los noventa del siglo pasado empiezan a gestarse un conjunto de nuevas iniciativas ligadas a este tipo de diplomacia. Siguiendo la estela de las

¹⁴² BALL, D., MILNER, A. y TAYLOR, B., *Mapping Track II Institutions in New Zealand, Australia and the Asian Region*, Auckland, Asia-New Zealand Foundation, 2005, pp. 10-11.

¹⁴³ JOB, B., *op. cit.*, nota 131, pp. 241-279.

negociaciones semi-oficiales que condujeron a los Acuerdos de Oslo se pusieron en marcha numerosos talleres de trabajo, conferencias y reuniones que, a través de canales no oficiales, tenían por objetivo avanzar las negociaciones entre israelíes y árabes por un lado, y entre israelíes y palestinos por otro. Los ejemplos más destacados de estos primeros esfuerzos fueron tres: las reuniones entre académicos israelíes y palestinos organizadas por la *American Academy of Arts and Science*; las conversaciones secretas entre sirios e israelíes propiciadas por la norteamericana *Search for Common Ground*; y las Conversaciones de Estocolmo patrocinadas por el *Olof Palme International Center* como espacio de diálogo paralelo para los participantes en las negociaciones de Oslo¹⁴⁴. A estas primeras experiencias les seguirá una plétora de iniciativas que, pese a estar centradas en el conflicto árabe/palestino-israelí, generarán un debate intenso sobre aspectos más transversales como la construcción de un régimen de seguridad regional (véase el Cuadro 1, con las principales iniciativas). En un esfuerzo por cuantificar el auge de las actividades de diplomacia de segunda vía en este periodo, Dalia Dassa Kaye constata que entre 1991 y 2001 un total de 750 miembros de las élites políticas locales habían participado de alguna de las iniciativas vinculadas al *second track* -200 de ellos siendo representantes militares, incluyendo oficiales retirados. Además, señala que todos los países de la región (con la única excepción de Libia) habían sido partícipes de tales actividades y, que en su conjunto, éstas promediaban un gasto anual de 2,5 millones de dólares¹⁴⁵.

Este periodo dorado de la diplomacia de segunda vía, sin embargo, no duró para siempre. A partir de finales de los años noventa, y sobre todo en los primeros años de este siglo, la frustración derivada del fracaso de Oslo, la Segunda Intifada en 2001 y la Guerra de Irak en 2003 provocaron que gradualmente se perdiera la sensación de *momentum* que acompañó a las iniciativas en su etapa gestacional. Todo ello se fue traduciendo en la paralización y la condena al ostracismo de muchas de las estrategias en activo y, con el tiempo, en la desarticulación de muchas de las redes de contactos y las comunidades epistémicas creadas hasta la fecha¹⁴⁶. En los últimos años este proceso se ha visto agravado también por la reducción de los recursos económicos necesarios para la continuación

¹⁴⁴ AGHA, H., FELDMAN, S., KHALIDI, A. y SCHIFF, Z., *Track-II Diplomacy: Lessons from the Middle East*, Cambridge/Londres, The MIT Press, 2003, pp. 57-90.

¹⁴⁵ KAYE, D. D., «Track Two Diplomacy and Regional Security in the Middle East», *International Negotiation*, Vol. 6, 2001, p. 53.

¹⁴⁶ Peter Jones identifica hasta seis iniciativas -las cuáles se encontraban tradicionalmente entre las más importantes en la región- que ya en 2008 han sido o bien desmanteladas o han detenido totalmente su actividad: las Iniciativas del *Stockholm International Peace Research Institute* (SIPRI), las conversaciones auspiciadas por la *DePaul University* en Illinois, o las reuniones sobre cooperación marítima propiciadas por el Gobierno canadiense, por citar algunas. Nótese que el ámbito geográfico de referencia del autor no es el espacio mediterráneo sino Oriente Medio en su conjunto. Véase JONES, P., «Filling a Critical Gap, or Just Wasting Time? Track Two Diplomacy and Regional Security in the Middle East», *Disarmament Forum*, Vol. 2, 2008, p. 5.

de las actividades, especialmente de aquellos procedentes de los donantes tradicionales principales, en su mayoría instituciones y organismos europeos y norteamericanos.

CUADRO 1: PRINCIPALES INICIATIVAS DE LA DIPLOMACIA DEL *SECOND TRACK* EN EL ESPACIO MEDITERRÁNEO (1990-2013)

(UNIDIR)			Masivas
Conversaciones de Estocolmo / Olof Palme International Center	1994-1995	Israel, Palestina, Noruega, Estados Unidos, Suecia	Conflicto palestino-israelí
Cooperative Monitoring Center (CMC) – Sandia National Laboratories	Desde 1994	Egipto, Arabia Saudí, Israel, Estados Unidos	Desarme
Mid-East Group of Experts on the Establishment of a Regional Security Regime in the Middle East	Desde 1995	Egipto, Israel, Jordania, Estados Unidos	Seguridad regional, Zona Libre de Armas de Destrucción Masivas
Iniciativas del Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI)	1995-1999	Suecia, Egipto, Israel, Arabia Saudí	Instituciones regionales de seguridad
EuroMeSCo	Desde 1996	España, Italia, Reino Unido, Francia, Argelia, Egipto, Alemania, Israel, Malta, Marruecos, Turquía, Túnez	Cooperación científica
Grupo de Diálogo TOSAV	1997-1999	Turquía, Kurdistán, Noruega, Estados Unidos	Conflicto turco-kurdo
Maritime Safety Colloquium for Middle East Naval Officers	Desde 1997	Israel, Canadá, Catar, Jordania	Seguridad marítima
Proceso de Ginebra	2000-2003	Israel, Palestina, Canadá, Suiza, Japón, Reino Unido, Suecia	Conflicto palestino-israelí
Seminario Internacional sobre Seguridad y Defensa en el Mediterráneo	2002-2011	España, Marruecos, Argelia, Túnez, Egipto, Israel, Siria, Líbano, Turquía	Seguridad regional
Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax) - Gaza	2004	Israel, Palestina, Canadá, Irlanda, España, Reino Unido, Estados Unidos	Conflicto palestino-israelí
Diálogos Liel-Suliman	2004-2006	Siria, Israel, Suiza, Turquía	Conflicto sirio-israelí
CITpax- “Madrid, 15 años después”	2006	Egipto, Siria, Palestina, Israel, España, Dinamarca, Suecia, Noruega (con representantes de la Liga Árabe y el Consejo de Cooperación del Golfo)	Conflicto árabe-israelí

Fuente: AGHA, H., FELDMAN, S., KHALIDI, A. y SCHIFF, Z., *op. cit.*, nota 144; CASSINELLO, E., «El Próximo Oriente y la Diplomacia de Segunda Vía», en SOLER I LECHA, E. y HILALI, F., *VII Seminario Internacional sobre Seguridad y Defensa en el Mediterráneo. Conflictos Regionales y Estrategias de Seguridad*, Barcelona, CIDOB/ Ministerio de Defensa, 2008, pp. 123-128; FIRZDUFF, M. y CHURCH, C., *NGOs at the Table. Strategies for Influencing Policies in Areas of Conflict*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2004; JONES, P., *op. cit.*, nota 146, pp. 3-12; KAYE, D. D., *op. cit.*, nota 145, pp. 49-77; SCHIFF, A., «‘Quasi Track-One’ Diplomacy: An Analysis of the Geneva Process in the Israeli-Palestinian Conflict», *International Studies Perspectives*, Vol. 11, 2010, pp. 93-111; Cuadro: Autoelaboración.

5. POTENCIALIDADES Y LÍMITES DE LA APLICACIÓN DIPLOMACIA DEL *SECOND TRACK* AL ESPACIO MEDITERRÁNEO

La emergencia de una tímida, asimétrica y discontinua diplomacia del *second track* en el espacio mediterráneo en las últimas dos décadas pone de relieve las dificultades que entraña su desarrollo en los próximos años, pero también la existencia de los mimbres necesarios sobre los que construir una vía no oficial complementaria a la oficial y efectiva en tanto que mecanismo de mediación. Una empresa de esta envergadura requiere reactivar buena parte de las iniciativas ahora estancadas y ampliar su proyección a otros escenarios del espacio mediterráneo, más allá del conflicto árabe/palestino-israelí. Las lecciones de las experiencias del Sudeste asiático apuntan además la necesidad de adoptar otras medidas concretas orientadas a garantizar la viabilidad y la eficacia de la diplomacia mediterránea del *second track*.

En lo que respecta a la primera lección —la correlación entre los recursos económicos invertidos y la eficacia de las iniciativas—, el Mediterráneo en la actualidad se parece más a los casos fracasados que a los exitosos. Teniendo en cuenta que las iniciativas en el Sudeste asiático con mayor financiación se han demostrado las más beneficiosas para la gestión de la conflictividad sería deseable, para su buen funcionamiento, que la diplomacia de segunda vía en el Mediterráneo no se viese lastrada por la ausencia de recursos. Pese a que han sido muchas las causas detrás de la falta de continuidad de iniciativas como la del *Stockholm International Peace Research Institute* (SIPRI) o las conversaciones favorecidas por la *DePaul University*, la carencia de recursos económicos ha sido sin duda de las más importantes¹⁴⁷. Este fenómeno se explica esencialmente por la retirada de recursos por parte de actores extrarregionales y, en muchos casos, por la imposibilidad de encontrar instituciones regionales con la voluntad de cofinanciar las iniciativas¹⁴⁸. Se hace necesario, por tanto, que los entes regionales y los internacionales se comprometan con estas iniciativas y que dicho compromiso se manifieste en la continuidad y calidad de su financiación.

Sobre la segunda lección acerca de los posibles problemas de autonomía del *second track* frente al *first track*, la historia del espacio mediterráneo en los últimos veinte años nos muestra claros ejemplos. Entre ellos cabría destacar el caso de Siria en los años noventa, cuando en repetidas ocasiones el gobierno de Al-Assad mostró su rechazo y sospecha frente a la posible participación de académicos sirios en conversaciones con sus homólogos israelíes por miedo a que eso se interpretase como una concesión oficial frente a Tel Aviv¹⁴⁹. El caso del Sudeste

¹⁴⁷ Para una lista de las iniciativas fracasadas, nota 146.

¹⁴⁸ KAYE, D. D., «Rethinking Track Two Diplomacy: The Middle East and South Asia», *Clingendael Diplomacy Papers*, La Haya, Netherlands Institute of International Relations Clingendael, 2005, núm. 3, p. 30.

¹⁴⁹ KAYE, D. D., *op. cit.*, nota 145, p. 69.

asiático demuestra que una mayor autonomía de los participantes contribuye a que la segunda vía funcione como un “laboratorio” donde explorar nuevas ideas, propuestas y estrategias, sin las constricciones de las posiciones oficiales. Conseguir tal autonomía frente a los gobiernos nacionales implicando a individuos que puedan llegar a tener un verdadero impacto en los procesos políticos locales constituye uno de los retos principales para cualquier nueva iniciativa. Para solventar esta paradoja, a la que esta comunicación se ha referido como el “dilema de la autonomía”, sería aconsejable fomentar reuniones periódicas –paralelas a las propias de la segunda vía- entre los participantes en las iniciativas no oficiales y los gobiernos de los países en los que se ubican o de los que son nacionales. De esta manera se establecería un canal de comunicación que, por un lado, permitiría a los participantes estar siempre informados de los intereses del gobierno en cuestión y, por otro, facilitaría al gobierno recibir los *outputs* de las actividades de la vía no oficial.

La tercera lección extraída de las experiencias del Sudeste asiático indica también que los modelos de mediación informal generan resultados a medio y corto plazo, y que cualquier intento por forzar frutos inmediatos es contraproducente. Un modelo de gestión de la conflictividad no apresurado ni obsesionado con la inmediatez parece apropiado para el caso mediterráneo, especialmente teniendo en cuenta la pervivencia de conflictos enquistados durante largos periodos de tiempo. Este punto está estrechamente vinculado con la necesidad de mantener la inversión en dicho tipo de diplomacia en el largo plazo.

Por último, y en relación con la cuarta lección sobre la necesidad de establecer vínculos entre las vías oficial y no oficial, la experiencia del Sudeste asiático pone de relieve uno de los límites más significativos a los que tendrá que hacer frente cualquier iniciativa venidera. Tal como se desprende de nuestro análisis del caso asiático, uno de los elementos centrales que caracteriza el éxito de este modelo de mediación en dicha región es la existencia de una organización formal de cooperación regional: la ASEAN. La asociación desempeña un papel fundamental en los esfuerzos de mediación informal al poder ser la receptora que canaliza los frutos de las diferentes iniciativas relacionadas con el *second track*. De esta forma, la transmisión de propuestas y/o resultados desde la diplomacia de segunda vía hacia la diplomacia de primera vía es mucho más simple y la inclusión de las propuestas y/o resultados en la agenda regional no depende exclusivamente de la recepción que de éstos hagan los Estados involucrados¹⁵⁰. En el caso del espacio mediterráneo no encontramos una organización semejante que pueda cumplir actualmente esa función con garantías. Existen organizaciones intergubernamentales de ámbito regional que potencialmente podrían llegar a desarrollar el mismo papel que la ASEAN en el espacio del Sudeste asiático: la

150 Véanse en este mismo sentido JONES, P., *op. cit.*, nota 146, pp. 8-9; y KAYE, D. D., *op. cit.*, nota 148, p. 12.

Liga Árabe, la Unión del Magreb Árabe o la Unión por el Mediterráneo (UpM). Aun así, ninguna de estas organizaciones cuenta con todos los elementos necesarios para cumplir con las funciones que la ASEAN realiza en este sentido: la Liga Árabe no incorpora entre sus miembros a Estados clave para entender la conflictividad en el Mediterráneo sur, como Israel o Turquía; la Unión por el Mediterráneo no tiene mandato para tratar temas de seguridad y mediación *per se*; y la Unión del Magreb Árabe no puede ser un espacio de diálogo debido a los problemas que arrastra en su seno en relación con el conflicto del Sáhara Occidental. Esta carencia dificulta la transmisión entre la vía no oficial y la oficial, dificultando todavía más cualquier posible avance conseguido gracias a este instrumento de mediación. De ahí que, además de mostrar cautela respecto del potencial transformador de la diplomacia del *second track* en tanto que mecanismo de mediación en el espacio mediterráneo, esta comunicación concluya sumándose a las voces que reclaman la necesidad de continuar trabajando en el desarrollo de organizaciones e iniciativas gubernamentales efectivas para reducir la conflictividad regional.

RESUMEN

La reconfiguración de las relaciones regionales en el Sudeste asiático tras el fin de la Guerra Fría abrió las puertas a la proliferación y al gradual asentamiento de más de un centenar de iniciativas de *second track* o diplomacia no oficial para la gestión de diferentes desafíos económicos y de seguridad. Con sus limitaciones, estas iniciativas han cumplido varias funciones que han aumentado el nivel de confianza en la región, a mitigar la conflictividad y, de resultas, a fortalecer las estructuras de gobernanza en materia de seguridad. Teniendo presentes las diferencias entre un espacio geográfico y otro, la comunicación analiza el recorrido de estas iniciativas y extrae algunas lecciones que podrían ayudar a la reactivación e impulso de iniciativas similares en el espacio mediterráneo. Algunas cuestiones se revelan especialmente importantes: la necesidad de dotarlas de recursos suficientes y de garantizar su autonomía; la conveniencia de no someterlas a presiones excesivas para facilitar la obtención de resultados a medio y largo plazo; y la urgencia de crear foros regionales oficiales que permitan aprovechar al máximo los beneficios que las acompañan.

REFORZANDO LA MEDIACIÓN: PRINCIPALES AVANCES EN NACIONES UNIDAS Y LA UNIÓN EUROPEA

Belén Sánchez Ramos

Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público
(Universidad de Vigo)

SUMARIO: 1. ¿POR QUÉ ES NECESARIO REFORZAR LA MEDIACIÓN...?.—2. EN NACIONES UNIDAS.—3. Y LA UNIÓN EUROPEA.

PALABRAS CLAVES: Organización de Naciones Unidas, Unión Europea, Mediación, Diálogo, Prevención de conflictos, Gestión de crisis.

1. ¿POR QUÉ ES NECESARIO REFORZAR LA MEDIACIÓN...?

Tanto la Organización de Naciones Unidas como la Unión Europea juegan un papel relevante en el marco de la prevención de conflictos y ambas, casi al unísono, han decidido iniciar el camino para reforzar la mediación, debido, en gran medida, a que el número de conflictos intra-estatales no ha dejado de crecer en los últimos años –Libia, Ucrania, Siria, Egipto...- y que la mediación ha sido identificada como uno de los medios de solución de controversias más útiles y eficaces.

2. ...EN NACIONES UNIDAS

Como es sabido, la Carta de Naciones Unidas establece la obligación de que los Estados resuelvan sus controversias internacionales por medios pacíficos¹⁵¹. La mediación es uno de esos medios pacíficos, no jurisdiccionales¹⁵², que pueden

¹⁵¹ Art. 2.3 de la Carta.

¹⁵² Sobre los procedimientos no jurisdiccionales de solución de controversias puede consultarse,

utilizarse para la resolución de conflictos. La ONU, prácticamente desde su creación, ha participado en procesos de mediación bien a través de la colaboración directa del Secretario General, bien a través de sus Representantes Especiales, creando, paulatinamente, las “estructuras” necesarias para poder desarrollar esta función. Así, en 1992 se creó el Departamento de Asuntos Políticos; en 2006, la Unidad de Apoyo a la Mediación¹⁵³, encuadrada en el citado Departamento y en 2008, el Equipo de Expertos en Mediación¹⁵⁴, que desde 2011 está compuesto por siete expertos que cubren seis esferas temáticas: 1) redacción de Constituciones; 2) distribución de recursos naturales y de los recursos hídricos; 3) distribución de recursos naturales, tierras, viviendas y propiedad; 4) mecanismos de reparto de poder; 5) cuestiones relacionadas con el género y 6) acuerdos de seguridad.

A pesar de su participación activa en los procesos de mediación y de contar con una estructura de apoyo, la ONU ha decidido revitalizar¹⁵⁵ este medio de solución de controversias debido, principalmente, al número cada vez más frecuente de conflictos intra-estatales; porque la experiencia sitúa a la mediación como uno de los medios más útiles de solución de conflictos y por su flexibilidad, dado que puede desarrollarse en las diferentes etapas: en la situación de pre-conflicto, una vez que éste ha estallado o durante la aplicación de los acuerdos de paz. Con esta finalidad, el Secretario General presentó, en 2009 un *Informe sobre el mejoramiento de la mediación y sus actividades de apoyo*¹⁵⁶, donde, por una parte, puso de manifiesto las debilidades o problemas que se han detectado a lo largo de estos años y que básicamente se circunscriben a un abanico de cuestiones de formación y de funcionamiento del equipo mediador¹⁵⁷, y, por otra, realizaba una serie de propuestas encaminadas a superar esas deficiencias¹⁵⁸. A este Informe, le siguió una Resolución de la Asamblea General adoptada en 2011, relativa al *Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución*¹⁵⁹ de la que cabe destacar 3 cues-

entre otros: DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 943-963; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARIA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, Pamplona, Civitas, 2012, pp. 465-479; REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 604-616.

¹⁵³ Su función se circunscribe a apoyar las actividades de mediación de los departamentos competentes así como los de los representantes, enviados y coordinadores residentes.

¹⁵⁴ Sobre su funcionamiento, puede consultarse BARGIACCHI, P., «El equipo de expertos en mediación de las Naciones Unidas», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E., ADAM MUÑOZ, M. D., y CORNAGO PRIETO, N., *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 811-817.

¹⁵⁵ CARRASCAL GUTIÉRREZ, A., «La mediación internacional en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea: Evolución y retos de futuro», *Revista de Mediación*, 2011, núm. 8, segundo semestre, pp. 28-33.

¹⁵⁶ *Informe del Secretario General sobre el mejoramiento de la mediación y sus actividades de apoyo*, S/2009/189, 8 de abril de 2009.

¹⁵⁷ S/2009/189.

¹⁵⁸ S/2009/189, anexo.

¹⁵⁹ A/RES/65/283, de 28 de julio de 2011.

tiones esenciales: 1) arbitra la mediación como una herramienta prometedora y eficaz en función al costo para el arreglo de controversias, 2) recuerda los características esenciales inherentes a la mediación¹⁶⁰ y 3) propone la elaboración de unas Directrices “para hacer más efectiva la mediación, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las enseñanzas obtenidas en los procesos de mediación anteriores y en marcha”¹⁶¹.

Posteriormente, en 2012, el Secretario General presentó, de nuevo, un Informe sobre el *Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de conflictos y su solución*¹⁶², que destaca porque en su anexo contiene las *Directrices de las Naciones Unidas para una mediación*¹⁶³ “pensadas como un recurso para los mediadores, los Estados y otros agentes que apoyan la labor de mediación, pero también son pertinentes para las partes en conflicto, la sociedad civil y otros interesados”¹⁶⁴. La necesidad de adoptar unas Directrices se justifica porque la mediación tiene su propia lógica y enfoque¹⁶⁵. Dicho instrumento es, hasta el momento, el último eslabón en el reforzamiento de la mediación que intenta responder a las debilidades apuntadas. Creemos que es un Documento importante, que puede contribuir un desarrollo más eficaz de la mediación, si bien es cierto que también es demasiado genérico como consecuencia de estar configurado como un documento marco, que sea aplicable a cualquier procedimiento de mediación.

3. ...Y LA UNIÓN EUROPEA

Si el Secretario General de Naciones Unidas presentó, como hemos apuntado, su primer informe sobre el necesario reforzamiento de la mediación en abril de 2009¹⁶⁶, prácticamente al unísono –el 10 de noviembre de 2009–, el Consejo de la Unión Europea adoptaba el “Concepto del refuerzo de las capacidades de media-

¹⁶⁰ “La mediación responsable y digna de crédito requiere, entre otras cosas, el consentimiento de las partes en una controversia o conflicto particular, imparcialidad de los mediadores, su cumplimiento de los mandatos acordados, el respeto de la soberanía nacional, el cumplimiento de las obligaciones de los Estados y demás agentes pertinentes en virtud del derecho internacional, incluidos los Tratados aplicables, y la preparación operacional, incluidos los conocimientos especializados de fondo y de procedimiento de los mediadores”, A/RES/65/283, p. 4.

¹⁶¹ A/RES/283, p. 4.

¹⁶² A/66/811, 25 de junio de 2012.

¹⁶³ Estas Directrices se basan en la experiencia de la Comunidad Internacional (aportaciones de los Estados miembros de UN, el sistema de Naciones Unidas, otras OI, ONG, grupos de mujeres, mediadores y especialistas en mediación).

¹⁶⁴ A/66/811.

¹⁶⁵ De acuerdo con dichas directrices, los elementos fundamentales de la mediación son: preparación, consentimiento, imparcialidad, carácter inclusivo, implicación nacional, derecho internacional y marcos normativos y coherencia, coordinación y complementariedad de la mediación.

¹⁶⁶ S/2009/189.

ción y diálogo de la Unión Europea”¹⁶⁷ (en adelante, Concepto2009) con el que persigue objetivos similares a los propuestos por la ONU, aunque, obviamente, trasladados a la realidad de la UE y que podríamos resumir en un titular: que la UE sea capaz de jugar un papel más activo y coordinado en la mediación, proponiendo, además, una serie de medidas o mecanismos “*to strengthen the Union’s capacity and support to EU and EU-backed mediators*”¹⁶⁸.

Si bien la mediación es un instrumento de la acción exterior de la UE, no estamos ante una “herramienta aislada” sino que ésta se enmarca dentro de un objetivo más amplio como es la prevención de conflictos, la gestión de crisis o la reconstrucción post-conflicto¹⁶⁹. Sin embargo, no debemos perder de vista que, a diferencia de la ONU, la prevención de conflictos no estaba entre los objetivos de las Comunidades Europeas, por lo que su participación en los procesos de mediación ha caminado, en un primer momento, del desarrollo de la Política Exterior y de Seguridad Común¹⁷⁰, donde el Tratado de Lisboa ha aportado importantes novedades a través, básicamente, de tres vías: 1) una de las más importantes –al objeto de nuestro estudio– se recoge en el art. 21.2.c) del TUE al establecer el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional como uno de los principios que deben inspirar toda la acción exterior en su conjunto –y que hasta entonces se circunscribía exclusivamente al ámbito PESC– erigiéndose, por tanto, en un objetivo transversal, que debe perseguirse con todas las acciones o políticas con dimensión exterior; 2) el fortalecimiento de la Política Común de Seguridad y Defensa¹⁷¹ (PCSD) y 3) la

¹⁶⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Concept on strengthening EU Mediation and Dialogue Capacities*, Documento 15779/09, Bruselas, 10 de noviembre de 2009.

¹⁶⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 167, p. 2.

¹⁶⁹ Véase CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Working paper on EU activities in the area of mediation and dialogue*, Documento 11680/09, Bruselas, 2 de julio de 2009, p.7. En la misma línea, el Consejo de la UE ponía de manifiesto en 2011 que la prevención de conflictos sigue siendo un objetivo prioritario de la acción exterior de la UE, es más, se recuerda la estrechísima relación que existe entre prevención de conflictos y mediación estableciendo que “*there is a scope for the UE and its member states to strengthen their capacity to design variable, operational, coherent and realistic options for preventive action. One form of early action is mediation*” (CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Conclusiones sobre la Prevención de conflictos*, Documento 11820/11, Bruselas, 20 de junio de 2011, p. 4).

¹⁷⁰ En ese sentido, el punto de inflexión lo constituye el Tratado de Maastrich, introduciendo en el Tratado de la Unión Europea la Política Exterior y de Seguridad Común. A partir de ahí, la adopción de la Estrategia Europea de Seguridad “Una Europa en un mundo mejor” (Bruselas, 12 de diciembre de 2003) o la adopción del Programa de Gotemburgo sobre prevención de conflictos van a impulsar la participación de la UE en la Diplomacia preventiva y, por ende, en los procesos de Mediación Internacional. Una visión detalla de cómo se han ido desarrollando las capacidades de la UE en la mediación y el diálogo puede consultarse en SHERRIFF, A., HAUCK, V., y ROCCA, C., *Glass half full: Study on EU lessons learnt in mediation and dialogue*, Study submitted to the European External Action Service by ECDPM through the AETS Consortium – Cardno, Maastricht, ECDPM, 2013, p.5. Disponible en <http://ecdpm.org/publications/glass-half-full-study-eu-lessons-learnt-mediation-dialogue/>

¹⁷¹ Véase INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS, «La Política Europea de Seguridad y Defensa tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», *Cuadernos de Estrategia*, núm. 145, 2010.

nueva “estructura” en la que se asienta la acción exterior: el Alto Representante, el Presidente del Consejo Europeo, el Presidente de la Comisión, las Delegaciones de la Unión Europea y el Servicio Europeo de Acción Exterior.

A pesar de este desarrollo “tardío” de la PESC y la PCSD – a cuyo amparo se desplegó, en un primer momento, la mediación- lo cierto es que la UE está presente, a través de diferentes acciones, en prácticamente todos los procesos de mediación y diálogo que se están desarrollando hoy en día, lo que contribuye, sin lugar a dudas, a reforzar su protagonismo, su peso y su papel en la escena internacional, dado que, no podemos olvidar que la UE actúa como mediador a instancias de las partes en conflicto. Es más, Sherriff, Hauck y Roca destacan que “*it is difficult to identify a region of the world where the EU is not engaged in some way in mediation and dialogue*”¹⁷². Quizás este protagonismo se explique por la presencia de la UE en la mayor parte de los países en situación de conflicto o post-conflicto. Una mirada rápida, por ejemplo, al continente africano, nos sitúa ante el desarrollo de diferentes políticas y acciones: cooperación al desarrollo, Política Europea de Vecindad -Túnez, Libia, Egipto, Siria...- Representante Especial para el Mediterráneo, Delegaciones de la UE... Esas relaciones, en muchas ocasiones, propician que sea llamada a participar en los procesos de mediación.

Si ya en 2008 el Consejo de la UE apuntaba la necesidad de “mejorar nuestras capacidades de diálogo y de mediación”¹⁷³, el Concepto2009, que se configura como “*the policy basis for the EU’s involvement in international peace and mediation*”¹⁷⁴ propone la “fórmula” para avanzar en esa dirección. Nosotros analizaremos dicho Concepto2009 a través de los que consideramos sus cuatro ejes básicos: 1) concepto y modos de desarrollo de la mediación, 2) las debilidades del sistema, 3) la colaboración con otras Organizaciones Internacionales y 4) la “fórmula” propuesta para reforzar las capacidades así como su grado de implementación. Antes de acercarnos a estas cuestiones básicas es necesario apuntar que la mediación es un ámbito extremadamente complejo tanto *ad intra* —en el marco de la UE, por la pluralidad de mecanismos a través de los cuales se puede desarrollar— como *ad extra* —entender las múltiples causas que dan lugar a un conflicto o a una situación de pre-conflicto para poder ofrecer una solución a las partes—. Aún así, para la UE es fundamental reforzar su presencia y sus capaci-

¹⁷² SHERRIFF, A., HAUCK, V., y ROCCA, C., *op. cit.*, nota 170, p. 1. En este sentido, Johannes Schachinger ha destacado que la UE es “(...) *the only regional organization which acts as a mediator outside its own sphere*”, SCHACHINGER, J., «European External Action Service in mediation and mediation support», en TAMMINEN, T. (ed.), *Strengthening the EU’s Peace mediation capacities. Leveraging for peace through new ideas and thinking*, The Finnish Institute for International Affairs, 2012, FIIA Report 34, p.19.

¹⁷³ Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad «Ofrecer seguridad en un mundo en evolución», Bruselas, 11 de diciembre de 2008, S407/08.

¹⁷⁴ SCHACHINGER, J., *op. cit.*, nota 172, p.17.

dades de mediación porque con ello no sólo contribuye a minimizar los efectos que un conflicto armado puede tener sobre el espacio europeo, sino que también refuerza su papel como promotor de la paz, seguridad, defensa de los derechos humanos y de los principios democráticos en el mundo¹⁷⁵, en suma, contribuye a reforzar su papel en el marco de la seguridad global¹⁷⁶.

El primero de los ejes básicos es el concepto de mediación. La UE parte de una noción “amplia” que va más allá, por tanto, de la mediación en sentido estricto, entendida como “... *a way of assisting negotiations between conflict parties and transforming conflicts with the support of and acceptable third party*”¹⁷⁷ y que puede desplegarse en cualquier estadio del proceso (en el escenario de pre-crisis, una vez que ésta ya ha estallado o durante el proceso de aplicación de un acuerdo de paz) sino que también incluye el diálogo y la facilitación, dado que, en la práctica, generalmente la distinción de estas figuras aparece muy difuminada¹⁷⁸. Otra cuestión fundamental es saber cómo puede participar la UE en los procesos de mediación, dado que no existe una foto fija. Así, el Concepto2009 identifica cinco tipos de participación que nosotros agruparemos en dos: 1) actuando como mediador internacional, al más alto nivel, es decir, diseñando y conduciendo el proceso¹⁷⁹ y 2) apoyando los procesos de mediación (ya sea financiándolos, o promoviendo la mediación y diálogo entre las partes con apoyo logístico¹⁸⁰). Es fundamental que la UE disponga toda la información para poder adoptar la decisión de si es más eficiente liderar el proceso de mediación o diálogo, siempre con el consentimiento de las partes, o apoyar la labor desarrollada por una ONG o por la sociedad civil.

El segundo eje básico serían las debilidades del sistema que, creemos, pueden resumirse en cuatro palabras: insuficiente coordinación, coherencia y formación. Aunque en principio pueda parecer un contrasentido, cabe afirmar que, desde nuestro punto de vista, estas debilidades se derivan de uno de sus principales activos: la pluralidad de actores y herramientas que pueden desplegarse para la prevención o resolución de conflictos. En cuanto a los actores, si leemos el Con-

¹⁷⁵ Sobre los “beneficios” que puede reportar a la UE la mediación, véase CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 169, Documento 11680/09, pp. 6-7.

¹⁷⁶ DE CASTRO RUANO, J. L., «La Unión Europea y la gestión de crisis: entre las potencialidades del Tratado de Lisboa y la falta de voluntad de los Estados. Libia como evidencia», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E., ADAM MUÑOZ, M. D., y CORNAGO PRIETO, N., *op. cit.*, nota 154, pp. 881-912.

¹⁷⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 167, p. 2.

¹⁷⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 167, pp. 2-3.

¹⁷⁹ Por ejemplo, la labor de mediación desarrollada por el Secretario General/Alto Representante Javier Solana en la Revolución Naranja en Ucrania, en 2004 o en el conflicto entre la Federación Rusa y Georgia en 2008 o la participación de la AR en el conflicto entre Kosovo y Serbia, Doc. 11680/09, pp. 4-5; SHERRIFF, A., HAUCK, V., y ROCCA, C., *op. cit.*, nota 170, pp. 6-30.

¹⁸⁰ Aquí encontramos numerosos ejemplos entre los que cabe apuntar Nepal, Libia, y Yemen. SHERRIFF, A.: «What have we learned from the past regarding EU conflict prevention and peacebuilding- and where could mediation and dialogue fit in?», en TAMMINEN, T., *op. cit.*, nota 172, pp. 23-25.

cepto 2009 en el escenario post-Lisboa, tanto el AR, como los Representantes especiales (RpEs)¹⁸¹ o las Delegaciones de la UE pueden participar activamente en la mediación, de ahí que sea “imprescindible” coordinar sus actividades sobre el terreno¹⁸². Incluso, recientemente, se han utilizado nuevas figuras, como el “Special Adviser” de la AR para apoyar el proceso de paz en Myanmar¹⁸³. En mi opinión, independientemente de quien “lidere” el proceso de mediación, el sistema debería gravitar en torno a las Delegaciones de la UE¹⁸⁴ -participando activamente o facilitando información-, en cuanto que son las que conocen de primera mano la “realidad” política y social del país o región¹⁸⁵, de ahí que sea imprescindible arbitrar un sistema de comunicación entre éstas y el resto de actores. En cuanto a las herramientas, de nuevo, en un escenario de prevención/resolución de conflictos, la UE puede desplegar instrumentos financieros¹⁸⁶, misiones que se enmarcan en la PESC o en la PCSD – que pueden convivir con los RpEs-

¹⁸¹ En cuanto a las dificultades de coordinación creemos que es ilustrativa la siguiente afirmación de OTTE: “*towards the end of his mandate, changes in EU procedures meant he was no longer invited to PSC meetings. He recalls that PSC Ambassadors still wanted to exchange information and dialogue with the EURS: “so, just like in the early days of my mandate, I ended up giving them informal briefings over lunch in restaurants because there was no longer a way to meet them formally”*”, OTTE, M., *Debriefing EU Mediators: summary and key lessons from a debriefing with former EURS for the Middle East Peace Process*, European Forum for International Mediation and Dialogue, June, 2012, p. 22.

¹⁸² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 167, p. 4. Esa falta de coordinación entre los distintos actores se produjo, por ejemplo, en la crisis de Georgia de 2008. Véase EUROPEAN PEACEBUILDING LIAISON OFFICE, *EU Support to peace mediation: Developments and challenges*, EPLO Publications, 2013, p. 6. Disponible en <http://www.eplo.org/eu-support-for-peace-processes.html>. La falta de coordinación, eficacia y coherencia son conceptos que también siempre han sobrepasado sobre la representación exterior de la UE. Sobre esta cuestión puede consultarse SÁNCHEZ RAMOS, B., «La representación exterior de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa: en busca de la unidad, eficacia y coherencia», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (dir.), ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., y PUREZA, J. M. (coords.), *Innovación y conocimiento*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 481-490.

¹⁸³ Esta es la figura que se está utilizando para apoyar el proceso de paz en Myanmar, si bien tanto de denominación como su mandato han sido calificados como poco claros. Véase EUROPEAN PEACEBUILDING LIAISON OFFICE, *op. cit.*, nota 182.

¹⁸⁴ Sobre le importantísimo papel que juegan en el exterior tanto las antiguas Delegaciones de la Comisión Europea como las actuales Delegaciones de la UE puede consultarse SÁNCHEZ RAMOS, B., *La Unión Europea y las Relaciones Diplomáticas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 77-231; y, de la misma autora, SÁNCHEZ RAMOS, B., «De la Delegaciones de la Comisión Europea a las Delegaciones de la Unión Europea ¿qué novedades nos aporta Lisboa?», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense 2011*, Ourense, 2012, pp. 331-361.

¹⁸⁵ En este sentido, compartimos la opinión de Johannes Schachinger “*in addition to the high-level mediation role played by the HR/VP (...) one of the strongest assets of the EU is its wide network of Delegations. They would be well placed (together with EURSS and CSDP missions) to increasingly offer mediation expertise and play a more active direct role in mediation and dialogue initiatives*” (SCHACHINGER, J., *op. cit.*, nota 172, p. 21).

¹⁸⁶ La UE cuenta con dos instrumentos financieros: El Instrumento de estabilidad, renombrado Instrumento para contribuir a la estabilidad y la paz, dotado de una mayor flexibilidad (COMISIÓN EUROPEA, Memo 13/1134, 11 de diciembre de 2013) y el Instrumento para la Paz en África. En cuanto a las acciones financiadas por este instrumento puede consultarse: HENDRICKSON, D., BALL, N., OLONISAKIN, F., MORILLON, V. y CADJI, A. L., *African Peace Facility Evaluation*, Final Report, octubre 2013.

lo que una vez más nos lleva a la necesidad de arbitrar o reforzar mecanismos de coordinación. Es más, en muchas ocasiones, la UE participa en la cadena de prevención/resolución de conflictos/reconstrucción de la paz, actuando en un primer momento como mediador, a través de alguno de sus actores y, en un segundo momento desarrollando una misión en el marco de la PCSD¹⁸⁷. Además sería necesaria una mayor flexibilidad y rapidez en las respuestas e instrumentos —así se ha criticado, que muy a menudo, las ayudas llegan demasiado tarde¹⁸⁸—, algo que no siempre es fácil en la UE. Otra debilidad es la formación, dado que como también destacó la ONU, es necesario contar con expertos en mediación.

El tercer eje es la colaboración con otras Organizaciones Internacionales. Estamos ante otro de los grandes activos de la UE, que colabora habitualmente tanto con la ONU —compartiendo mesa en procesos de mediación, colaborando con su Unidad de Apoyo a la Mediación o a través de la conclusión de acuerdos de cooperación¹⁸⁹— como con la Unión Africana o la OSCE.

Y, por último, el cuarto eje apunta las medidas para reforzar el papel de la UE como mediador internacional. Algunas de ellas animan a seguir en la misma senda —por ejemplo, la cooperación con otras Organizaciones Internacionales— mientras que otras persiguen una mayor coordinación, complementariedad y coherencia —de los diferentes actores y acciones—. Con ese objetivo se proponen 5 acciones: la primera se circunscribe a cuestiones estratégicas y horizontales, entre las que destaca la necesidad de reforzar la coordinación entre los diferentes actores—AR, Delegaciones de la UE, RpEs...—; la coordinación y coherencia entre las diferentes acciones desplegadas —ya tengan una dimensión política, financiera o diplomática—; la introducción de mandatos de mediación en las misiones PCSD, o, siguiendo la propuesta de Naciones Unidas, la promoción de la participación de las mujeres en los procesos de mediación; la segunda y tercera acción apuntan al refuerzo del soporte operacional (tanto logístico como financiero) y la formación —imprescindible para poder desarrollar las habilidades necesarias y específicas para los procesos de mediación y de la que deberían ser destinatarios tanto los Representantes Especiales como el personal de las Delegaciones de la UE como los que participan en las distintas misiones PCSD—; la cuarta se circunscribe al tratamiento de la información (*knowledge management*) principalmente, la mejora de los análisis y diagnóstico de los distintos escenarios, para que la UE pueda desarrollar con mayor eficacia su labor de mediador, como a la necesidad de adoptar códigos o guías de buenas prácticas y, por último, la quinta

¹⁸⁷ A título de ejemplo cabría mencionar Georgia, o el Acuerdo de Paz de Aceh. Véase CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 169, Documento 11680/09, pp. 4-5.

¹⁸⁸ PARLAMENTO EUROPEO, *Implementing the EU concept on Mediation: learning from the cases of Sudan and the Great Lakes*, Bruselas, Parlamento Europeo, 2011.

¹⁸⁹ En 2011, la Comisión Europea firmó un acuerdo con el Departamento de Asuntos Políticos de la ONU y con el Programa de Naciones Unidas para el desarrollo relativo a la cooperación en los procesos de mediación. Véase: SHERRIFF, A., HAUCK, V., y ROCCA, C., *op. cit.*, nota 170, p. 5.

acción es una “ventana al exterior” dado que propone reforzar la cooperación con otros actores, —como las ONG— así como a seguir en la misma senda —como ya apuntábamos— en cuanto a la colaboración con otras OI. Siguiendo al Consejo de UE¹⁹⁰, creemos que todas estas medidas podrían resumirse en dos: *acciones que deben reforzarse* —peso político de la UE, mayor presencia sobre el terreno, coordinación de los diferentes instrumentos desplegados por la UE, colaboración con otras OI y mantenimiento de una red de contactos con las ONG, los Estados y la sociedad civil—, y *cambios necesarios* —agilizar el procedimiento de puesta en marcha de un proceso de mediación, que debe ser una respuesta rápida e independiente; coherencia entre derechos humanos/derecho internacional y los objetivos que se persiguen en la resolución de conflictos y apoyo logístico, formación, adopción de directrices...—.

Las principales medidas que se han adoptado hasta el momento para implementar el Concepto2009 son básicamente dos: la primera, supuso la creación, dentro del SEAE de la División de prevención de conflictos, consolidación de la paz e instrumentos de mediación, cuyo objetivo es apoyar los servicios geográficos, las Delegaciones de la UE, los RpEs y los altos directivos en la toma de decisiones sobre la búsqueda de la paz, la mediación y la prevención de conflictos; así como el Equipo de Apoyo a la Mediación —creado en 2011— y cuyas funciones se enmarcan en la formación, el análisis de la información y soporte logístico¹⁹¹ —todas ellas acciones que habían sido identificadas en el Concepto2009 como *cambios necesarios*—, y, la segunda, el desarrollo del Mediation Support Pilot Project desarrollado por el Equipo de Apoyo a la Mediación¹⁹². Con estas acciones, se intenta dar respuesta a las debilidades detectadas en el Concepto2009, si bien es cierto que todavía quedan cuestiones pendientes tales como la adopción de un Código de Conducta, si bien, en este sentido, creemos que podría utilizarse como Guía las Directrices aprobadas por Naciones Unidas.

RESUMEN

Tanto la Organización de Naciones Unidas como la Unión Europea han identificado la Mediación como uno de los medios más eficaces para la solución de conflictos y, consecuentemente —debido en gran medida a que el número de conflictos inter-estatales no deja de crecer— han iniciado el camino para reforzar este medio no jurisdiccional de solución de controversias. En este trabajo analizamos los pasos dados por ambas Organizaciones Internacionales,

¹⁹⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 169, Documento 11680/09, pp. 7-8

¹⁹¹ Sobre las acciones desplegadas por el Equipo de Mediación, véase: eeas.europa.eu/cfsp/conflict_prevention/docs/2013_eu_mst_factsheet_en.pdf.

¹⁹² Un balance de este proyecto puede consultarse en HAUCK, V. y SHERRIF, A., *EEAS Mediation Support Pilot Project Evaluatory Review* (Study submitted to EEAS by ECDPM through the AETS Consortium-Cardno), Maastricht, 2013.

que en la ONU se circunscriben básicamente a la presentación de una serie de Informes del Secretario General así como Resoluciones adoptadas por la Asamblea General, y que en la Unión Europea giran en torno al Concepto del refuerzo de las capacidades de mediación y diálogo, adoptado por el Consejo de la Unión Europea en 2009.

LA FORMACIÓN DE MEDIADORES ESPECIALIZADOS EN LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LA REGIÓN DEL MEDITERRÁNEO: DESCRIPTORES Y CAPACIDADES

María Isabel Torres Cazorla
Profesora Titular de Derecho Internacional Público
(Universidad de Málaga)

María del Pilar Diago Diago
Profesora Titular (acreditada a Catedrática) de Derecho Internacional Privado (Universidad de Zaragoza)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DESCRIPTORES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. HABILIDADES DESEABLES.—3. EL ESCENARIO RELATIVO AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES.—3.1 Descriptores generales.—4. EL ESCENARIO RELATIVO AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CONFLICTOS PRIVADOS INTERNACIONALES.—4.1 Descriptores generales.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

PALABRAS CLAVES: Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, Formación de mediadores internacionales, Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo, Mediación internacional, Resolución 65/283 de la Asamblea General.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace años, queda fuera de toda duda la necesidad de incentivar, en los múltiples escenarios en que surgen controversias, el recurso a la mediación como mecanismo de resolución extrajudicial de las mismas. La mediación se ha abierto camino en escenarios tanto de la esfera privada (familiar, escolar, entre

otros), como en el terreno atinente a las transacciones comerciales (de las que la mediación civil y mercantil constituye un ejemplo clave). Desde larga data, la figura de la mediación como mecanismo de arreglo pacífico de las controversias ha sido utilizada, tanto al ser mencionada en instrumentos internacionales de relevancia (por ejemplo, las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, el propio art. 33 de la Carta de Naciones Unidas o más recientemente el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores, de 1996 sobre protección de niños o el Convenio de 2000 sobre protección internacional de los adultos) como al surgir casos relevantes de la práctica internacional en la materia.

Ese incentivo de la mediación en la esfera internacional encuentra, al menos, dos hitos fundamentales relativamente recientes, del que la Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo constituye “un esqueje de un tronco común”, si se nos permite la expresión. En primer lugar nos referimos a la puesta en práctica de lo dispuesto en la Resolución 65/283, aprobada por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas el 22 de junio de 2011¹⁹³, un paso más en el que se pone de relieve la utilización de este mecanismo, respecto del que la Organización de Naciones Unidas venía ejerciendo cierto liderazgo de la mano de sus Secretarios Generales¹⁹⁴. La Resolución de 2011 consideró que éste era un aspecto en el que se veía conveniente seguir ahondando, por supuesto sin dejar a un lado la implicación de los Estados, agentes nacionales y sociedad civil, con el objetivo de crear capacidad para las actividades de mediación. El desarrollo de estas capacidades nacionales, a lo que debe sumarse una asignatura aún pendiente, la participación plena y efectiva de las mujeres en este sector, conforma otro eje sobre el que gira la presente Resolución, tratando de incentivar el nombramiento de mujeres mediadoras.

Por lo que a la presente comunicación respecta, hay un párrafo de la citada Resolución que resulta clave para comprender la necesidad de incentivar la preparación de mediadores expertos en mediación internacional, de manera global y respecto de las propias realidades que se producen en el contexto del área Mediterránea, de manera particularizada. Se trata de su párr. 8:

“8. *Destaca* la importancia de contar con especialistas en la mediación y sus procesos a todos los niveles que estén bien preparados y sean imparciales, expe-

¹⁹³ Véase Doc. A/RES/65/283, adoptada en el sexagésimo quinto período de sesiones, con el título “Fortalecimiento de la función de la mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución”.

¹⁹⁴ Valgan como ejemplos la Resolución 57/337, de 3 de julio de 2003 de la propia Asamblea General, relativa a la prevención de los conflictos armados, o el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005 en que, siguiendo la letra de la Resolución 65/283, “se reconoce la importante función de buenos oficios que desempeña el Secretario General, incluida la mediación en las controversias, y se apoyan los esfuerzos del Secretario General por fortalecer su capacidad en este ámbito” (p. 2 de la Resolución citada, *ab initio*). De igual manera, cabe citar el Informe del Secretario General de 8 de abril de 2009 sobre el mejoramiento de la mediación y sus actividades de apoyo (Doc. S72009/189). Dichas labores se llevan a cabo por conducto del Departamento de Asuntos Políticos de la Secretaría y su Dependencia de Apoyo a la Mediación.

rimentados y geográficamente diversos para asegurar la prestación de un apoyo de alta calidad y oportuno a las actividades de mediación, apoya las actividades del Secretario General para mantener una lista actualizada de mediadores y alienta a que se siga tratando de mejorar el equilibrio entre los géneros y la representación geográfica equitativa”.

En segundo lugar y en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, constituye un hito la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Con el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, la Directiva trata de facilitar el acceso a la mediación en los litigios transfronterizos que se generen entre particulares. Resulta especialmente significativo, a los efectos de esta comunicación, señalar la importancia que se concede a la consecución de una adecuada y necesaria formación de mediadores. Así el considerando dieciséis establece:

“(16) Para asegurar la necesaria confianza mutua en lo que respecta a la confidencialidad, el efecto sobre los plazos de caducidad y prescripción, y el reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación, los Estados miembros deben promover, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación”.

Del mismo modo, el art. 4. 2 dispone:

“Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes”.

Se trata, sin duda alguna, de todo un reto; la necesidad de formar especialistas en mediación de primer nivel y, de manera específica, en mediación internacional, en todo su amplio espectro (internacional publicista e internacional privatista). Éste y no otro es el objetivo de la presente comunicación: partiendo de la base de que los master y/o cursos especializados en mediación habrían de dedicar atención también a este punto (aspecto éste escasamente observable en el entorno de los estudios de nuestro país), intentaremos proceder a explicar los elementos esenciales que dicha formación ha de reunir, desde una perspectiva esencialmente práctica. Y todo ello, enmarcado en el contexto de la participación activa de las dos personas que suscribimos la presente comunicación, como docentes en el master de Mediación de la Universidad de Málaga¹⁹⁵, que celebra este curso su cuarta edición como master Oficial y que encuentra sus orígenes más allá en el tiempo, dado que desde el curso académico 2004-2005 se impartía como Título Propio de la

¹⁹⁵ Véase la información al respecto en <http://www.uma.es/master-en-mediacion/>. Este vínculo web, así como cualquier otro citado en la presente comunicación ha sido consultado por última vez el día 3 de febrero de 2015.

Universidad de Málaga, contando desde sus inicios con un apartado dedicado en exclusiva a la mediación internacional.

2. DESCRIPTORES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. HABILIDADES DESEABLES

La Iniciativa de la Mediación para el Mediterráneo tiene como uno de sus objetivos base promover la mediación como sistema de resolución de conflictos en la región. Auspiciada conjuntamente por nuestro país y nuestro vecino del Sur, Marruecos, intenta ofrecer soluciones realistas para tratar de hacer frente a los problemas de este escenario singular que la región Mediterránea y sus aledaños presenta en esta segunda década del siglo XXI. Dos años de andadura tras el momento en que la propuesta vio la luz, junto a la realización de diversos seminarios, tanto en España como en el país vecino, aspecto éste unido a los nuevos retos que se presentan, conforman un marco estratégico desde el que plantear propuestas sobre la necesidad de formar mediadores especializados a este respecto. Y ello, sin duda, sin dejar a un lado la complejidad que el actual escenario presenta, tanto por la evolución que el propio concepto de seguridad ha experimentado, por la complejidad de los conflictos actuales (en muchos de los cuales su carácter interno e internacional ha dejado de cobrar tanta importancia, por las implicaciones que los mismos y su evolución pueden tener para el conjunto de la región)¹⁹⁶, así como por los propios fenómenos de cambio derivados de situaciones como la indeterminación que la denominada “Primavera árabe” trajo tras de sí, e igualmente por los numerosos actores implicados, sin dejar a un lado el rol de las Organizaciones Internacionales¹⁹⁷. A ello se debe añadir, desde la perspectiva del acceso a la justicia de los particulares, la diferente recepción de la mediación en los distintos ordenamientos de los países que integran la región del Mediterráneo, así como los problemas que surgen de la coordinación de ordenamientos jurídicos a la hora de construir un acuerdo de mediación que produzca efectos en otros países.

¹⁹⁶ Sobre esta cuestión ya se nos alertaba hace años; así, Eric Hobsbawm afirmaba hace más de una década que “(s)alvo contadas excepciones, es poco probable que se repitan las disputas y las fricciones entre los Estados ya existentes que desembocaron en el pasado en conflictos armados. Comparativamente hablando, se ha reducido, por ejemplo, el número de disputas entre gobiernos por cuestiones fronterizas. Por otro lado, es más sencillo que aumente la violencia a escala interna: el principal peligro de la guerra estriba en la intervención de otros Estados o de otros agentes militares”. Ello, sin embargo, no iba a ser sinónimo de que el siglo XXI sería un siglo de paz, a juicio de este autor que compartimos plenamente, pues los hechos corroboran dicha realidad. Ideas expresadas en HOBBSAWN, E., *Guerra y paz en el siglo XXI*, trad. de la obra original en inglés *Essays on Globalization, Democracy and Terrorism*, Barcelona, Sol 90, 2009, p. 40 y p. 42.

¹⁹⁷ De manera especial, Naciones Unidas y Unión Europea; sobre este tema, entre otros BLANC ALTEMIR, A. (dir.), *Las relaciones entre las Naciones Unidas y la Unión Europea. Seguridad, Cooperación y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2013.

Los descriptores generales que dicha formación ha de presentar, desde nuestra perspectiva, son varios: de entrada, una visión general de la mediación internacional, enmarcada en el sistema de arreglo pacífico de controversias, resulta esencial para comprender los rasgos específicos de esta figura. A ello, por ende, ha de sumarse una distinción crucial: la de la delgada línea roja que separa buenos oficios y mediación¹⁹⁸, al tratarse de figuras afines, así como el estudio detallado de los rasgos de la mediación internacional¹⁹⁹. Esta formación inicial es básica para comprender los rasgos específicos que la mediación internacional presenta, así como para enfrentarnos al segundo gran bloque (la mediación internacional en el contexto de Organizaciones Internacionales u otros entes, así como en tratados internacionales, especialmente de carácter multilateral²⁰⁰ junto con la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos privados internacionales). Ello, por supuesto, sin olvidar la visión práctica, presentando a los estudiantes casos de muy variada índole (temporal y geográficamente hablando) en los que se ha de acudir (o se ha acudido) a mecanismos de arreglo pacífico, en particular a la mediación (inclusive con rasgos difusos)²⁰¹. El contexto y sus problemas (es decir, la región del Mediterráneo, entendida desde una perspectiva amplia, como los Estados bañados por dicho mar, así como las zonas limítrofes, cuya esfera de influencia está fuera de duda) han de ser abordados de manera particular, como veremos en los dos apartados que siguen, dedicados de manera especial a la perspectiva del Derecho Internacional Público y Privado, que pretendemos integrar en la presente comunicación.

Es lugar común que el mediador ha de gozar de unas especiales características para que el recurso a este mecanismo de solución extrajudicial de los conflictos culmine con éxito: la confianza y un cierto *savoir faire*, el conocimiento de códigos de conducta voluntarios, cuando existan, junto a un conocimiento profundo de las circunstancias en presencia son todos ellos elementos clave a

¹⁹⁸ Véanse, entre otros, PEIRANO BASSO, J., *Buenos Oficios y Mediación*, Montevideo, IDEA, 1983; DARWIN, H. G., «Mediation and Good Offices», en VALLAT, F., *International Disputes: The Legal Aspects. Report of a Study Group of the David Davies Memorial Institute of International Studies*, Londres, Europa Publications, 1972, pp. 83-92. No hay que dejar a un lado la existencia de otros términos, que también se utilizan de manera intercambiable, como por ejemplo *facilitación*.

¹⁹⁹ Entre los muchos trabajos que cabe citar, sobre este particular, ORÚS ANDREU, R., «La mediación en conflictos», *Papeles de Cuestiones Internacionales*, Vol. 62, 1997, pp. 181-189; WYLER, E., «Le médiateur, tiers impartial au coeur du droit», en Liber Amicorum, L. Cafilisch., y COHEN, M. G. (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, Leiden, M. Nijhoff Publ., 2007, pp. 973-992.

²⁰⁰ Sobre este particular, véase REQUENA CASANOVA, M., *El arreglo pacífico de controversias en los convenios multilaterales de codificación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

²⁰¹ Como mero ejemplo de un caso particular en las relaciones bilaterales hispano-marroquíes, acaecido hace unos años, valga el asunto del islote de Perejil y la intervención de C. Powell al respecto, si bien con todas las dudas que la misma suscita respecto a su categorización como “mediación pura”. Sobre ello, RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J. y TORRES CAZORLA, M. I., «Una readaptación de los medios de arreglo pacífico de controversias: el caso de Isla Perejil y los medios utilizados para la solución de este conflicto», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 54, 2002, núm. 2, pp. 717-731.

tener en cuenta²⁰². Por dicha razón, los estudios especializados que pretenden ofrecer una formación sólida a los futuros mediadores han de abarcar situaciones relacionadas muy directamente con el escenario regional planteado en la Iniciativa objeto de nuestra atención²⁰³. Aquí, prestar atención al área Mediterránea es prioritario. Pero, ¿a qué tipo de conflictos, de manera específica? Y ¿cuáles son los parámetros de formación generales que se deben seguir? Ello será objeto de explicación en los dos apartados posteriores, orientados, respectivamente, a los dos escenarios que planteamos: el tendente a solventar conflictos del escenario público frente al segundo, centrado en la esfera *inter privados*, si bien en un entorno transnacional.

3. EL ESCENARIO RELATIVO AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES

El escenario geográfico al que estamos haciendo mención, esto es, el Mediterráneo, concentra gran número de problemas sin resolver o de resolución compleja, algunos de ellos de tiempo remoto. En lo que atañe a nuestro país, situaciones derivadas de contenciosos territoriales, tanto Gibraltar como numerosos territorios en el norte de África conforman temas clave a tener en cuenta. El Mediterráneo no es ajeno a la existencia de conflictos bilaterales que persisten actualmente²⁰⁴. Por supuesto, la descolonización inacabada del Sáhara Occidental no debe obviarse. Asimismo, el conflicto palestino-israelí, esencial en la región y cuyas derivaciones se dejan ver en Estados vecinos, ocupa un lugar central. Situaciones como la que actualmente vive Siria, conflicto cuyo final sigue sin vislumbrarse tras más de tres años de guerra civil, o las consecuencias de inestabilidad en el sur del Mediterráneo provocadas por los cambios de regímenes desde hace años en la zona conforman otro factor digno de ser analizado

²⁰² El mediador requiere formación e inclusive práctica; además debe reunir ciertas habilidades comunicativas, de formulación y desarrollo de las negociaciones, así como habilidades y estrategias de gestión de problemas. En este sentido, téngase en cuenta, por lo que respecta a los Códigos de conducta voluntarios lo que establece la Directiva 2008/52 en su art. 4.

²⁰³ Por supuesto, ello no implica desconocer o no prestar atención alguna al contexto internacional en su conjunto y sus múltiples interacciones, sino todo lo contrario; meramente como ejemplos, que permiten ofrecer algunas visiones de la compleja realidad internacional de esta pasada década, véase RODRÍGUEZ-AGUILERA DE PRAT, C., *Problemas políticos y conflictos mundiales a principios del siglo XXI*, Barcelona, ANUE, 2011. Sobre los más recientes acontecimientos acaecidos en el sur del Mediterráneo, en particular, la “Primavera árabe” y sus implicaciones, véase GUTIÉRREZ ESPADA, C. (dir.) y CERVELL HORTAL, M. J. (coord.), *Nosotros y el Islam*, Murcia, Diego Marín Librero, 2012. Como correlato lógico de ello, la Política Europea para el Mediterráneo y la problemática –por las dificultades que implica su puesta en práctica– así como el Proceso Euromediterráneo (PEM), son analizadas en detalle por BLANC ALTEMIR, A., *La Unión Europea y el Mediterráneo. De los primeros acuerdos a la Primavera Árabe*, Madrid, Tecnos, 2012.

²⁰⁴ Por ejemplo, entre Marruecos y Argelia, como consecuencia del cierre de las fronteras desde 1994; entre Turquía y Grecia (delimitación en el Egeo, Chipre); o entre Eslovenia y Croacia (Bahía de Piran).

en detalle. Ello, unido a la existencia de Estados multiculturales cuya diversidad étnica y religiosa ha mostrado su cara menos amable con la aparición de conflictos importantes, conforma otro frente esencial de análisis²⁰⁵. El círculo habría de cerrarse teniendo presente la aparición de lo que podemos denominar “factores de riesgo” de alcance regional, entre los que cabe destacar algunos como los siguientes: movimientos migratorios –tema éste de especial relevancia para nuestro país, si bien existen otros muchos Estados afectados en esta región-, el terrorismo, la delincuencia organizada en sus múltiples facetas, el medioambiente y la lucha por unos recursos naturales cada vez más escasos, entre algunas de las variables que han de ser necesariamente tenidas en cuenta.

3.1 Descriptores generales

I. Cuestiones previas relativas al arreglo pacífico de controversias en Derecho Internacional Público

II. La mediación internacional: regulación

1. De los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 a la Carta de Naciones Unidas

2. Su inclusión en tratados internacionales multilaterales

3. El incentivo de la mediación en Naciones Unidas y otras iniciativas

III. Aspectos específicos de la mediación internacional:

1. Etapas y momentos

2. Características del mediador internacional

3. Bases de poder y funciones

4. Imparcialidad y deber de confidencialidad del mediador

IV. Análisis detenido de casos prácticos de mediación internacional, en particular relacionados con la región Mediterránea

4. EL ESCENARIO RELATIVO AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CONFLICTOS PRIVADOS INTERNACIONALES

Pese a la importancia de la mediación y sus indiscutibles beneficios, y pasado un tiempo desde que la Directiva ha sido adaptada por los Estados miembros (a excepción de Dinamarca), el informe presentado por la Comisión de Asuntos

²⁰⁵ Sin ánimo de exhaustividad, casos como los de Kosovo, Turquía, Bosnia-Herzegovina, Egipto, Líbano, Argelia, etc., son algunos de los ejemplos que conviene citar.

Jurídicos del Parlamento Europeo²⁰⁶ pone de relieve el escaso uso que se da de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos en los Estados miembros. El desconocimiento por los particulares (a lo que habría que añadir el desconocimiento de la modalidad de mediación internacional por los propios mediadores) es uno de sus males y, de ahí, que la presente iniciativa sea especialmente importante, pues ayuda a la difusión de la mediación y alienta su utilización, además de que se orienta a promover la calidad de la misma.

La adaptación de la Directiva ha sido muy desigual y sólo Italia la ha hecho obligatoria. El estudio de la Directiva (orígenes, objetivos, ámbito de aplicación) junto con un pequeño análisis de Derecho Comparado de su implementación por las diferentes legislaciones de los Estados miembros que integran la región del Mediterráneo es el punto de arranque para la presentación del marco de estudio. En esta primera toma de contacto es importante familiarizar al mediador con la cultura mediadora que subyace en el Derecho islámico clásico y que preside los procesos establecidos en los ordenamientos de los países del Mediterráneo de inspiración islámica, con especial atención a la legislación marroquí y argelina (dado el elevado flujo migratorio de nacionales provenientes de estos países).

Una vez analizado el marco jurídico general (en el que se incluirá la presentación de otras normas como la Ley modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI de 2003²⁰⁷) es necesario determinar los asuntos que van a requerir la atención de esta rama de Derecho. Precisamente una de las destrezas con las que debe contar el mediador es la de distinguir el carácter transfronterizo de la mediación, así como aquellos conflictos que, sin compartir ese carácter, requieren la atención del Derecho Internacional Privado al concurrir algún elemento de heterogeneidad. El análisis de supuestos prácticos resulta esencial para el desarrollo de esta destreza.

Identificados los supuestos que requerirán de atención especial, debe pasarse el examen exhaustivo de la Ley española 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁰⁸ y del RD 980/2013 que desarrolla determinados aspectos de la Ley²⁰⁹, pues éste es el marco legal de la mediación en los asuntos transfronterizos²¹⁰. El estudio se debe acompañar del acercamiento a las lagunas que, lamentable-

²⁰⁶ PARLAMENTO EUROPEO, «Rebooting» the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, Bruselas, Parlamento Europeo, febrero de 2014.

²⁰⁷ Véase A/Res/57/18 de la Asamblea General, de 24 de enero; así como NACIONES UNIDAS, *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la ley modelo*, Nueva York, 2002; así como DIAGO DIAGO, P., «Modelos normativos para una regulación de los MARC (mecanismos alternativos de resolución de conflictos)», en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Estudios sobre la contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 151-178.

²⁰⁸ BOE, 7 de julio de 2012.

²⁰⁹ BOE, 27 de diciembre de 2013.

²¹⁰ Véase entre otros, BARONA VILAR, S., «Incorporación de la mediación civil y comercial en el ordenamiento jurídico español. De la Directiva 2008/52 al Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G.

mente, la normativa presenta respecto de esta concreta modalidad de mediación²¹¹. De nuevo, es la aplicación práctica la que debe orientar su estudio. Una vez aprehendido el proceso con atención especial al sistema de ejecución de acuerdos de mediación transfronterizos, será el momento de volcar los conocimientos en los supuestos que la práctica genera. En concreto, se deberán dar las pautas necesarias para la determinación, en cada uno de los supuestos objeto de análisis, de cuál será la ley o leyes aplicables al contenido del acuerdo de mediación susceptibles de alcanzar²¹². Para ello se diferenciarán, al menos, dos tipos de conflictos: los relativos al ámbito de Derecho de familia (la ruptura de la relación conyugal o de pareja, liquidación del régimen económico matrimonial, la responsabilidad parental, supuestos de sustracción internacional de menores, adopción internacional, sucesiones, etc.) y los relativos al ámbito patrimonial (cuestiones relativas al comercio internacional, al consumo, materia societaria, derecho laboral, etc.).

En el primer tipo de conflictos será especialmente importante el estudio de los conflictos interculturales que se esconden detrás del conflicto de leyes. Para ello resulta necesario familiarizar al mediador con figuras desconocidas por el orbe occidental y su tratamiento desde el punto de vista de la “Alianza de Civilizaciones”. Entendido, todo ello, como mecanismo necesario para lograr no sólo una coordinación de Derechos en presencia, sino la convivencia pacífica en diversidad.

El análisis jurídico de los conflictos indicados y de las correspondientes pautas de actuación, se verá mediatizado por la delimitación de los países del Mediterráneo. Ello permite una identificación más exacta de los problemas que, con más frecuencia, se plantean en este contexto. A su vez, el acceso a los diferentes Derechos materiales resulta esencial para trazar el mapa de la mediación y su correcta utilización, puesto que los asuntos objeto de mediación no podrán afectar a derechos y obligaciones no disponibles por las partes en virtud de la ley aplicable. Todo ello hace más factible la creación de protocolos de actuación para la mediación en

(eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; ESPLUGUES MOTA, C., «Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de Mediación de 2012», en ETXEBERRÍA GURIDI, F. (dir.), *Significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Madrid, Aranzadi Thomson, 2012; YBARRA BORES, A., «Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 23, junio, 2012; PALAO MORENO, G., «El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 64, 2012, pp. 315-320.

²¹¹ Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina v. por todos 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*, Vol. 136, 2013, pp. 165-199.

²¹² Véase DIAGO DIAGO, P., «Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado», en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E., *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 265-298; PALAO MORENO, G., «La mediación familiar internacional», en LLOPIS GINER, J. M. (coord.), *Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar*, Valencia, Práctica de Derecho, 2003, pp. 84-86.

los asuntos señalados, además de la elaboración de formularios que facilitarían la labor del mediador. Es más que deseable que esta iniciativa global para la mediación en el Mediterráneo permita avanzar en esta dirección. A partir de aquí, todos los avances en este campo (absolutamente necesarios) deberán ser proyectados en el diseño de los contenidos relativos a la formación especializada en mediación internacional, respecto de la cual se ha presentado sólo una aproximación general.

4.1 Descriptores generales

I. La mediación en la normativa internacional: los diferentes modelos de regulación de la mediación internacional y su respectivo alcance. Aproximación a los ordenamientos de los países de la región mediterránea, con especial atención al Derecho de inspiración islámica

II. La mediación y el Derecho Internacional Privado español: marco normativo.

1. Definición de mediación transfronteriza

2. Concepto amplio de mediación y mediador

3. Delimitación del carácter transfronterizo de la mediación

4. Campo de actuación material de la mediación: ámbito familiar y patrimonial.

III. Cuestiones de Derecho Internacional Privado que suscita el recurso a la mediación en asuntos civiles y mercantiles en los conflictos transfronterizos de la región del Mediterráneo

1. La autonomía de la voluntad como eje de la mediación y sus posibles límites

2. La interacción entre mediación y proceso

3. La eficacia de los acuerdos de mediación: reconocimiento y en su caso, ejecución del acuerdo de mediación

IV. Otras cuestiones prácticas:

1. Calidad de la mediación

2. Confidencialidad del proceso de mediación

5. CONSIDERACIONES FINALES

¿Por qué acudir a la mediación? De manera muy clara, la Resolución 65/283 parece darnos las claves que hacen pensar que acudir a la mediación es mejor, o

así lo parece en el actual contexto internacional, que hacerlo a otro mecanismo de solución; ello lo hace en un párrafo, a nuestro juicio enormemente ilustrativo sobre el particular, al señalar la Asamblea General que:

*“Reconociendo también la útil función que puede cumplir la mediación para evitar que las controversias se intensifiquen hasta pasar a ser conflictos y estos sigan intensificándose, así como para promover la solución de los conflictos y, de esa forma, prevenir o reducir el sufrimiento humano, y crear condiciones favorables para una paz duradera y un desarrollo sostenible, y, a este respecto, reconociendo que la paz y el desarrollo se refuerzan mutuamente”*²¹³.

De manera paralela, la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles pone el acento en el cumplimiento de los acuerdos de mediación y el menor coste en la consecución de la solución:

(6) *“La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos”*.

Ahora bien, debe ponerse de relieve que no todos los conflictos pueden ser solucionados acudiendo a la mediación; realizar un planteamiento generalizado sería una falacia sin sentido en la práctica real. La propia Organización de Naciones Unidas ha sido plenamente consciente de ello cuando, en boca de su propio Secretario General, en el documento *“Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz”*, se señalaba lo siguiente:

“...para que un proceso de mediación sea efectivo no basta con nombrar a una persona eminente que actúe como tercera parte. A menudo es necesario convencer a los antagonistas de las virtudes de la mediación, y los procesos de paz deben contar con un apoyo político, técnico y financiero firme. (...)

No todos los conflictos se pueden solucionar recurriendo a la mediación. Existen algunos indicadores que sirven para determinar las posibilidades de una mediación eficaz. El primero y más importante es que las principales partes en conflicto deben estar dispuestas a intentar negociar una solución; en segundo lugar, se debe aceptar un mediador y éste debe ser creíble y contar con buenos apoyos; y tercero, debe existir un consenso general a nivel regional e internacional que apoye el proceso”²¹⁴.

En el ámbito de los conflictos privados internacionales, el límite, como hemos visto, lo marca aquellos asuntos que afecten a derechos y obligaciones

²¹³ Véase p. 2 de la Resolución citada, párr. 6.

²¹⁴ Doc. «Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz», septiembre 2012, especialmente p. 1 y p. 5.

no disponibles por las partes en virtud de la ley aplicable. Ello impide que, en su caso, el acuerdo de mediación alcanzado produzca efectos jurídicos, lo que congela el acuerdo que “hace saltar” los límites que la ley impone.

La Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo, unida a la idea de la necesaria preparación que han de reunir los mediadores son ideas primordiales para lograr que esta noción funcione y que los acuerdos que se generen, cuando sean posibles, sean eficaces. Ello, sin duda, sin olvidar la necesidad de tener un conocimiento profundo del conflicto y de su marco jurídico, así como de todos los actores en presencia²¹⁵. En este mismo sentido se manifestó nuestro país, haciendo referencia a las cualidades que habría de poseer un buen mediador con capacidad para resolver conflictos internacionales, aspecto éste que pudiera ser extrapolable a todo tipo de conflictos, cualquiera que sea su tipología publicista o privatista; además de una serie de cualidades personales y profesionales, es necesario ir más allá, puesto que:

“Junto con esas cualidades generales, el mediador en conflictos internacionales (ya se trate de un individuo, una organización, un grupo o un Estado) debe, aunque no haga gala de ello en el proceso de mediación, poseer un conocimiento exhaustivo del marco jurídico y político internacional y, por supuesto, debe estar íntimamente familiarizado con el mapa de cada conflicto en cuestión. (...) El conocimiento que el mediador ha de poseer de las relaciones internacionales debe incluir una sólida sensibilidad cultural —o intercultural— que le permita hacer la semiótica de los códigos culturales con los que operan las partes para potenciar paralelismos y eludir discrepancias. Por otra parte, el mediador debe contar además con recursos humanos y materiales suficientes, y poseer unos contactos y apoyos exteriores que den al proceso la necesaria proyección e impulso internacionales”²¹⁶.

Por ello, nos gustaría culminar con aquella afirmación del escritor Amin Maalouf, quien parecía alertarnos, no sin ciertas dosis de premonición de que “(n)o nos bastará con seguir avanzando con el impulso inicial, a trancas y barrancas, navegando a estima, rodeando unos cuantos obstáculos y dejando que el tiempo solucione las cosas. El tiempo no es nuestro aliado, es nuestro juez, y ya estamos con un aplazamiento de condena”²¹⁷.

Las complejas situaciones que se viven en la actualidad en el escenario europeo, y no solamente en el Mediterráneo, resultan ejemplos ilustrativos de la necesidad

215 Véase WHITFIELD, T., «Actores externos en la mediación. Dilemas y opciones para mediadores», Barcelona, Henry Dunant - Centro para el Diálogo Humanitario, 2010.

216 «Fortalecimiento de la función de la mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución», Informe del Secretario General, Doc. A/66/811, 25 de junio de 2012, especialmente en p. 64 donde se contiene esta opinión, vertida por España.

217 MAALOUF, A., *El desajuste del mundo. Cuando nuestras civilizaciones se agotan*, Barcelona, Círculo de Lectores, 2009, p. 13.

de dotar de cierto orden al actual desorden que el tablero mundial presenta. Para ello, la mediación podría jugar, sin duda alguna, su papel²¹⁸. De igual manera, el aumento de las relaciones privadas internacionales resulta imparables, los costes de litigación aumentan y la justicia tradicional de confrontación puede producir graves secuelas, especialmente dolorosas en el ámbito familiar. La solución extrajudicial de conflictos privados internacionales, puede ayudar a pacificar la sociedad, si bien requiere de una “reinicialización” de la Directiva²¹⁹ y una pronta mejora sustancial del marco normativo. Sin duda, el esfuerzo merece la pena.

RESUMEN

La iniciativa de la mediación para el Mediterráneo tiene como uno de sus objetivos promover la mediación como sistema de resolución de conflictos en la región. Nada mejor para ello, que diseñar programas especializados en la formación de mediadores, conocedores de las tipologías y características de los litigios que se plantean en este escenario geográfico circundante.

Este trabajo realiza una aproximación a los contenidos básicos que deberían integrar la formación especializada de mediadores expertos en los litigios que tienen como marco territorial la Región del Mediterráneo. El análisis parte de la experiencia en la impartición de un módulo conjunto dedicado a la Mediación Internacional (perspectiva de Derecho Internacional Público y Privado) en el Master de Mediación de la Universidad de Málaga que cuenta con cuatro ediciones (antes de ser Master oficial fue título propio de esta misma Universidad, impartándose en cinco ediciones previas).

²¹⁸ Como mero ejemplo, la situación de enorme inestabilidad que vive Ucrania, la anexión de Crimea por Rusia y el ascenso de esta potencia al primer orden de la política internacional, constituyen una mera muestra. Sin ir más lejos, la Resolución de la Asamblea General A/RES/68/262, relativa a la “integridad territorial de Ucrania”, adoptada por 100 votos a favor, 11 en contra y 58 abstenciones (se enmarcó en el tema “Prevención de los conflictos armados: fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución”, siendo el proyecto de resolución promovido por Alemania, Canadá, Costa Rica, Lituania, Polonia y Ucrania (véase <http://www.un.org/es/ga/68/resolutions.shtml>).

²¹⁹ PÉREZ MORIONES, A., «En torno a la paradoja de la mediación», *Diario La Ley*, núm. 831, 2014.

SEGUNDA PARTE

CUESTIONES POLÍTICAS

EGIPTO Y LA PRIMAVERA ÁRABE

Juan Ferreiro Galguera

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
(Universidad de A Coruña)*

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. REVUELTAS Y ELECCIONES (FEBRERO 2011-JULIO 2012).—3. GOBIERNO DE MORSI (JULIO 2012-JULIO 2013).—3.1 Breve análisis de la política de Morsi durante el año de su gobierno.—3.1.1 Libertades.—3.1.2 Poder ejecutivo.—a) Seguridad ciudadana.—b) Hermanización.—3.1.3 Economía y relación con el ejército.—4. GOLPE DE ESTADO Y GOBIERNO TUTELADO POR MILITARES.—4.1 Principal objetivo político: borrar a la Hermandad del mapa egipcio.—4.2 Legislación: Libertades y Constitución.—4.3 Seguridad ciudadana y economía.

PALABRAS CLAVES: Egipto, Primavera árabe, Derechos humanos, Hermanos Musulmanes, Islamismo político.

1. ANTECEDENTES

Quizá fuese más por la presión de Estados Unidos, con su *Freedom agenda* para Oriente Medio, que por la presión de la oposición interna, pero lo cierto es que 2005 pareció vislumbrarse en el horizonte egipcio una cierta apertura política. Por un lado, los Hermanos Musulmanes²²⁰ pudieron presentarse a las elecciones legislativas, si bien como independientes porque la legislación vigente

* Esta investigación ha sido realizada en el marco del proyecto de investigación “La primavera árabe: integración de los Derechos Fundamentales y las relaciones Iglesia-Estado en los procesos constituyentes de las nuevas Democracias”, financiado por el MINECO, Ministerio de Economía y Competitividad (Ref.: DER 2012-33513).

²²⁰ Dos monografías recientes sobre esta organización fundada por Hasan Al Banna en 1928 escritas en castellano por investigadores españoles: MARTIN, J., *Los Hermanos Musulmanes*, Madrid, Catarata, 2011, referido a los avatares de la Hermandad en Egipto y CASTAÑO RIAÑO, S., *Los Hermanos Musulmanes*, Madrid, Síntesis, 2012, que se refiere también a su proceso de internacionalización. Un estudio sobre las bases ideológicas sobre las que se edifica la Hermandad, la espiritualidad de Al Banna y su evolución, en la obra de su nieto, RAMADAN, T., *El reformismo musulmán. Desde sus orígenes hasta los Hermanos musulmanes*, Barcelona, Bellaterra 2000.

entonces no permitía a las formaciones religiosas concurrir a las elecciones²²¹. El resultado que obtuvieron los islamistas fue el mejor que habían obtenido hasta esa fecha, a pesar de la presión ejercida por el régimen durante la campaña electoral (arrestos, cierres de los colegios con mayor porcentaje de votantes islamistas...): quintuplicaron lo que habían obtenido en los comicios anteriores: se hicieron con 88 de los 444 escaños que había entonces en el Parlamento (aproximadamente el 20 por 100).

La otra reforma de calado se refería a las elecciones presidenciales que se iban a celebrar en ese mismo año, 2005. Sorprendiendo a la opinión pública nacional e internacional, Mubarak decidió reformar el art. 76 de la entonces vigente Constitución para que también pudieran concurrir otros candidatos, si superaban las duras condiciones planteadas en la enmienda constitucional (que se endurecían aún más para los siguientes comicios)²²². Ayman Nour quedó segundo si bien a gran distancia de Mubarak, que ganó con el 88,6 por 100 de los votos. Pero, pagó caro su atrevimiento democrático porque fue encarcelado bajo la acusación de haber perpetrado irregularidades electorales.

El año siguiente 2006, año que comenzó con el conflicto de las caricaturas de Mahoma²²³ y el triunfo de Hamás en Gaza, Mubarak dejó a un lado la tolerancia, prorrogó dos años más el estado de emergencia, y ordenó detenciones masivas de miembros de los Hermanos Musulmanes. En 2007 se aprobó en referéndum una reforma constitucional que aumentaba los poderes presidenciales y prohibía los partidos religiosos. Además, la prensa sufrió un recrudecimiento del acoso del Ejecutivo con diversos encarcelamientos de periodistas y editores. En 2008 continuó la persecución contra la Hermandad: veinticinco de sus líderes fueron condenados por los tribunales militares a duras penas de cárcel y más de ochocientos miembros fueron detenidos, muchos de ellos por intentar boicotear las elecciones municipales. El año siguiente, 2009 fue el año en el que Barack Obama dictó su célebre discurso en la universidad caiota de Al Azhar en el que pedía el comienzo de una nueva etapa en las relaciones entre Estados Unidos y el mundo musulmán.

²²¹ Ley núm. 40 de 1971 de formación de partidos políticos. Bajo el régimen de Mubarak, los Hermanos Musulmanes se habían presentado en las listas de otros partidos. Bajo el paraguas del partido *Neo Wafd* en las elecciones parlamentarias de 1984 (seis de los 448 escaños), Partido Socialista de los Trabajadores (PST) y Partido Liberal Socialista (PLS): en las elecciones anticipadas de 1987 (39 escaños); en las elecciones de 1995, bajo la bandera del Partido del Trabajo (sólo un escaño). En las elecciones parlamentarias de 2001 decidieron concurrir como independientes y obtuvieron 17 escaños.

²²² AZAOLA PIAZZA, B., *Historia de Egipto contemporáneo*, Madrid, Catarata, 2008, pp. 166-167.

²²³ FERREIRO GALGUERA, J., «Las caricaturas sobre Mahoma y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006, núm. 12, pp. 1-8.

El año 2010 era un año electoral²²⁴. Estaban programadas unas elecciones parlamentarias para noviembre y presidenciales para 2011, aunque seguía en vigor la Ley de Emergencia de 1981. En febrero de ese año, Mohamed El Baradei, ex director del Organismo Internacional para la Energía Atómica, regresó a Egipto con la idea de formar una coalición para el cambio político y presentarse en las elecciones presidenciales de 2011. En un principio, los Hermanos Musulmanes le apoyaron. Pero, rechazaron su propuesta de boicotear las elecciones porque confiaban en superar el éxito obtenido en los comicios parlamentarios de 2005 donde, aunque se habían presentado como independientes porque no los partidos de base religiosa estaban prohibidos, habían conseguido el 20 por 100 de los escaños. No obstante, pronto salieron a la luz las verdaderas intenciones del Gobierno. El fraude electoral fue clamoroso durante la primera vuelta. Los Hermanos no obtuvieron ningún escaño, y se retiraron, junto con el partido *Al Wafd*, de la segunda vuelta.

Aunque Mubarak, enfermo y con 82 años, no acababa de desvelar si se iba a presentar a las elecciones presidenciales (sería su sexto mandato para añadir seis años más a los 30 que llevaba manteniéndose en el poder) se rumoreaba que quería dejar paso a su hijo menor Gamal, que contaba con buenas relaciones con el sector financiero pero despertaba no pocos recelos en una buena parte del Ejército.

Cierto es que al pueblo le sobraban motivos para el desencanto. No sólo por la corrupción política sino también por las penurias económicas plasmada, entre otras cosas en la absoluta falta de perspectivas laborales de la juventud.

En este contexto...saltó la chispa....

El 17 de diciembre de 2010 una mujer policía volcaba un carro de verduras a joven llamado Mohamed Bouazizi en la localidad tunecina de Sidi Bouazid. Nadie sabe si Bouazizi devolvió a la mujer policía una mirada desafiante o si dirigió los ojos hacia el suelo. Lo que todo el mundo sabe es que ese joven humillado se roció de gasolina prendió una cerilla y se quemó a lo bonzo ante la atónita mirada de la agresora. Ese fuego crepitante y asesino es el símbolo, que no la causa, de aquellas revueltas cuya música no era otra que los tambores que sonaron aquella tarde en el corazón de Bouazizi....Tambores de libertad, de justicia y de rebeldía

²²⁴ Para un estudio más profundo de los antecedentes véase AZAOLA PIAZZA, B., *op. cit.*, nota 222, que ofrece un análisis de la evolución política, jurídica y económica de Egipto desde los orígenes del Egipto contemporáneo hasta el año 2007 y AL-SAYYID MARSOT, A. L., *Historia de Egipto. De la conquista árabe hasta el presente*, Madrid, Akal, 2008 (original en 1985) que se ocupa de la historia de éste país desde el siglo VII hasta la primera parte del régimen de Mubarak. Un estudio minucioso de la evolución del sistema electoral y político desde que Gran Bretaña concedió unilateralmente la independencia a Egipto en 1922 (aunque el estudio se remonta a principios del siglo XIX con la llegada de Muhammad Alí al gobierno en 1805) en MARTIN MUÑOZ, G., *Política y elecciones en el Egipto contemporáneo (1922-1990)*, Madrid, Cultura Hispánica, 1992.

que se contagiaron vertiginosamente a sus compatriotas que lograron ahuyentar al tirano Ben Alí y su esposa, Leila Trabelsi; que se propagaron hacia sus vecinos egipcios y expulsaron del poder al general Hosni Mubarak; y que resonaron en los ciudadanos libios y acabaron con la tiranía de Muhamar Gadafi²²⁵.

2. REVUELTAS Y ELECCIONES (FEBRERO 2011-JULIO 2012)

El 25 de enero, once días después de huida Ben Alí y su esposa a Arabia Saudí, comenzaron las protestas. Unos días antes se habían producido en una misma semana seis inmolaciones. Las explicaciones del Gobierno, que aseguraban que se debían a penurias privadas y enfermedades mentales, no calmaron a una población que a través de las redes sociales proclamó el día de la ira para el 25 de enero. Mubarak intentó sortear la dificultad prometiendo el fin del estado de excepción, congelando algunas reformas económicas impopulares²²⁶, haciendo caer el Gobierno y nombrando vicepresidente al hasta entonces jefe de los servicios secretos de Egipto, su hombre de confianza, Omar Suleiman. Tras vanos intentos de Suleiman de negociar con la oposición y discursos desesperados de Mubarak en los que con un tono paternalista se dirigió a su pueblo asegurándole que ni él ni su hijo se presentarían a las próximas elecciones presidenciales, el *rais*, en un raptó de buen juicio, tiró la toalla. El once de febrero, Suleiman anunció la dimisión de un Mubarak que había perdido el apoyo de los Estados Unidos, del Ejército y de una buena parte de su pueblo.

El poder quedaba en las manos del Ejército, representado por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (en adelante CSFA) y por su jefe, el mariscal Mohamed Tantawi, que a sus 75 años encarnaba a la vez el cambio y la estabilidad. El primer paso fue destituir, en tanto que presidente interino, al último Gobierno de Mubarak. A continuación disolvió las dos cámaras parlamentarias (Asamblea Popular y el Consejo de la Shura). Ante el vacío legislativo Tantawi legisló por decreto. La primera tarea que introducir enmiendas en la Constitución de 1971 al menos para poder celebrar elecciones abiertas a todos los partidos. El CSFA encargó a un Comité de expertos la tarea de enmendar el texto constitucional en un plazo de dos meses. En un primer momento, el Comité elaboró enmiendas a nueve artículos de la Carta Magna que fueron ratificadas por un Referéndum constitucional el 19 marzo de 2011. La función principal de esa Constitución interina era la de preparar la infraestructura jurídica necesaria para organizar unas elecciones mínimamente democráticas²²⁷.

²²⁵ Un diario sobre los acontecimientos ocurridos durante 2011 en BASSETS, LL., *El año de la revolución. Cómo los árabes están derrocando a sus tiranos*, Madrid, Taurus, 2012.

²²⁶ LAMPRIDI-KEMOU, A., «Egipto: la revolución inconclusa», en GUTIÉRREZ DE TERÁN, I. y ÁLVAREZ-OSSORIO, I. (ed.), *Informe sobre las revueltas árabes*, Madrid, Ediciones del Oriente y del Mediterráneo, 2011, p. 60.

²²⁷ MARAÑÓN GÓMEZ, R., «Egipto tras la revolución: el camino de la transición», *Cuadernos de pensamiento político FAES*, 2013, núm. 37, Enero/Marzo, p. 125.

Por lo demás, tampoco presentaba grandes cambios respecto a la enmendada Constitución de 1971. Así, respecto a las relaciones entre el poder político y el poder religioso, el Islam seguía siendo la religión del Estado y los principios de la Sharía la base de la legislación.

La primera sorpresa surgió en las elecciones para la Cámara Baja (Asamblea del Pueblo) celebradas entre noviembre de 2011 y enero de 2012. El Islamismo político arrolló en las urnas. De los 508 escaños en liza, el Partido de la Libertad y de la Justicia (PLJ),²²⁸ auspiciado de facto por los Hermanos Musulmanes, obtuvo 235 y los salafistas de Al Nour, 123.

Según la enmendada Constitución, una de las tareas de la Asamblea del Pueblo era nombrar a los 100 miembros de la Asamblea Constituyente (cincuenta diputados y cincuenta representantes de la sociedad civil). Por lo que respecta a la elección de la Cámara Alta (la Shura) la victoria islamista fue aún más clamorosa: de los 180 escaños, el PJI obtuvo 105 y los salafistas de Al Nur 45.

Ante estos resultados, en la mente del Ejército, así como en la de los partidos laicos y los aliados occidentales, sobrevolaban inquietantes dudas: ¿Aprovechará el islamismo político esta victoria para instaurar un Califato en el que se impongan Sharia? ¿Van a secuestrar la democracia? ¿Se repetirá el modelo iraní?

Sólo cabía dos vías para corregir esa deriva peligrosa: la vía militar (el golpe de Estado puro y duro) o la vía legal: impugnado las instituciones en virtud de supuestas irregularidades legales, aprovechando que las filias de una buena parte de la casta judicial se inclinaban más por el antiguo régimen que por el islamismo político.

En un primer momento, se optó por la segunda alternativa. En contestación de una demanda interpuesta el 19 abril, la Corte Superior Administrativa declaró nula la composición de la Asamblea Constituyente porque consideraba que estaba compuesta por una mayoría islamista que no representaba a la sociedad (El 70 por 100 de la mitad de escaños no políticos pertenecían a islamistas). Los partidos negociaron una nueva composición e introdujeron un mecanismo adopción de acuerdos por mayorías cualificadas. Este consenso no impidió que esa segunda Asamblea Constituyente voviese a ser impugnada ante Tribunales. Esta impugnación no impidió que la Cámara baja impugnada iniciara los debates encaminados a la redacción de una nueva Constitución.

²²⁸ Según algunos autores, el PJI había abandonado la idea del Califato y es, en términos generales, un partido secular, aunque el Islam ocupase un papel muy importante. Sus planteamientos económicos son afines al liberalismo si bien condicionado a la obtención de una justicia social y redistribución de los recursos. “Ese compromiso neoliberal responde (entre otros) a los intereses de los adinerados Hermanos que financian la organización”, LAMPRIKI-KEMOU, A., «Las fuerzas islamistas en el Egipto contemporáneo: el fin de las dualidades convencionales», en IZQUIERDO BRICH, F. (ed.), *El islam político en el mediterráneo. Radiografía de una evolución*, Barcelona, CIDOB, 2013, p. 225.

El siguiente paso era la elección del Presidente de la República. De los trece candidatos que concurrieron en la primera vuelta (23 y 24 mayo), sólo pasaron a la segunda Ahmed Shafiq, último primer ministro de Mubarak (con el 23 por 100 de los escaños) y Mohamed Mursi, que era el candidato de los Hermanos Musulmanes tras la eliminación de Al Shater, (con el 24,3 por 100 de los sufragios). Pero, dos días antes de que se celebrara la segunda vuelta (14 de junio), el Tribunal Constitucional dictó dos sentencias de gran trascendencia. La primera, proclamaba la inconstitucionalidad de la ley electoral, lo que suponía la disolución del Parlamento. La segunda, anulaba la ley de aislamiento (que prohibía presentarse a altos cargos Mubarak), por lo que Ahmed Shafiq pudo pasar a la segunda vuelta (16 y 17 junio) en la que Mursi se impuso por el 51 por 100 de votos

3. GOBIERNO DE MORSI (JULIO 2012-JULIO 2013)

El 29 de junio Mohamed Mursi tomó posesión como el quinto presidente en la historia de la República de Egipto, y primer presidente civil. Su primera decisión no se hizo esperar. Nueve días después de jurar el cargo ante el presidente del Tribunal Constitucional, desafió a este órgano decretando la restitución del Parlamento, hasta 60 días después de aprobarse la Constitución.

Al día siguiente, el Tribunal Constitucional respondió anulando el decreto de Mursi. La tensión entre las máximas autoridades del poder ejecutivo y del poder judicial cedió poco después cuando Mursi optó por acatar la disolución de la Asamblea del Pueblo.

No es difícil comprender que dada la actitud del Tribunal Constitucional, el presidente temiera que en un futuro próximo también se declarara la inconstitucionalidad de las otras dos cámaras legislativas, la Asamblea Constituyente y a la Shura, ambas de mayoría islamista, y sobre las que pendían demandas de impugnación. En este contexto de recelos, Mursi adoptó tres medidas: la primera, cautelosa, la segunda, más arriesgada y la tercera, desnortada y temeraria.

El uno de agosto nombró un gobierno continuista en el que incorporaba siete ministros del Ejecutivo anterior. Solo incluyó a cuatro ministros de la Hermandad, además del primer ministro, Hesham Kandil. El segundo paso, una semana después, fue más resuelto: cesó al mariscal Tantawi como Ministro de Defensa y Jefe de la Junta Militar. En su lugar nombró al general Abdel Fatha Al Sissi, al que, desde una ingenuidad clamorosa, suponía más afín a la Hermandad.

Sus recelos aumentaron en septiembre y octubre cuando varios partidos opositores boicoteaban la Asamblea Constituyente alegando que los islamistas estaban imponiendo el rodillo.

Fruto quizá de este nerviosismo, el 22 de noviembre Mursi adoptó un decreto que vulneraba la pura esencia de la división de poderes sobre la que se ha de

construir todo sistema democrático que se precie. El denominado “decretazo Morsi” prohibía al Poder Judicial no sólo revocar los decretos presidenciales (hasta que se aprobase la nueva Constitución y fuese elegida una nueva Asamblea del Pueblo) sino también disolver tanto la Shura como la Asamblea Constituyente, blindado así estas dos cámaras frente a las demandas de disolución que estaba estudiando el Tribunal Constitucional. Mediante decretazo se cesaba, además, al Fiscal General del Estado, Abdel-Meguid Mahmoud, un hombre molesto para Morsi pero que ostentaba un cargo vitalicio según la ley, y colocaba en su lugar a un jurista afín a la Hemandad, Talaat Abdallah.

El decretazo generó protestas masivas entre los jueces, ciudadanos e incluso entre los medios de comunicación, que protagonizaron un apagón mediático: doce periódicos no salieron a la calle. Para curarse en salud, la Asamblea Constituyente se apresuró a concluir la redacción de la Constitución. Morsi intentó en vano dialogar con una oposición que le exigía como condición innegociable la retirada del decreto. Y, fruto de la presión, así lo hizo: el nueve de diciembre, Morsi revocó su propio “decretazo”, aunque mantuvo que el referéndum para ratificar la Constitución se celebrase el día 15 de diciembre. Con una participación (32,9 por 100) menor que la que se había logrado en las anteriores elecciones presidenciales (55 por 100), la Constitución se aprobó por un 63,8 por 100 de votos afirmativos.

3.1 Breve análisis de la política de Morsi durante el año de su gobierno

Muchos analistas han tildado la política de Morsi como desastrosa sin apoyo alguno en hechos concretos. En estas líneas nos referiremos brevemente a cuatro campos de acción por los que discurrió su política tanto durante la primera parte del mandato, a la que ya nos hemos referido, como a la segunda (enero-junio de 2013) a la que nos referiremos en este apartado.

3.1.1 Libertades

Entre las medidas normativas más polémicas, podemos destacar la ley de reforma del poder judicial, presentado a la Shura por el partido Al Wasat, aliado del PLJ, y que entre otras cosas pretendía jubilar a los jueces de 60 a 70 años (unos tres mil, presumiblemente anti islamistas).

Respecto a la libertad de expresión, algunos denunciaron que durante la época de Morsi había habido más demandas por difamación del Presidente que en la época de Mubarak. En el campo de la cultura, desde la oposición se denunciaron diversos intentos de islamización las artes. Por ejemplo, la enmienda defendida en el debate presupuestario en el que un diputado de Al-Nur, propuso eliminar la compañía de ballet, porque el desnudo promovía el vicio.

3.1.2 Poder Ejecutivo

a) Seguridad ciudadana

El Gobierno no era capaz de controlar ni a la policía ni al Ejército, como se demostró en los sucesos de Port Said donde murieron casi un centenar de personas (febrero de 2012). Sin embargo hubo algunos éxitos como la liberación de siete policías y militares que habían sido capturados como rehenes por el grupo terrorista Tawhid Al Jihad (23 de mayo de 2012).

b) Hermanización

Desde diversos sectores políticos y periodísticos se criticó al Gobierno por lo que denominaron “hermanización”, esto es, el intento del Gobierno de colocar a sus partidarios en todos los resortes institucionales del poder. Me pregunto, ¿no se da esa misma práctica en las democracias europeas?

3.1.3 Economía y relación con el Ejército

Durante el Gobierno de Morsi la economía se resintió mucho. El crecimiento se redujo un 2,6% del PIB, el paro creció tres puntos (13%), el Déficit Público se disparó hasta el 15% del PIB, un nivel parecido al que había tenido Grecia en los meses más críticos. Las divisas se redujeron a la mitad de las que había antes de los levantamientos populares y eran frecuentes tanto los apagones eléctricos como las colas en las gasolineras que duraban varias horas.

El mayor reproche que el Ejército podía haber hecho a Morsi y a la Hermandad es haberse adelantado y haber ganado las elecciones. Aun así, Morsi aupó al General Sisi a la cúspide de la Junta Militar y al Ministerio de Defensa y la Constitución que se aprobó bajo su mandato dejaba a salvo todas las prerrogativas de un Ejército cuyas finanzas estaban al margen del control parlamentario.

4. GOLPE DE ESTADO Y GOBIERNO TUTELADO POR MILITARES

El primer aniversario de la toma de posesión de Morsi, un movimiento popular llamado Tamarrot convocó una manifestación para reivindicar su dimisión, la formación de un gobierno de tecnócratas y la inmediata convocatoria de elecciones parlamentarias y presidenciales. Según aseguraban, les avalaban 22 millones de firmas, muchas más que los 13 millones de votos que habían elevado a Morsi a la presidencia. Aunque los salafistas de Al Nur apoyaron estas reivindicaciones, centenares de ciudadanos se manifestaban al mismo tiempo en torno a la mezquita de Raba al Adawiya (ciudad de Nasser) para apoyar al presidente democráticamente elegido.

El Ejército, lejos de ejercer el papel arbitral que le encomendaba la Constitución, tomó partido por el primer grupo y dio Morsi cuarenta y ocho horas para asumir las demandas de los manifestantes. Empero, el *rais* desafió al general proclamando por televisión que no aceptaba presiones y que daría su vida por defender la legitimidad democrática.

Concluido el ultimátum, el tres de julio los militares perpetraron lo que considero fue claro golpe de Estado²²⁹. Los tanques salieron a la calle y el general Al Sisi compareció en televisión flanqueado por líderes políticos (Mohamed El Baredi) y religiosos (el gran imán de Al Azhar, Ahmed al Tayed, y el patriarca copto, Tawadros II). El general Sisi comunicó a la nación el nombre del nuevo presidente (el hasta entonces presidente del Tribunal Constitucional, Adly Mansour) y su hoja de ruta: suspender y enmendar la Constitución, convocar elecciones parlamentarias, primero, y presidenciales, después.

Morsi y la mayoría de los dirigentes de la Hermandad fueron detenidos y se cerraron todos los canales de televisión afines a la cofradía

La reacción internacional fue bastante dispar. Apoyaron a los golpistas todas las monarquías del Golfo excepto Catar, que junto a Turquía condenó tajantemente lo que consideraban una agresión a la legitimidad democrática. Las reacciones de Estados Unidos y de la Unión Europea fueron tibias. Expresaron su preocupación pero evitaron referirse a la asonada como tal. De haberlo hecho Estados Unidos no podría haber mantenido la ayuda militar de mil quinientos millones de dólares anuales. Una ley estadounidense prohíbe financiar a gobiernos extranjeros que hayan accedido al poder mediante procedimientos no democráticos, como los levantamientos militares.

A partir de ese momento, comenzó la macabra ceremonia de la represión. Primer asalto: los militares cargan contra una manifestación concentrada frente al cuartel de la Guardia Republicana, donde creían que Morsi se hallaba recluido. Cincuenta y cinco muertos.

Segundo asalto: Abdelfatá al Sissi, verdadero hombre fuerte del nuevo gobierno, nada más tomar posesión como Ministerio de Defensa y vice primer ministro volvió a dirigirse al pueblo, pero por separado y con mensajes distintos. A lo suyos, los convocaba para que le apoyasen en su movilización contra el “terrorismo” en clara referencia a los Hermanos Musulmanes. A los islamistas, volvió a darles un ultimátum de 48 horas, para que abandonasen

²²⁹ En esta misma línea, se pronuncia Paloma González del Miño. Tras abrir la pregunta retórica de si la destitución de Morsi se trataba de una contrarrevolución o un golpe de Estado que trataba de impedir la completa toma de poder por parte de los Hermanos Musulmanes evitando el colapso económico y la caída hacia la radicalización se inclina a afirmar que “lo ocurrido en Egipto ha sido un golpe de Estado” (GONZÁLEZ DEL MIÑO, P., «Egipto: desafíos de una transición incierta» en GONZÁLEZ DEL MIÑO, P. (ed.), *Tres años de revoluciones árabes*, Madrid, Catarata, 2014, p. 156).

las manifestaciones y se unieran a la hoja de ruta. No iba de farol. Pasado el plazo, el Ejército arremetió contra los concentrados en la Avenida de Nasser provocando una batalla campal que dejó en el asfalto a más de ochenta cadáveres.

Con el final del mes de Ramadán se avivaron tanto las protestas como la intolerancia de los castrenses. Las fuerzas armadas rodearon un campamento improvisado que los partidarios de Morsi habían organizado en torno a la mezquita Rabaa al Adaiya. Al Sissi dio el tercer ultimátum en menos de un mes. Tampoco iba de farol. Este zarpazo fue más sangriento incluso que los anteriores: el 14 de agosto el Ejército aplastó el campamento dejando más de trescientos cadáveres entre los escombros. Al Baredei, presentó la dimisión²³⁰.

Aunque no con tanta virulencia, las matanzas se repitieron los días sucesivos. Y como es lógico, la violencia generó violencia. Una de las consecuencias de la represión fue el recrudecimiento del radicalismo. Los atentados que algunos grupos yihadistas perpetraban, generalmente en la península del Sinaí, se fueron extendiendo a otros puntos del país.

A pesar de que el Gobierno les culpase de estar detrás de esos actos, los Hermanos Musulmanes condenaban una y otra vez los atentados yihadistas. No obstante, un sector radicalizado de la Hermandad estuvo detrás de algunos actos de violencia como las quemas de Iglesias de coptos (por ejemplo en Minya) a quienes culpaban de haber apoyado el golpe de Estado.

4.1 Principal objetivo político: borrar a la Hermandad del mapa egipcio

En este contexto de crispación, los militares y el Gobierno por ellos tutelado, lejos de tender un puente para que los Hermanos Musulmanes se integrasen optaron por aplastarlos a través de varias fases.

a) Detención y acoso a sus miembros.

No sólo el Ministerio de Asuntos Religiosos intensificó el control de las mezquitas (prohibieron officiar las jutbas a unos cincuenta y cinco mil imanes próximos a la cofradía y se cerraron unas cinco mil mezquitas) sino a través de redadas de las fuerzas de seguridad en ciudades (como Kerdasa) o barrios donde predominaban los islamistas.

²³⁰ Un año después, el 12 de agosto de 2014 la ONG Human Rights Watch (HRW), especializada en la defensa de los derechos humanos, publicó un informe en el que aseguraba que la masacre había sido premeditada. El informe de 188 páginas titulado *Todo según lo planeado: la masacre de Raba y la matanza de manifestantes en Egipto* atribuye la responsabilidad a varios altos cargos del Gobierno, incluido el actual presidente, Abdelfatá al Sisi y sostiene que lo ocurrido probablemente constituye un crimen contra la humanidad comparable al que tuvo lugar en la plaza Tiananmen de Pekín en 1989.

b) Ilegalización.

Para ilegalizarlos el Gobierno necesitaba la ayuda los jueces. El 23 de septiembre de 2013, un Tribunal ordenó la disolución de la Hermandad alegando que tenían un brazo armado. Les prohibía toda actividad y confiscaba sus bienes. La sentencia no afectaba al Partido de la Libertad y la Justicia (PLJ) porque, al menos sobre el papel, no tenía ningún vínculo orgánico con la cofradía.

El Gobierno apuntaló la medida. El 24 de diciembre un terrorista suicida detonaba un coche bomba frente una comisaría en Mansura. Aunque el atentado fue reivindicado por el grupo yihadista *Ansar Bait al Maqdis*, y condenado por los dirigentes de la Hermandad, el Gobierno promulgó un decreto en el que proclamaba que los Hermanos Musulmanes eran una “organización terrorista”.

c) Estrangulamiento jurídico de sus líderes.

Como la detención de Morsi y de la mayoría de la cúpula de la cofradía había generado muchas protestas internaciones, el Gobierno necesitaba una justificación. La ofreció a través de la fiscalía acusando al depuesto presidente de cuatro supuestas actividades delictivas por las que abrieron los correspondientes procesos: En un primer momento se le acusó de traición por haber planeado con Hamás y Hezbolá el asalto a la a la prisión de Wadi Natrún para poder ser liberado con otros líderes islamistas durante la revuelta de 2011. A esta primera causa fueron añadiéndose otras tres acusaciones: incitar al asesinato contra un grupo de manifestantes, conspirar con Hamás y Hezbola y entregarles secretos militares y, por último, insultar al poder Judicial, en un discurso que pronunció poco antes de que se perpetrara el golpe de Estado.

La ira de los jueces no se detuvo en Morsi. El 24 de marzo de 2014 un tribunal de la provincia de Minya, tras un proceso carente de las mínimas garantías procesales, dictó una sentencia escalofriante: 529 personas fueron condenadas a muerte por participar en unos disturbios, en los que murió un coronel de policía, producidos poco después del golpe de Estado. El mismo juez, un mes después y en un proceso parecido, condenaba a muerte al Guía Supremo de la Hermandad, Mohamed Badie y otras 682 seguidores de la cofradía.

d) Cortar apoyos internacionales: Hamas

El último paso consistió en aislar a la Hermandad de apoyos internacionales. El 28 de octubre de 2013 el Gobierno cerró el paso fronterizo de Rafah, el único que conecta el país con la franja de Gaza. Cinco meses después, un tribunal remataría la faena gubernativa al declarar ilegales las actividades de la organización palestina en Egipto.

4.2 Legislación: Libertades y Constitución

El 24 de noviembre el Gobierno tutelado por los militares aprobó una ley de manifestación muy represiva que aplicaban penas muy duras a los infractores. Tres días después de promulgarse, un tribunal de Alejandría condenó a 11 años de cárcel a 7 niñas adolescentes por participar en una manifestación a favor de Morsi. Días después, un tribunal de El Cairo condenó a 3 activistas a tres años de cárcel por haber ejercido el derecho a manifestarse sin solicitar el preceptivo permiso tres días antes.

Entre las agresiones a la libertad de expresión, cabe citar la que comenzó en diciembre de 2013 cuando la policía detuvo a cuatro periodistas de la cadena Al Yazira acusados de terrorismo por haber entrevistado a miembros de los Hermanos Musulmanes. Actualmente están siendo juzgados.

En menos de un año se aprobó una nueva Carta Magna. El 18 de enero de 2014 fue ratificada por los ciudadanos (98 por 100 síes, pero sólo un 31% de participación). A parte de prohibir a los partidos religiosos, la Constitución no ofrece cambios sustanciales respecto a la aprobada con Morsi, al menos en cuestión de proclamación de derechos humanos. Como en las anteriores constituciones, proclamaba al Islam como religión del Estado y a los principios de la Sharía, base de la legislación²³¹.

4.3 Seguridad ciudadana y economía

El Gobierno confió en la represión como instrumento para recuperar la estabilidad. El fin no se ha logrado, porque la inseguridad ciudadana y el terrorismo no sólo no se ha erradicado sino que se ha extendido desde el Sinaí hacia el interior del país. Ahora bien, en lo que sin duda ha ganado este Gobierno al anterior es en la brutalidad de la represión.

Tanto las cifras de los ingresos por turismo como las reservas de divisas siguen siendo la mitad de lo que eran en 2010. El déficit público (14%) es un punto inferior al de la época de Morsi. Lo sufragan básicamente los países del Golfo.

En este contexto, y después de hacerse bastante de rogar, el mariscal Al Sisi proclamó su candidatura a la presidencia. En su primera aparición en la campaña electoral anunció su intención de liquidar definitivamente a la Hermandad²³².

²³¹ Un minucioso estudio de las relaciones entre el poder político y el poder religioso que incluye un exhaustivo análisis de instituciones religiosas no exentas de poder político en ARGITA MAZA, E., *El Islam institucional en el Egipto contemporáneo*, Granada, Universidad de Granada, 2005.

²³² Finalmente, el 9 de agosto de 2014 el Tribunal Supremo Administrativo de Egipto sentenció la disolución del brazo político de la Hermandad, el Partido de la Libertad y de la Justicia (PLJ), cerrándoles la puerta de las elecciones legislativas previstas para otoño de 2014.

Debido a la baja participación, la jornada electoral se amplió un día más, aunque sólo logró movilizar a un 46% del electorado. El 93% votó por el general golpista y su único rival, Hamdin Sabbahi, obtuvo menos del 4%.

Al Sisi se encuentra con un gran reto de mediación. Los conflictos internos son de envergadura. No sólo el derivado de su rechazo a integrar a la Hermandad, sino el reto de responder a las expectativas que ha generado en un pueblo que confía en que resuelva sus penurias económicas. Más del 40 por 100 de egipcios viven con menos de dos dólares al día y la tercera parte del presupuesto se dedica a subsidios públicos de productos como la gasolina. Lo mismo que le ocurrió a Morsi, es difícil que Al Sisi consiga un acuerdo con el FMI por las medidas impopulares que tendría que adoptar ¿Seguirá dependiendo de la caridad de los países del Golfo?

Los militares recuperan las riendas del país. Dudo que sea bueno siquiera para la estabilidad. En todo caso, es una mala noticia para la democracia y el respeto de los derechos humanos. Pero, el proceso no ha terminado. Los grandes cambios llevan tiempo.

RESUMEN

En el camino hacia la democracia iniciado con las revueltas de 2011 que derrocaron a Mubarak, Egipto ha pasado por un proceso jurídico y político tortuoso: el pueblo elige un parlamento (cámara baja y cámara alta) en virtud de una ley electoral aprobada por los militares que ante el vacío de poder ejercían de poder legislativo. El resultado fue un Parlamento dominado por el Islamismo político. Ante lo que se concebía como un peligro para la democracia, el Poder Judicial declaró la inconstitucionalidad de una norma, premiando así a los que la habían promulgado (el Ejército, que recuperó entonces el Poder Legislativo) y castigando al Parlamento (que fue disuelto, sin siquiera contemplar otras soluciones), e indirectamente al pueblo, en su primera manifestación democrática. Fue la primera de las tensiones entre un Parlamento democrático, la institución que en esencia representa la soberanía popular, un Ejército que quiere erigirse en brazo ejecutor de la voz de un pueblo, voz que ha protegido interpretar en la ambigüedad de la calle que en el la mayor exactitud de las urnas, y un Poder Judicial con claros prejuicios contra el Islamismo político que ayuda al Ejército a apuntalar esa visión distorsionada de la democracia. En esta comunicación hemos analizado esta tensión entre los nuevos poderes (o actores) del Estado Egipcio desde el punto de vista fáctico (analizando los hechos y las normas en que se han apoyado, y desde el punto de vista político, aproximándonos a las políticas que han desarrollado, ambos durante un año, tanto el gobierno de un presidente elegido por el pueblo como el de un presidente tutelado por el general que

orquestó un golpe de Estado, y que pretendió “legitimarse” en unas elecciones presidenciales en las que se vulneraron los derechos más elementales que deben presidir un proceso democrático.

EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS NO NACIONALES: INMIGRACIÓN IRREGULAR, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS EN EL MEDITERRÁNEO

Yolanda Gamarra Chopo

Profesora Titular (acreditada a Catedrática) de Derecho Internacional Público
(Universidad de Zaragoza)*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ¿AVANCES EN LA GESTIÓN INTEGRADA DE LA FRONTERA SUR?.—3. OBLIGACIONES DE RESCATE, ¿DERECHO AL DES-EMBARCO?.—4. DERECHOS DEL «OTRO»: INTERNAMIENTO DE NO NACIONALES A LA ESPERA DEL RETORNO.—5. CONCLUSIONES.

PALABRAS CLAVES: Migraciones, Mediación, Derecho de la Unión Europea, Inmigración irregular, Seguridad, Derechos humanos, Naciones Unidas.

«Todo pasa y todo queda,
pero lo nuestro es pasar,
pasar haciendo caminos,
caminos sobre la mar».

A. Machado, *Campos de Castilla* (Sección Proverbios y Cantares), 1912, XLIV.

* Este estudio se realiza en el marco del grupo de investigación consolidado reconocido por el Gobierno de Aragón, «Nuevas vías de participación ciudadana en democracias avanzadas» (S102), cuyo investigador principal es el profesor Manuel Contreras Casado. Se consultaron fuentes en Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, como *Visiting Researcher*, durante mayo y junio de 2014.

1. INTRODUCCIÓN

Las instituciones de la Unión Europea (UE) y las administraciones públicas de los Estados miembros se ven obligadas a desarrollar procedimientos innovadores con el fin de adaptar el marco de la política común migratoria a las nuevas lógicas de la gobernanza global²³³. Se pretende optimizar los beneficios de una migración bien gestionada en aras de la seguridad en el Mediterráneo que ofrezca respuesta a la llegada de refugiados, solicitantes de asilo, desplazados temporales e inmigrantes irregulares. En este contexto, el estudio trata, de un lado, de reflexionar sobre la contribución de la UE, y en particular de España, a la conformación de una política exterior coherente y participativa en la prevención y gestión de la inmigración irregular en el Mediterráneo mediante el recurso al procedimiento de la mediación²³⁴. De otro, explorar hasta qué punto dicha capacidad de mediación contribuye al fortalecimiento de la UE como actor global en el escenario euroafricano.

La lucha contra la inmigración irregular constituye un objetivo específico de la denominada política común de inmigración de la UE (art. 79 TFUE). Más aún, es el eje en torno al cual esta política ha pivotado desde sus inicios. El consenso sobre la necesidad de paliar conjuntamente las consecuencias no deseadas que tuvo la abolición de las fronteras interiores impulsó la adopción de las primeras medidas de la UE en materia migratoria. A este objetivo se han ido añadiendo otros en un intento de dotar de un carácter integral y preventivo a la política migratoria²³⁵.

La UE contribuye, al ejercer la competencia que le atribuyen sus Estados miembros, a la conformación del Derecho internacional de las migraciones en un doble sentido. Primero, teniendo en cuenta que existe una obligación internacional de cooperar para gestionar de modo eficaz y seguro las migraciones internacionales a través, entre otras, de la formulación de políticas y la adopción

²³³ La IV Cumbre UE-África, de 2 y 3 de abril de 2014, convocada bajo el lema «Invertir en la Gente, la Prosperidad y la Paz», centró su interés en los movimientos migratorios, el desarrollo y los derechos humanos. Más amplia información en (<http://www.european-council.europa.eu/eu-africa-summit-2014>). Véase, a su vez, en este contexto la oportuna lectura de GIDDENS, A., *Europa en la era global*, Barcelona, Paidós, 2007.

²³⁴ Sobre las características de este procedimiento pacífico de resolución de conflictos véanse BARADON, H., «Some views on international mediation», *International Problems*, Vol. 10, 1971, núm. 2, pp. 66-77; BARRA, F., «La médiation et la conciliation internationale», *RCADI*, 1923, pp. 557-567; DIMITRIU, P., «La médiation dans les conflits internationaux», *Revue Roumaine d'études internationales*, Vol. 8, 1974, pp. 45-69; OTT, M. C., «Mediation as a method of conflict resolution: two cases», *International Organization*, Vol. 26, 1972, pp. 595-618; TOUVAL, S. y ZARTMAN, I. W., *International Mediation in theory and practice*, Boulder, Westview, 1985.

²³⁵ SMITH, K. E., *European Union Foreign Policy in a Changing World*, Cambridge, Polity Press, 2008; y BÚRCA, G. DE, «EU External Relations: the Governance Mode of Foreign Policy», BLOCKMANS, S., WOUTERS, J. y VAN VOOREN, B. (ed.), *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 129 y ss.

de normas adecuadas en este sentido. Segundo, considerando que la UE es un actor global activo en la protección de los derechos humanos²³⁶.

De la práctica existente se infiere que la política migratoria de la UE y los Estados miembros se centra más en reforzar el diálogo y cooperación con los países del África Septentrional y Occidental sobre cuestiones relativas a la gestión de los retornos —carácter reactivo—, y menos en diseñar una política integral del fenómeno migratorio con carácter preventivo. De hecho, la inquietud de la UE por sus fronteras externas se ha centrado en garantizar la seguridad de sus límites marítimos y en luchar contra los flujos de inmigración irregular procedentes de los países del Este y del Sur, y no tanto por afrontar las causas que generan los flujos migratorios irregulares. Dicha política condujo a la externacionalización de las fronteras de la UE al delegar el control fronterizo en países externos como Marruecos, Argelia, Libia, Mauritania, Túnez o Senegal²³⁷. Es obvio que tal práctica no está dando los resultados esperados y se requieren nuevos procedimientos que ayuden a prevenir tragedias humanas, a proteger los derechos humanos y a gestionar con eficacia el control sobre el tráfico de seres humanos y pérdida de vidas, amén de otras amenazas. El recurso a mecanismos flexibles, a la mediación, favorece el diálogo de la UE con los países afectados, en particular de origen, al involucrarse más activamente en la prevención de nuevas tragedias²³⁸.

No es mi propósito realizar un análisis exhaustivo de la política de la UE y de los Estados miembros en materia migratoria porque excede del objetivo de este estudio. Más bien se trata de explorar, desde una aproximación crítica, si los mecanismos empleados por la UE y los Estados miembros en la gestión de la inmigración irregular requieren innovadoras técnicas y nuevos desarrollos, ¿en qué sentido?, y si tales procedimientos se adecuan al derecho internacional de los derechos humanos. Para alcanzar tal propósito, el estudio se construye sobre tres ejes que coinciden con la triple problemática que se le plantea a la UE y a los Estados miembros. Primero, se trata de ver si realmente se han dado avances en el diseño de una política integrada de las fronteras exteriores y cuáles han sido los efectos de tales políticas. Y ahí cabe plantear si la mediación puede ser la solución. Segundo, se aborda el problema de los vacíos en el sistema de gestión integrada recurriendo al estudio de las obligaciones de rescate, y desembarco

²³⁶ Véase GAMARRA, Y., «El arte del *consensus* en Europa: ¿Es aplicable la gobernanza de la Unión Europea en el plano universal?», *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, 2012, núm. 2, Julio/Diciembre, pp. 263-281.

²³⁷ VV.AA., *Frontera Sur. Nuevas políticas de externalización y gestión del control de la inmigración en Europa*, Barcelona, Viras, 2008.

²³⁸ En el marco de la iniciativa del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España en colaboración con el Gobierno de Marruecos, «*Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo*», al albur de la Resolución 65/283 de la AGNU «Fortalecimiento del papel de la mediación en el arreglo pacífico de las controversias, prevención de conflictos y su resolución», de 28 de julio de 2011.

de los inmigrantes en situación irregular. ¿Puede la UE aproximar posiciones entre los distintos actores para evitar los vacíos y sus efectos sobre la inmigración irregular? Tercero, y resultado de la política migratoria de la UE y de los Estados miembros, se abunda en si el tratamiento a los inmigrantes en situación irregular en los centros de internamiento es conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Se concluye con unas breves reflexiones sobre la necesidad de virar la estrategia seguida hasta la actualidad, y desarrollar innovadores procedimientos de actuación con la involución de la UE como actor global con capacidad mediadora en la prevención de flujos migratorios irregulares.

2. ¿AVANCES EN LA GESTIÓN INTEGRADA DE LA FRONTERA SUR?

Los Estados miembros y la propia UE han desplegado esfuerzos sustanciales con el fin de atajar los flujos migratorios con marcado carácter defensivo como se infiere de las medidas adoptadas desde hace casi una década²³⁹. El Plan de Acción aprobado en la IV Cumbre UE-África, 2014, a raíz de la tragedia de Lampedusa de octubre de 2013, recoge el trabajo realizado hasta la actualidad y supone un impulso en su estrategia común, así como una reevaluación de los retos emergentes. Entre uno de sus principales ejes destaca la lucha contra la inmigración irregular, al mismo tiempo que se contempla potenciar los canales de inmigración legal y movilidad²⁴⁰.

La UE coopera con los Estados afectados, España, Portugal, Italia, Francia, Malta, Chipre y Grecia, en el diseño de un sistema integrado de gestión de fronteras para incorporar de manera estable operaciones de patrullaje conjunto²⁴¹. El Consejo Europeo que se celebró en Bruselas los días 15 y 16 de diciembre de 2005, aprobó el denominado «Enfoque global de la migración» y enumeró una serie de medidas que debían ser adoptadas, prioritariamente, para «afrontar los retos relacionados con las migraciones»²⁴². En aquel momento, la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE (Frontex) fue requerida para llevar a cabo un estudio

²³⁹ Véase el trabajo de DOUKOURÉ, O. y OGER, H., «The EC External Migration Policy: The Case of the MENA Countries», *CARIM Research Reports*, 2007, núm. 2006/2007.

²⁴⁰ EU-Africa Declaration on Migration and Mobility, Fourth EU-Africa Summit, Brussels, 2-3 de abril de 2014. Disponible en (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/142097.pdf).

²⁴¹ Véanse TREVISANUT, S., «Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Cooperation or Conflict Factor?», *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, pp. 523-542; y CARREIRA, S., «The EU Border Management Strategy: FRONTEX and the Challenges of Irregular Immigration in the Canary Islands», *CEPS Working Documents*, 2007, núm. 261, Bruselas, CEPS.

²⁴² En las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, 15 y 16 de diciembre de 2005, «Enfoque Global de la Migración» el Consejo presentó sus conclusiones, anexo a las mismas, con el título «Acercamiento Global a Migraciones: Acciones prioritarias enfocando África y el Mediterráneo». Ambos documentos confirman que la Unión Europea reconoce la necesidad de dotar a las políticas de inmigración de una dimensión exterior coherente, a la vez que establece que tanto el Mediterráneo

de viabilidad sobre la intensificación de la supervisión y la vigilancia de la frontera marítima meridional de la UE y sobre una red mediterránea de patrullas costeras en la que participasen los Estados miembros de la UE y los países norteafricanos²⁴³. El control de la frontera marítima Sur representa, claro está, un interés particular para la UE y sus Estados miembros. La razón es obvia dada su proximidad con el continente africano, desde el cual operan diferentes rutas migratorias hacia España, Italia, Malta, Portugal, Francia, Malta, Chipre o Grecia.

El 29 de septiembre de 2006, los ministros de Asuntos Exteriores y de Interior de los Estados miembros de la UE se reunieron en Madrid en busca del necesario consenso para forzar un debate europeo sobre esta cuestión. Unos días más tarde, con ocasión de la reunión del Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior celebrado en Luxemburgo los días 5 y 6 de octubre, se aprobaron unas Conclusiones sobre el refuerzo de la frontera exterior marítima meridional en las que se reconoció la necesidad de una respuesta europea adecuada a la crisis humanitaria cada vez más grave con motivo del importante incremento del número de inmigrantes que llegaban, en particular, a distintos puntos del Mediterráneo²⁴⁴. Desde entonces, se multiplicaron las medidas para evitar las salidas de las embarcaciones desde los puntos de origen o de tránsito. Así, entre 2006 y 2010, Frontex activó anualmente ocho operaciones de patrullaje conjunto en el mar²⁴⁵. En 2007, como requirió el Consejo Europeo, se creó la Red Europea de Patrullas con el fin de mejorar la cooperación entre los Estados miembros y sus vecinos para organizar acciones conjuntas de vigilancia marítima²⁴⁶.

Frontex creó, también en el año 2007, un Registro central de equipo técnico disponible (CRATE) para controlar y vigilar las fronteras, dotado con buques, aeronaves, helicópteros, radares móviles y cámaras térmicas pertenecientes a los Estados miembros y a disposición de cualquier Estado miembro que lo solicitase. Se crearon equipos de intervención rápida en las fronteras destinados a pro-

como África se han convertido en regiones prioritarias en este contexto. La vinculación entre política migratoria y acción exterior empezaba a tomar forma y, en la medida que se establecen como línea de acción prioritaria, las relaciones con los países de origen y tránsito al sur del Mediterráneo iban perfilando un escenario euroafricano de migraciones. Disponible en (http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-05-4_es.html) Véase, asimismo, NASCIBENE, B., «L'approcio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica della UE alla luce dell'attuazione del Programa dell'Aja», *Il Diritto dell'Unione Europea*, Vol. 13, 2008, p. 433 y ss.

²⁴³ ANDERSON, R., «Frontex y la creación de la frontera euroafricana: golpeando la valla ilusoria», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, Vol 28, 2011, pp. 177-121.

²⁴⁴ Conclusiones del Consejo de la UE de Justicia y Asuntos de Interior, Luxemburgo, 5 y 6 de octubre de 2006. Disponibles en <http://www.europa.eu>. Véase asimismo PINYOL, G., «Europe's Southern Border: Spain and the Management of Immigration», *Foreign Policy in Dialogue*. Vol. 8, 2007, núm. 22, pp. 51-58.

²⁴⁵ TREVISANUT, S., «L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale», *Il Diritto de l'Unione Europea*, 2008, p. 367 y ss. Véase más información en (<http://frntex.eurpa.eu>).

²⁴⁶ Conclusiones del Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007. Disponibles en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/94934.pdf

porcionar durante un período limitado una asistencia operativa rápida al Estado miembro que lo requiriese por encontrarse ante una situación de presión urgente y excepcional, en particular por la llegada a determinados puntos de las fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que intentasen entrar ilegalmente en el territorio de un Estado miembro²⁴⁷.

A finales de 2013, el Parlamento Europeo dio luz verde a Eurosur, la red de comunicación que busca mejorar la detección, prevención y lucha contra la inmigración irregular y la delincuencia organizada, y mejorar la gestión de las fronteras mediante el intercambio de información entre los Estados miembros y la agencia Frontex²⁴⁸. Bien debiera estar preparada Eurosur para evitar nuevas tragedias humanitarias en el Mediterráneo como la ocurrida en Lampedusa en octubre de 2013. ¿Se están transgrediendo los compromisos en materia de derechos humanos al externalizar las fronteras en el Norte de África? ¿No deberían recogerse referencias explícitas a las operaciones de rescate? Preguntas abiertas cuyas respuestas se infieren de la lectura del trabajo.

Ciertas de las medidas que tratan de desarrollarse, sobre todo las que tienen por objeto evitar la salida de las embarcaciones desde las costas de los países de origen a través del patrullaje conjunto de sus costas requieren del consentimiento de aquellos países. Sobre este particular dos consideraciones cabe plantearse al respecto. La primera tiene que ver con la escasa transparencia que ha presidido la acción de la UE en este punto. En relación, por ejemplo, con la coordinación por parte de Frontex de operaciones de patrullaje conjunto en Mauritania y Senegal baste señalar que, en los dos casos, dan cobertura jurídica a las operaciones los acuerdos de cooperación administrativa firmados entre España, de un lado, y Mauritania y Senegal, de otro, para reforzar la cooperación en la lucha contra la inmigración irregular. El acuerdo entre Mauritania y España prevé que dicha tarea se realizará en la zona contigua mauritana. En el caso de Senegal, el acuerdo permite el patrullaje en el mar territorial²⁴⁹. Hay que señalar, en este punto, el alcance que, en términos de cesión de soberanía, supone permitir el patrullaje en aguas sometidas a la jurisdicción del Estado ribereño²⁵⁰.

²⁴⁷ El 13 de febrero de 2008, la Comisión Europea presentó el Informe de evaluación y futuros desarrollos de Frontex, la Comunicación relativa al examen de la creación de un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (EUROSUR) como parte de una política marítima integrada para la UE, la Comunicación relativa a la preparación de los próximos pasos en la gestión de fronteras de la UE, y la Comunicación relativa a un diálogo para la migración, la movilidad y la seguridad en el Mediterráneo meridional.

²⁴⁸ Véase el debate organizado sobre este nuevo instrumento por Madariaga College Foundation, información disponible en (www.madariaga.org).

²⁴⁹ Véase el estudio de YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Ideas para una renovada política exterior española*, Madrid, Fondo de la Sociedad Civil, 2013, p. 59 y ss.

²⁵⁰ Véanse ROIG, A. y HUDDLESTON, T., «EC Readmission Agreements: A Re-evaluation of the Political Impasse», *European Journal of Migration and Law*, Vol. 9, 2007, núm. 3, pp. 363-387; y TRAUNER, F. y KRUSE, I., *EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: Implementing a New EU Security Approach in the Neighbourhood*, Bruselas, Documento de Trabajo del CEPS, 2008, núm. 290, abril.

La segunda es consecuencia directa de la primera. Si bien la UE parece haber asumido, y ello va sin duda en la buena dirección, que la cooperación con los países de origen de los inmigrantes es un elemento indispensable en la progresiva definición de la política de inmigración, lo cierto es que, tal y como ocurre con los desarrollos en relación con la migración legal, los avances no son comparables con los que acaban de analizarse en relación con la lucha contra la inmigración irregular, en general, y la mejora del control de fronteras, en particular. En el marco del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo aprobado por el Consejo Europeo en su reunión celebrada los días 15 y 16 de octubre de 2008, cuyo objetivo prioritario fue la creación de una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favoreciese las sinergias entre la migración y el desarrollo, la mencionada institución intergubernamental se comprometió a apoyar el desarrollo en los países afectados y a establecer con ellos una estrecha colaboración que favoreciese las sinergias entre la migración y el desarrollo. Más oportuno es el lenguaje utilizado por la Comisión Europea en la Comunicación sobre migración, de 4 de mayo de 2011, en la que se afirma la necesidad de que la UE establezca asociaciones con los países terceros en las que se traten los temas relacionados con la migración y la movilidad buscando la cooperación en beneficio mutuo y de potenciar el desarrollo.

Resulta evidente el empeño de la UE y sus Estados miembros por perfeccionar todos los mecanismos necesarios para el establecimiento de sistemas de interceptación eficaces de inmigrantes que buscan acceder irregularmente, en este caso por vía marítima, a territorio europeo. Para lograrlo se han destinado fondos con el fin de mejorar las capacidades de búsqueda y rescate, reforzando, en todo caso, los medios a disposición de Frontex. Un refuerzo que trata de imponerse a las actuaciones de los Estados miembros a través del principio de solidaridad obligatoria e irrevocable en un intento de sustentar, un tanto forzadamente, la cooperación entre los Estados miembros para alcanzar el impulso definitivo de un sistema europeo de gestión integrada de las fronteras. Sobre este particular, el Parlamento Europeo actúa en función del art. 80 del TFUE, relativo a los principios de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros en el marco de las políticas de control de fronteras, asilo e inmigración²⁵¹.

La lucha contra la inmigración irregular continúa siendo, más allá de las declaraciones políticas e, incluso, de las disposiciones recogidas en el Derecho originario, el pilar sobre el que pivota el diseño de la política de inmigración de la UE. Las consideraciones que se imponen al respecto son varias. La gestión

²⁵¹ Informe sobre la evaluación y el desarrollo futuro de la Agencia FRONTEX y el sistema europeo de vigilancia de fronteras (EUROSUR) 2008/2157 (INI). Documento de Sesión del Parlamento Europeo A6-0437/2008, disponible en (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSG-ML+REPORT+A6-2008-0437+0+DOC+PDF+V0//ES>).

eficaz de los flujos migratorios internacionales por parte de la UE debe incluir medidas que se dirijan a eliminar las causas de la emigración forzada y a facilitar los cauces que hagan posible migrar legalmente –políticas preventivas. La distancia entre los objetivos declarados por la UE en este sentido y los resultados alcanzados en la práctica ponen de manifiesto las incoherencias y debilidades de la política de inmigración de la UE.

Dicha aproximación al fenómeno migratorio y a su gestión tiende a relegar a un segundo plano la protección de los derechos del inmigrante en situación administrativa irregular²⁵². El inmigrante se convierte, así, en sujeto pasivo de unas medidas que no pretenden sino controlar su entrada irregular en el territorio sacrificando en buen número de casos la garantía de sus derechos en pos de una mayor eficacia. La UE y sus Estados miembros no han resuelto aún satisfactoriamente la cuestión de cómo conjugar el cumplimiento de las obligaciones de protección internacional de los derechos humanos con el control de fronteras. Las soluciones propuestas hasta ahora han pasado fundamentalmente por la externalización de sus obligaciones²⁵³.

A esta insatisfactoria situación trata de dar respuesta el Programa de Estocolmo aprobado en 2010²⁵⁴. El Programa de Estocolmo propone la adopción de una serie de medidas de desarrollo de un modelo europeo para la gestión integrada de las fronteras con el fin de reforzar las fronteras marítimas de la UE, combatir más eficazmente la inmigración irregular y no impedir que las personas que tengan derecho a ello accedan a los sistemas de protección internacional²⁵⁵. Las propuestas podían comprender la preparación de procedimientos operativos comunes con reglas claras para las operaciones marítimas conjuntas y prestar la debida atención a la protección de la seguridad de los necesitados que viajan en flujos mixtos de acuerdo con el Derecho internacional. El llamamiento del Consejo Eu-

²⁵² CARENS, J. H., «The Rights of Irregular Migrants», *Ethics & International Affairs*, 2008, p. 163 y ss.

²⁵³ ZAPATA BARRERO, R., «La dimensión exterior de las políticas migratorias en el área mediterránea: premisas para un debate normativo», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2013, núm. 2; y GONZÁLEZ, T., GIL ARAUJO, S. y MONTAÑÉS SÁNCHEZ, V., «Política migratoria y derechos humanos en el Mediterráneo español. El impacto del control migratorio en los tránsitos de la migración africana hacia Europa», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2013, núm. 33, p. 245 y ss.

²⁵⁴ Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DOUE, C 115, 4 de mayo de 2010). Véase, asimismo, GARCÍA VARELA, J., «Políticas de inmigración en la Unión Europea: Rotterdam y Estocolmo», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2002, núm. 1, p. 113-122.

²⁵⁵ El Consejo Europeo invitó a la Comisión Europea a presentar, a principios de 2010, propuestas para clarificar el mandato y reforzar las funciones de Frontex, teniendo en cuenta los resultados de la evaluación de la Agencia y el papel y las responsabilidades de los Estados miembros en el ámbito del control de fronteras. En respuesta a la petición del Consejo Europeo, la Comisión Europea presentó el 24 de febrero de 2010 una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modificaba el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo de 26-10-2004, por el que se creó Frontex (DOUE, L, 349, de 25-11-2004). El objetivo de la propuesta, en términos generales, era la modificación del Reglamento de la

ropeo supuso un reconocimiento explícito de la crítica planteada: Frontex venía coordinando operaciones conjuntas sin contar con reglas que definiesen de modo claro las obligaciones de los Estados y de la propia UE en relación con aquellas personas necesitadas de protección internacional²⁵⁶. Además, invitó a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo a que desarrollase métodos para identificar mejor a las personas que necesitasen protección internacional en los flujos mixtos y a que cooperasen con Frontex siempre que fuese posible.

La cooperación que los Estados miembros materializan en el seno de la UE y con terceros Estados en el ámbito del control de la frontera exterior, y en particular en lo que afecta a la lucha contra la inmigración irregular por vía marítima exige tener en cuenta la necesidad de adoptar aquellos instrumentos y mecanismos que resulten adecuados para asegurar la protección de los derechos de los inmigrantes, en particular su derecho a buscar protección internacional²⁵⁷. Dichos instrumentos no se han incorporado aún al sistema integrado de control de la frontera exterior, por más que los últimos desarrollos parezcan dejar clara la voluntad política en ese sentido. El ejercicio por parte de los Estados miembros de la UE, bajo la coordinación de Frontex, de la facultad de interceptar y aprehender embarcaciones de inmigrantes que pretenden entrar irregularmente en el territorio de la UE debe tener en cuenta las obligaciones, que incumben a estos mismos Estados, en materia de rescate en el mar, de desembarco de los inmigrantes y de protección de los refugiados y otras personas que puedan, de acuerdo con los instrumentos jurídicos en vigor, beneficiarse de otro tipo de protección internacional²⁵⁸.

El alcance de esas obligaciones no está claramente perfilado y la UE y sus Estados miembros tienen ante sí la tarea de contribuir al desarrollo del Derecho internacional en este ámbito. De ahí la importancia de la respuesta de la UE a la pregunta de si deben ser desembarcados, y en su caso dónde, los inmigrantes que han sido interceptados en el mar tratando de llegar, irregularmente, al territorio de alguno de los Estados miembros de la UE. En todo caso, el avance en el diseño de un modelo integrado de gestión de las fronteras exteriores de la UE

Agencia con el fin de perfilar el alcance de su mandato y remediar las deficiencias detectadas. Dos modificaciones incorporadas en la propuesta resultan de interés, siempre y cuando se traduzcan en la adopción de instrumentos verdaderamente eficaces. De un lado, la demanda de una mayor coherencia en la actuación de las distintas Agencias con competencias en materia de inmigración o asilo, incluida la citada Agencia Europea de Derechos Fundamentales. Y, de otro, la potenciación de los mecanismos de información y evaluación de las actividades de la Agencia, incluido el respeto de sus obligaciones en materia de protección de los derechos fundamentales. Esta última debería servir, como mínimo, para hacer más transparente la actuación de Frontex.

²⁵⁶ Véase BILLET, C., «EC readmission agreements: A Prime Instrument of the External Dimension of the EU's Fight against Irregular Immigration. An Assessment after Ten Years of Practice», *European Journal of Migration and Law*, Vol. 12, 2010, núm. 1, p. 45 y ss.

²⁵⁷ SPIJKERBOER, T., «The Human Costs of Border Control», *European Journal of Migration and Law*, 2007, núm. 9, p. 127-139.

²⁵⁸ KOHNERT, D., «African Migration to Europe: Obscured Responsibilities and Common Misperceptions», *GIGA Working Papers*, 2007, núm. 49.

debe incluir las reglas que permitan la identificación del Estado que debe hacerse cargo de la recepción de los inmigrantes interceptados en aguas internacionales y de la identificación de aquellos que son beneficiarios de algún tipo de protección internacional y, en su caso, el reparto de los mismos de acuerdo con criterios fijados con anterioridad. La cooperación preventiva con los terceros países de origen de los flujos migratorios debe servir de estímulo para que aquellos cumplan con sus responsabilidades en materia de control de las salidas irregulares, rescate y salvamento y readmisión de los inmigrantes que habiendo llegado a territorio europeo no tienen derecho a permanecer en él. Reforzar vías de diálogo entre los distintos países afectados con el propósito de llegar a acuerdos en la prevención de la inmigración irregular situaría a la UE como un actor global útil en la resolución de conflictos internacionales²⁵⁹.

3. OBLIGACIONES DE RESCATE, ¿DERECHO AL DESEMBARCO?

En el estadio actual de desarrollo del Derecho internacional, el alcance de la obligación de proporcionar auxilio a aquellas personas que requieren de él en el mar no está totalmente configurado. La Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (1982)²⁶⁰, el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Convenio SOLAS)²⁶¹ y el Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos (Convenio SAR)²⁶² establecen las bases del régimen jurídico internacional aplicable a la interceptación y rescate de las embarcaciones que se encuentran en peligro. Estas obligaciones son aquí relevantes si tenemos en cuenta que, debido a las condiciones materiales en las que se desarrolla la travesía hacia el territorio europeo, la vida de los inmigrantes corre peligro en gran número de casos. Esto es, antes de ser inmigrantes en situación administrativa irregular, por encontrarse en el territorio de un Estado sin contar con autorización para entrar y permanecer en él, los ocupantes de las embarcaciones que tratan de llegar a aquel territorio pueden ser considerados naufragos. En la medida en que las normas de Derecho internacional aplicables hacen descansar en las embarcaciones que avisten a las personas necesitadas de ayuda -la mayoría de ellas buques mercantes-, las obligaciones de rescate y salvamento, la colaboración de los Estados en el desembarco de las personas rescatadas se torna vital. Para la consecución de ese objetivo, los Estados están

²⁵⁹ ROVINE, A. (ed.), *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation*, La Haya, Brill/Nijhoff, 2013; BERCOVITCH, J., *Studies in International Mediation*, Londres, Palgrave/Macmillan, 2002; y KLEIBOER, M., *The multiple realities of International Mediation*, Londres, Lynne Rienner Publishers Inc., 1998.

²⁶⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.

²⁶¹ Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, firmado el 1 de noviembre de 1974, y en vigor desde el 25 de mayo de 1980.

²⁶² Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo 1979, de 27 de abril de 1979.

obligados a procurar la creación de servicios de búsqueda y salvamento adecuados y, cuando sea necesario, a cooperar regionalmente con los Estados vecinos.

Ahora bien, ¿cabe colegir de esta obligación el derecho de aquellos que son rescatados a ser desembarcados? El Convenio SAR parece dar una respuesta afirmativa a esta pregunta cuando establece que los Estados parte en la misma estarán obligados a proporcionar asistencia a cualquier persona que la necesite en el mar, con independencia de su nacionalidad, su condición jurídica o las circunstancias en las que fue encontrada, a asegurarse que recibe una primera asistencia médica, o de otra naturaleza si la necesitan, y a llevarlos a un lugar seguro²⁶³. Razones de índole humanitaria y el hecho de que el desembarco parece condicionar el goce del derecho del posible solicitante de asilo u otro tipo de protección internacional a acceder al procedimiento así lo justificarían. En cambio, ningún instrumento internacional proporciona una regla clara sobre cuál deba ser el país de desembarco. Se ha afirmado, en este sentido, que son varios los criterios que pueden manejarse a tal fin: 1) el Estado del pabellón del buque que rescata a los naufragos, 2) el Estado que se encuentre más cerca del lugar donde tiene lugar el rescate, 3) el Estado donde se encuentre el próximo puerto de escala en la ruta del barco que procede al rescate, o 4) el Estado del que salieron los inmigrantes. Ninguno de ellos está, empero, claramente obligado a ello por el Derecho internacional.

Las Naciones Unidas están trabajando en la determinación del alcance de estas obligaciones con el fin de eliminar las ambigüedades. Se ha constituido una iniciativa inter-agencias para el tratamiento de las personas rescatadas en el mar que viene debatiendo, desde el año 2006, sobre cómo resolver tales cuestiones²⁶⁴. Y, precisamente en ese año, entraron en vigor las modificaciones de los Convenios SAR y SOLAS adoptadas en mayo de 2004²⁶⁵. El propósito de esas

²⁶³ Art. 2, párr. 1, punto 10 y art. 1, párr. 3, punto 2 de la Convención Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo 1979, de 27 de abril de 1979. Véase el estudio de OLIVA MARTÍNEZ, D., «Derecho del Mar e Inmigración Irregular», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2008, núm. 17, p. 265 y ss.

²⁶⁴ Véase el estudio de ABAD CASTELOS, M., «El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2010, núm. 14, p. 145 y ss.

²⁶⁵ Fueron adoptadas en respuesta al llamamiento contenido en la resolución A.920 (22) de la Asamblea de la OMI de revisar los dos Convenios con el fin de identificar cualquier laguna, inconsistencia, ambigüedad, vaguedad o inadecuación y, a la luz de esa revisión, adoptar las acciones que resultasen adecuadas para que los supervivientes de una operación de salvamento recibiesen asistencia con independencia de su nacionalidad, o estatuto, o de las circunstancias en que fuesen encontrados, para que los buques que salven a personas que necesiten auxilio en el mar puedan llevarlos a un lugar seguro y para que los supervivientes, cualquiera que sea su nacionalidad o estatuto, incluidos los inmigrantes indocumentados, refugiados, solicitantes de asilo y polizones, sean tratados a bordo de acuerdo con lo prescrito por los instrumentos de la OMI que resulten aplicables y de acuerdo con los acuerdos internacionales relevantes y con las tradiciones humanitarias del mar. Debe, además, procederse a la revisión de los principios y normas de Derecho internacional general que establecen la obligación de proporcionar asistencia a las personas que necesitan auxilio en el mar y la identificación de las necesidades de codificación y desarrollo progresivo de las mismas que resultasen oportunas.

modificaciones es tratar de eliminar las mencionadas ambivalencias²⁶⁶. No se ha aprobado ningún instrumento que proporcione un criterio que deba atenderse de modo vinculante a la hora de determinar el Estado responsable de hacerse cargo del desembarco de las personas rescatadas.

En la actualidad, es posible afirmar la existencia de una obligación internacional de cooperar en la fijación de criterios que permitan determinar al Estado responsable de hacerse cargo de desembarcar a las personas que hayan sobrevivido a una operación de rescate en el mar. El procedimiento, ahora en marcha, de diseño de una estrategia integrada de la UE para la gestión de la frontera exterior debe ser aprovechado para elaborar un mecanismo de coordinación que, al menos en el espacio europeo, sirva para asegurar que las personas rescatadas son rápida y efectivamente llevadas a un lugar seguro. Debería, en todo caso, recogerse referencias explícitas a las operaciones de rescate en el Derecho de la UE.

Cabe insistir en que los Estados miembros de la UE no pueden eludir las obligaciones impuestas por el Derecho internacional en lo que afecta a las responsabilidades de búsqueda y salvamento marítimo asumidas en las denominadas zonas SAR. Una vez rescatados los inmigrantes deben ser puestos a salvo, en otras palabras, llevados a un lugar seguro. Como solución puntual podría aplicarse el art. 78 párr. 3 del TFUE en el que se dispone que «si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo».

4. DERECHOS DEL «OTRO»: INTERNAMIENTO DE NO NACIONALES A LA ESPERA DEL RETORNO

La Directiva 2008/115/CE, conocida como Directiva de retorno, no es el primer acto de la UE que incorpora medidas para tratar de ganar en eficacia en un ámbito que para los Estados miembros ha sido prioritario desde los orígenes de la cooperación en el ámbito migratorio: el control de la inmigración ilegal y el

²⁶⁶ La Convención SOLAS, a partir de la entrada en vigor de estas modificaciones, incluye una definición común de servicios de búsqueda y rescate, establece la obligación de proporcionar asistencia, con independencia de la nacionalidad o el estatuto de las personas que la necesitan, y faculta a los Estados para que cooperen y se coordinen para asistir a los patrones de las embarcaciones que rescatan a aquellas personas en la tarea de llevarlos a un lugar seguro. La Convención SAR insistió en la obligación de los Estados de cooperar entre sí para dar asistencia a los patrones de buque que deban llevar a las personas rescatadas en el mar a un lugar seguro. Resulta de particular interés, además, la modificación del capítulo cuarto, en relación con los denominados centros de coordinación de rescate, a los que se asigna la tarea de iniciar el proceso de identificación del lugar más adecuado para el desembarco de las personas rescatadas.

retorno de los inmigrantes en situación administrativa irregular²⁶⁷. El art. 15 de la Directiva de retorno, relativo al internamiento, establece en su apartado quinto que el mismo se mantendrá mientras se cumplan las condiciones fijadas por el apartado primero del mismo artículo y sea necesario para que la expulsión se lleve a buen término. El período que a tal efecto fije cada Estado miembro no podrá ser superior a seis meses. Al ser ésta la regla general, el apartado sexto del artículo permite que, en determinadas circunstancias, ese período se alargue hasta doce meses más. Y ello cuando, después de haber desplegado el Estado todos los esfuerzos razonables pueda presumirse que la expulsión se dilata en el tiempo debido a la falta de cooperación del nacional de un tercer país, o a demoras en la obtención de la documentación necesaria de terceros países.

Los tratados internacionales de derechos humanos no prohíben el internamiento de los extranjeros sobre los que pesa una orden de expulsión y que, como consecuencia de ello, deben ser retornados forzosamente a sus países de origen. Debe recordarse a este respecto que el Comité de Derechos Humanos (CDH) no ha interpretado que el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad personal, impida a los Estados la práctica de detenciones en el ámbito de control de las migraciones²⁶⁸. Ha afirmado que las garantías previstas en ese artículo se aplican también a las detenciones efectuadas por esos motivos.

En esta misma línea la CIJ, en su sentencia dictada en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo*²⁶⁹, afirmó que una medida de detención o reclusión que tenga por objeto ejecutar una decisión de expulsión adoptada por la autoridad competente no puede calificarse de arbitraria en el sentido del art. 13 del PIDCP y del art. 12, párr. 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Sobre este particular el art. 5, párr. 1 (f) del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH) incluye entre los supuestos en los que podrá acordarse la privación de libertad de un individuo, conforme a Derecho y de acuerdo con un procedimiento establecido por la ley, la privación de libertad o la detención de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o

²⁶⁷ A modo ilustrativo de la política de la UE cabe citar entre las normas aprobadas tras la comunitarización de la política de inmigración, la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países y la Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión. También los acuerdos de readmisión son ejemplo del interés de los Estados miembros en facilitar y acelerar la devolución a su país de origen de los inmigrantes que residen irregularmente en la UE. Véase ACOSTA, D., «The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Return Directive)», *European Journal of Migration and Law*, Vol. 11, 2009, núm. 1, p. 19 y ss.

²⁶⁸ *Maronfidou c. Suecia*, núm. 58/1979, Human Rights Committee, General Comment, núm. 5, *The Position of Aliens under the Covenant*, párr. 9.3.

contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. Así, el Derecho internacional prohíbe las detenciones arbitrarias. Los ordenamientos jurídicos internos deberán prever las condiciones materiales y procedimentales en las que la detención se llevara a cabo de acuerdo con lo previsto por el Derecho internacional.

Es cierto que la Directiva de retorno establece un conjunto de garantías mínimas en este ámbito y, en algún caso, ello supone una mejora del régimen preexistente. No obstante, hay ciertos elementos contrarios a ciertas obligaciones derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos, caso de la fijación de plazos a efectos de la expulsión del extranjero en situación irregular del territorio de un Estado miembro de la UE. En ese caso, ¿en qué medida una legislación interna que no establece un plazo máximo para la detención de los inmigrantes que están a la espera de la expulsión cumple con la exigencia contenida en el art. 10 del PIDCP? En el supuesto de que la persona detenida reciba por parte del Estado un trato humano y respetuoso con la dignidad que le es inherente o con la obligación de respetar los principios de seguridad jurídica y prohibición de la arbitrariedad sobre los que, en opinión del TEDH, pivota el art. 5, párr.1 (f) del CEDH²⁷⁰.

La jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado reiteradamente sobre su competencia para revisar la compatibilidad de las legislaciones nacionales con el art. 5, párr.1 (f)²⁷¹ del CEDH. De hecho, el TEDH ha reiterado, en primer lugar, que cualquier privación de libertad acordada sobre la base de ese artículo estará justificada únicamente mientras el procedimiento de expulsión esté en marcha. Y ha añadido que «si ese procedimiento no se sigue con la diligencia debida, la detención dejará de ser admisible» en virtud de este mismo artículo. En segundo lugar, la detención debe ser conforme a Derecho. No es suficiente para ello que esté prevista por la Ley. En particular, debería además ser llevada a cabo de buena fe, estar estrechamente conectada a una causa de detención alegada por el Gobierno, y el lugar y las condiciones de la detención deberán ser apropiadas. De la misma manera que la duración de la misma no debería exceder razonablemente de lo que resulte necesario para conseguir el propósito que se persigue.

De nuevo, es difícil establecer reglas claras y precisas a partir de esta jurisprudencia del TEDH. Resulta contradictorio apelar a la seguridad jurídica, como hace el TEDH en el asunto *Ismoilov* y otros contra Rusia²⁷² y cifrarla en términos de accesibilidad, precisión y previsibilidad, al tiempo que se mantiene que la

²⁶⁹ Ahmadou Sadio Diallo (*República de Guinea c. República Democrática del Congo*), Merits, Judgment, 30 November 2010, *ICJ Reports* 2010 (II), párr. 64.

²⁷⁰ En ese sentido, véase el caso *A.C. et al. c. España*, ECHR, Judgment, 22 de abril de 2014.

²⁷¹ *Khudoyorov c. Rusia*, núm. 6847/02, párr. 125, ECHR 2006; *Ječius c. Lituania*, núm. 34578/97, párr. 56, ECHR 2000-IX; *Baranowski c. Polonia*, núm. 28358/95, paras. 50-52, ECHR 2000-III; *Amuur c. Francia* núm. 19776/92, Judgment, 25 de junio de 1996, párr. 50, ECHR 1996-III.

²⁷² *Ismoilov et al. c. Rusia*, núm. 2947/06, Judgment, ECHR, 1 de diciembre de 2008, párr. 129 y ss.

adecuación de una determinada medida de detención con el art. 5, párr. 1 (f) del CEDH dependerá de que las autoridades actúen con la «diligencia debida» y, en lo que afecta al plazo de mantenimiento de la detención, no la prolonguen más allá de lo que sea «razonablemente necesario». Como resultado de ello habrá que atender a las particularidades del caso concreto para determinar la adecuación de una determinada medida de detención con las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del CEDH. No parece haber, para el TEDH, un plazo *per se* contrario a dichas obligaciones. Sólo si durante el plazo que el extranjero permanezca detenido las autoridades no proceden con la «diligencia debida», esto es, no procuran durante todo el tiempo llevar a buen término la expulsión movilizándolo para ello los recursos materiales y humanos que resulten necesarios, el TEDH ha declarado que la misma es contraria al art. 5, párr. 1 (f) del CEDH²⁷³.

La posibilidad de establecer en las legislaciones internas un plazo objetivamente largo puede tener como efecto que los Estados miembros relajen el nivel de diligencia a la hora de tratar de materializar la devolución. Se revela por ello de crucial importancia, para atajar esa más que probable tendencia y mantener las posibilidades de prolongar la detención dentro de los límites estrictos, que la decisión sea periódicamente revisada por los tribunales internos y, en su caso, por los órganos supraestatales de protección de los derechos humanos. Además, el proceso de armonización de los Derechos internos de los Estados miembros en los ámbitos de la inmigración y el asilo ha propiciado igualar a la baja los derechos que las legislaciones contemplaban a favor de los extranjeros²⁷⁴. Las dificultades para alcanzar un consenso, dada la disparidad de regímenes existentes, aboca a la consagración del estándar mínimo. Bien es cierto, en cuanto a la posibilidad de prolongar el período de internamiento hasta dieciocho meses, que se trata de un plazo que la Directiva concibe como máximo y que no existe, en ese caso, la obligación jurídica de incorporarlo a la norma nacional de transposición. No obstante, se corre el riesgo de que los Estados miembros se amparen en la norma común para modificar, a la baja, la protección prevista en sus respectivas legislaciones.

²⁷³ *Ismoilov et al. c. Rusia, op. cit.*, nota 272, párr. 140. No ha lugar inferir que el CEDH prohíba el establecimiento del plazo máximo de internamiento hasta los dieciocho meses. Conviene insistir, por útil, en la idea de que los Estados están obligados a actuar con la diligencia debida durante ese tiempo. Quiere esto decir que deben estar en condiciones de demostrar que durante el tiempo en que el extranjero permaneció detenido en espera de la devolución las autoridades se ocuparon de que dicha actuación prosperase. En este sentido, el art. 15.1 de la Directiva de retorno determina que la misma sólo se acordará como último recurso y únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo la expulsión. Como consecuencia de ello, la propia Directiva y la jurisprudencia del TEDH coinciden en que la detención no podrá prolongarse cuando la devolución se prevea imposible por haber desaparecido cualquier perspectiva razonable de que esta prospere.

²⁷⁴ HAILBRONNER, K., «Asylum Law in the Context of a European Migration Policy», en WALKER, N. (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 41 y ss.

Debe mencionarse, en particular, la opinión del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la Directiva de retorno²⁷⁵. Dicha opinión proporciona elementos sobre la posible incompatibilidad de la Directiva con las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. El Informe presentado por el Grupo de Trabajo, el 16 de febrero de 2009, recoge la preocupación de éste y otros titulares de mandatos de procedimientos públicos especiales «por la iniciativa legislativa de una organización regional, de la que son integrantes principalmente países receptores, en virtud de la cual los Estados interesados podrán detener a los inmigrantes que se encuentren en situación irregular hasta por dieciocho meses mientras se procede a su expulsión»²⁷⁶.

Un elemento positivo viene recogido en el art. 8 párr. 6 de la Directiva de retorno en la que se contempla que los Estados miembros crearán un sistema eficaz de control del retorno forzoso. La norma no aclara ni la naturaleza ni el alcance de las funciones que deberá cumplir dicho sistema. El sistema o mecanismo nacional de control del retorno forzoso debería poder vigilar de qué manera las autoridades estatales cumplen con sus obligaciones en materia de protección de los derechos humanos de los inmigrantes. Sería deseable, sin duda, entender que en esa medida y al margen de que pueda cumplir también otras funciones, el art. 8.6 de la Directiva impone a los Estados una obligación semejante a la de determinados instrumentos internacionales de derechos humanos que imponen a sus Estados parte la creación de mecanismos nacionales de vigilancia y prevención de las violaciones a los derechos humanos²⁷⁷. Y, en esa medida, es deseable igualmente que dicha labor de control se encomiende a un órgano *independiente*

²⁷⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Consejo de Derechos Humanos, AGNU, Doc. A/HRC/10/21, de 16 de febrero de 2009. Disponible en (<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/110/46/PDF/G0911046.pdf?OpenElement>).

²⁷⁶ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Consejo de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 275, párr. 66. El Grupo de Trabajo, asimismo, hace una serie de recomendaciones que deben tenerse presentes a la hora de valorar la compatibilidad de una determinada medida de internamiento con el Derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, la detención debe ser el último recurso admisible y deberá aplicarse durante el menor tiempo posible. Segundo, deben buscarse otras medidas menos gravosas a partir de las cuales sea posible la consecución de la expulsión. Tercero, los motivos de la detención deben ser definidos de manera clara y exhaustiva. Deberá ser posible, en cuarto lugar, plantear la legalidad de la detención ante un juez y debe preverse, igualmente, la posibilidad de que la medida sea revisada de forma periódica dentro de los plazos establecidos. Dichos plazos deberán establecerse también durante las denominadas «situaciones de emergencia», esto es, aquellas en las que un número excepcionalmente elevado de inmigrantes llega al territorio de un Estado. Por último, en opinión del Grupo de Trabajo debería considerarse ilegal la detención cuándo se prolonga en razón de un obstáculo que impide identificar a los inmigrantes en situación irregular o proceder a su expulsión del territorio y cuya remoción no está dentro de las competencias del extranjero. Es el caso de la falta de cooperación de la autoridad consular del país de origen competente para completar la documentación.

²⁷⁷ GAMARRA, Y. y VICENTE, A., «El discreto control de los órganos políticos sobre las decisiones de las instituciones judiciales: un análisis comparado de los sistemas americano y europeo», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *El espacio jurídico común del Consejo de Europa (En Conmemoración del 60 Aniversario del Consejo de Europa)*, Sevilla, Gandulfo, 2010, p. 73-107.

y cuyo personal cuente con la formación adecuada. Cobra especial relevancia en este punto la elección de dicho órgano. Nada impide que realice la tarea una ONG, una institución nacional de derechos humanos o incluso, si fuese diferente de aquellas, el mecanismo designado o creado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 17 del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. Se abrirían nuevas e innovadoras vías de diálogo para reconocer la adecuada protección a quienes están internados temporalmente en centros creados al efecto.

5. CONCLUSIONES

La doctrina y los representantes de la sociedad civil, en particular las ONG²⁷⁸, han denunciado con frecuencia el cinismo y la incoherencia que presiden la política de inmigración de la UE y las medidas adoptadas en desarrollo de la misma dado que en buen número de casos colisionan con los principios y valores sobre los que se fundamenta. La inmigración irregular en el marco de la UE y Estados miembros se encuentre entre la *Scylla* respetuosa de los derechos humanos que quiere aplicar los principios de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad, y el *Caribdis* de la Europa fortaleza que quiere criminalizarla.

Al examinar la adopción de una estrategia de la UE para la gestión de la inmigración irregular por vía marítima y de un conjunto de reglas comunes aplicables a los procedimientos de retorno de inmigrantes en situación administrativa irregular se advierte de su inadecuación, en muchos casos, a las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos. En particular, de aquellos que por estar en situación administrativa irregular en el territorio de la UE o por pretender acceder a él ilegalmente, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Siendo suficientemente grave en sí misma, la constatación de dicha inadecuación trasciende además cada caso concreto para poner en entredicho la credibilidad del compromiso de la UE con el respeto a los derechos humanos²⁷⁹.

La política exterior de la UE que promueve y aplica en el ámbito migratorio no es realmente colectiva y participatoria. La política exterior de la UE en asuntos migratorios se torna en un instrumento que utiliza para exportar sus reglas sustantivas y, así, promover sus intereses particulares, sin tener en cuenta las especificidades y problemas del otro. Más con todo, si la UE y los Estados miembros quieren prevenir nuevas catástrofes humanas bien deberían promocionar los

²⁷⁸ Véase DEL VALLE, A., y GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Las ONG ante la inmigración subsahariana en Marruecos: los informes de Médicos Sin Fronteras y Amnistía Internacional», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2007, núm. 4, pp. 47-59.

²⁷⁹ Véase la aproximación crítica de THYM, D., «EU migratory policy and its constitutional rationale: a Cosmopolitan Outlook», *Common Market Law Review*, Vol. 50, 2013, núm. 3, p. 708 y ss.

ideales mediadores, como se estipula en la Resolución 65/283 de la AGNU, para abrir y/o reforzar diálogos –para posteriores acuerdos- con el fin de potenciar el desarrollo en los países de origen de manera constante y coherente por el bien de la seguridad y estabilidad en el Mediterráneo.

RESUMEN

Las instituciones de la UE juntamente con las administraciones de los Estados miembros desarrollan procedimientos innovadores con el fin de adaptar el marco de la política migratoria de la UE a las nuevas lógicas de la gobernanza económica global. El objetivo consiste, de un lado, en reflexionar sobre la contribución de la UE, y en particular de España, a la conformación de una política exterior coherente y participativa en la prevención y gestión de la inmigración irregular en el Mediterráneo mediante el recurso al procedimiento de la mediación. De otro, explorar hasta qué punto dicha capacidad de mediación contribuye al fortalecimiento de la UE como actor global en el escenario euroafricano.

La lucha contra la inmigración irregular constituye un objetivo específico de la denominada política de inmigración de la UE (art. 79 TFUE). Fue el consenso sobre la necesidad de paliar conjuntamente las consecuencias no deseadas que tuvo la abolición de las fronteras interiores el que impulsó la adopción de las primeras medidas de la UE en materia migratoria fundamentalmente de carácter defensivo. Con posterioridad, se han ido añadiendo otros elementos en un intento de dotar de un carácter integral a la política migratoria. La autora articula el capítulo en torno a cuestiones tales como ¿qué avances se han experimentado en la gestión integrada de fronteras? ¿Qué vacíos normativos existen a la hora de rescatar a inmigrantes en situación irregular? ¿Cómo combinar el control de la inmigración irregular con la protección a los derechos humanos? Se concluye con una serie de reflexiones acerca de la necesidad de desarrollar procedimientos innovadores y flexibles, caso de la mediación, para combatir más eficazmente el fenómeno de la inmigración irregular.

LAS CUESTIONES TERRITORIALES EN EL NORTE DE ÁFRICA Y LA COOPERACIÓN HISPANO-MARROQUÍ ANTE LAS CRISIS MIGRATORIAS DE 2012 Y 2014

Inmaculada González García

Profesora Titular de Derecho Internacional Público
(Universidad de Cádiz)*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES TERRITORIALES E INMIGRACIÓN.—2. LOS PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN/DEVOLUCIÓN DE LOS INMIGRANTES DE ISLA DE TIERRA (ALHUCEMAS) EN 2012.—3. ¿DEVOLUCIONES EN CALIENTE TRAS LOS ASALTOS MASIVOS A LAS VALLAS FRONTERIZAS DE CEUTA Y MELILLA EN 2014?—4. CONCLUSIONES.

PALABRAS CLAVES: Inmigración, Territorios españoles en el Norte de África, Derechos humanos, Cooperación hispano-marroquí.

1. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES TERRITORIALES E INMIGRACIÓN

Es una constante en las relaciones hispano-marroquíes la reivindicación territorial por parte de Marruecos de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, así como de las Islas y Peñones españoles en África. Así se puso de manifiesto en la Declaración interpretativa realizada por Marruecos el 11 de junio de 2007 al ratificar la

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación de I+D «Cuestiones territoriales e Inmigración transfronteriza en el Área del Estrecho», DER2012-34577 (subprograma JURI) del Plan Nacional de I+D+i 2013-2015, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y los fondos FEDER de la UE (IP: Dr. A. del Valle Gálvez).

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, reiterando asimismo el no reconocimiento de la «ocupación» de dichos territorios por parte de España²⁸⁰, lo que motivó una nueva réplica española en forma de Comunicación²⁸¹.

Esta reivindicación territorial ha condicionado la falta de acuerdos entre España y Marruecos en la delimitación de los espacios marítimos adyacentes a dichos territorios, siendo asimismo el escenario de los últimos episodios protagonizados por ambos países en la lucha contra la inmigración irregular²⁸². Y es que, en los últimos años, una nueva vía marítima de entrada a España por el Mediterráneo se ha abierto para los inmigrantes procedentes del África subsahariana, a través de las Islas y Peñones de soberanía española en el norte de África.

La irrupción de pateras en las islas españolas se acentuó en 2012 con la llegada de doscientos cincuenta inmigrantes a la Isla de Alborán entre los meses de enero a agosto, mientras otras lo hacían a finales de agosto a la deshabitada Isla de Tierra, que forma parte junto a la Isla de Mar, ambas situadas a escasos metros de la costa marroquí, del Peñón de Alhucemas.

Es nuestra intención analizar en esta Comunicación cómo la reivindicación de los territorios españoles en el norte de África por parte de Marruecos no ha impedido reactivar el Acuerdo hispano-marroquí firmado en Madrid, el 13 de febrero de 1992, que regula la readmisión de extranjeros procedentes de terceros países (no así marroquíes ni españoles), tras la llegada de inmigrantes a Isla de Tierra (Alhucemas) en el verano de 2012, cooperación que se ha mantenido tras los asaltos masivos a las vallas de Ceuta y principalmente de Melilla en 2014, planteándose la problemática de las devoluciones en caliente. Un Acuerdo que no estaba en vigor, según se puso de manifiesto en 2005 tras la devolución por España a Marruecos de un grupo de setenta y tres inmigrantes que habían logrado saltar la valla fronteriza de Melilla²⁸³.

Para entender los hechos que se relatan hay que tener en cuenta que el control de las fronteras y la gestión de los flujos migratorios es uno de los temas principales de las relaciones de cooperación entre España y Marruecos²⁸⁴. Así se puso de manifiesto en la VII reunión de alto nivel hispano-marroquí, celebrada en Sevilla y Córdoba el 29 de septiembre de 2005, tras comprometerse ambos

²⁸⁰ Véase VÁZQUEZ GÓMEZ, E. M., «Crónica de Derecho del Mar (Enero –Junio 2007)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, núm. 14, pp. 2-3.

²⁸¹ La Comunicación de España, de 10 de septiembre de 2008, véase en el *BOE*, núm. 274, de 13 de noviembre de 2009.

²⁸² SÁNCHEZ-MONTIJANO, E. y ZARAGOZA CRISTIANI, J., «Crisis migratorias en Melilla: un instrumento de negociación política», *Notes Internacionales CIDOB*, 2013, núm. 71, marzo, pp. 1-5.

²⁸³ GONZÁLEZ GARCÍA, I., «El Acuerdo España–Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: Las avalanchas de Ceuta y Melilla», *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 22, 2006, pp. 255-284.

²⁸⁴ DEL PINO, D., «La inmigración y las relaciones hispano-marroquíes», *Política Exterior*, Vol. XIX, 2005, núm. 108, noviembre/diciembre, pp. 55-67.

Estados a continuar su cooperación en materia de inmigración, a través de los instrumentos bilaterales ya existentes, como el citado Acuerdo de readmisión de inmigrantes de 1992²⁸⁵, y en la XIII reunión del Grupo de Trabajo Permanente sobre inmigración, celebrada en Barcelona el 15 de octubre de 2011²⁸⁶.

Se trata a su vez de una temática profundamente afectada por el Derecho de la Unión Europea (UE)²⁸⁷, también en las relaciones bilaterales UE-Marruecos, jugando siempre un papel relevante la garantía del respeto de los derechos humanos²⁸⁸. Así se recoge con carácter general en los acuerdos de readmisión de la UE con terceros países y, en concreto, con Marruecos, cuya decimoquinta ronda formal de negociación se celebró el 10 de mayo de 2010²⁸⁹, habiendo comunicado Marruecos, en septiembre de 2013, el inicio de un proceso de regularización de inmigrantes (desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2014) en el marco de una nueva política de inmigración ordenada por el rey Mohamed VI, tras hacer suyo el Informe del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Reino de Marruecos sobre la situación de los extranjeros y de los refugiados en dicho país, así como la reapertura en Rabat de la Oficina para los Refugiados y Apátridas, que se encontraba cerrada desde 2004²⁹⁰.

2. LOS PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN/DEVOLUCIÓN DE LOS INMIGRANTES DE ISLA DE TIERRA (ALHUCEMAS) EN 2012

El hecho de que Isla de Tierra no pertenezca administrativamente a la Ciudad Autónoma de Melilla²⁹¹ nos lleva a cuestionar la aplicación de lo dispuesto en el

²⁸⁵ Véase la nota de prensa del MAEC, de 30 de septiembre de 2005 y las distintas Declaraciones conjuntas de las reuniones de alto nivel de 2005, 2007, 2008 y 2012, en DEL VALLE GÁLVEZ, A. y TORREJÓN RODRÍGUEZ, J. D. (eds.), *España y Marruecos: Tratados, Declaraciones y Memorandos de Entendimiento (1991-2013)*, Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2013.

²⁸⁶ RED EUROPEA DE MIGRACIONES, *Informe Anual de Políticas de Inmigración y Asilo 2011. España*, Madrid, Red Europea de Migraciones, 2011, pp. 52-53.

²⁸⁷ El derecho en vigor viene constituido por el Título V (Espacio de libertad, seguridad y justicia) de la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en concreto, por los artículos 77 a 80 (Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración), que atribuye a la UE una mayor competencia en el control de las fronteras exteriores.

²⁸⁸ Véase la Declaración común publicada tras la Cumbre UE-Marruecos, celebrada en Granada el 7 de marzo de 2010, 7220/10 (Presse 54), de 10 de marzo de 2010 y la citada RED EUROPEA DE MIGRACIONES, *op. cit.*, nota 286, p. 53 y ss.

²⁸⁹ El Acuerdo de readmisión UE-Marruecos se viene negociando desde el año 2000. Véase SEC (2011) 209, Bruselas, 23 de febrero de 2011, *Commission staff working document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Evaluation of the EU Readmission Agreements, EU Readmission Agreements: Brief overview of State of play*, febrero de 2011, pp. 3-4.

²⁹⁰ Véase «Regularización de inmigrantes en Marruecos», *Nueva Tribuna*, 11 de diciembre de 2013. Disponible en <http://www.nuevatribuna.es>.

²⁹¹ El primer problema que se nos plantea es la indeterminación del estatuto jurídico de las Islas y Peñones españoles en el norte de África. Como ha señalado el Profesor del Valle, en las Islas Chafarinas y los Peñones de Vélez de la Gomera y de Alhucemas hay guarniciones militares que dependen de la Comandancia General de Melilla, sin que ninguno de estos territorios pertenezca administrativamente

Reglamento de Extranjería²⁹² para las Comunidades Autónomas uniprovinciales, al no requerirse la apertura de un expediente de expulsión para proceder a la devolución de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el territorio nacional²⁹³.

Se trata de una cuestión que ya se denunció como conflictiva (la falta de un criterio uniforme en la aplicación del art. 157.1 b) –actual art. 23.1.b)- del Reglamento de Extranjería²⁹⁴), en el Informe presentado por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa sobre su visita a España en 2005²⁹⁵. Y es que, en todo caso (cuando el extranjero entrado de forma ilegal fuese detenido en el territorio español, en la frontera o sus inmediaciones y en el pasillo situado entre las dos vallas) sería de aplicación la Línea Directriz núm. 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa²⁹⁶, que prevé el respeto en el procedimiento de devolución de las garantías previstas de asistencia de abogado, así como de intérprete, si fuera necesario, una vez hayan sido conducidos a la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía.

Estas mismas garantías en la devolución se prevén en el Reglamento de Extranjería²⁹⁷. Así, en la devolución de los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en España, según los términos del citado art. 23.1.b), se prevé que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a tales extranjeros «los conducirán con la

a dicha Ciudad Autónoma. Todos se gobiernan desde Madrid, existiendo un vacío regulador. En el caso que nos ocupa, hay un destacamento militar ubicado en el Peñón de Alhucemas, no existiendo presencia militar en la Isla de Tierra, así como tampoco del Cuerpo Nacional de Policía, al ser una roca deshabitada en la que no hay comisarías ni puestos fronterizos. Véase DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Ceuta, Melilla, Chafarinas, Vélez y Alhucemas: tomar la iniciativa», *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 163/2011, 20 de diciembre de 2011.

²⁹² Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

²⁹³ Nuestro ordenamiento jurídico interno establece una distinción entre la expulsión y la devolución. Véanse los artículos 57 y 58 de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 *cit.*), así como lo dispuesto en la Directiva de retorno de la UE (Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular).

²⁹⁴ En los términos del art. 23.1 del citado Reglamento: «De conformidad con lo establecido en el art. 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no será necesario un expediente de expulsión para la devolución, en virtud de resolución del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos: ... b) Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones».

²⁹⁵ Informe de D. Álvaro Gil-Robles sobre su visita a España, 10-19 de marzo de 2005, a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria, Office of the Commissioner for Human Rights/Bureau du Commissaire aux Droits de l'Homme, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2005, CommDH(2005)8, que recoge los asaltos a las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla en el verano de 2005 (párrs. 119-136 en pp. 45-50), en concreto, el párr. 132 en pp. 48-49.

²⁹⁶ «Forced Return, 20 Guidelines», adoptadas por el Comité de Ministros el 5 de mayo de 2005, *Council of Europe Publishing*, Estrasburgo, 2005, septiembre, p. 23. Véase el citado Informe CommDH(2005)8, *op. cit.*, nota 295, p. 49.

²⁹⁷ Art. 23.3.

mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución»²⁹⁸. De este modo se garantizaría asimismo la aplicación del principio de no devolución cuando se pusiera en peligro la vida o integridad física o moral del inmigrante, pues aun cuando se hubiera adoptado una resolución de devolución, ésta no podrá llevarse a cabo y quedará en suspenso su ejecución cuando se formalice una solicitud de protección internacional hasta que se resuelva sobre la solicitud o ésta no sea admitida²⁹⁹.

Pero más problemático se presenta el marco jurídico alegado por el Gobierno español para justificar la devolución de los setenta y tres inmigrantes de Isla de Tierra en la madrugada del 3 al 4 de septiembre de 2012.

Y es que los medios de comunicación, tomando como fuentes las declaraciones del Gobierno español, publicaron en los días posteriores a la devolución que dicha operación se hizo en aplicación del Acuerdo hispano-marroquí de readmisión de extranjeros procedentes de terceros países de 1992. De haberse aplicado este Acuerdo, España debía haber hecho constar en su solicitud de readmisión los datos disponibles relativos a la identidad, a la documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y a las condiciones de su entrada ilegal en territorio español, así como cualquier otra información que se tuviera sobre el mismo³⁰⁰. Y en el caso de que hubiese sido aceptada, las Autoridades de frontera marroquíes tendrían que haberla documentado mediante la expedición de un certificado u otro documento en el que se hiciera constar la identidad y, en su caso, la documentación poseída por el extranjero³⁰¹. No hay constancia de que se siguiera dicho procedimiento, así como tampoco lo dispuesto en su art. 5, según el cual, Marruecos se asegurará de que los extranjeros readmitidos sean enviados lo antes posible a su Estado de origen o al Estado donde comenzaran su viaje, de no tener derecho a permanecer en territorio marroquí. Como sabemos, los inmigrantes de Isla de Tierra fueron conducidos por la Guardia Civil a la playa marroquí de Sfiha, debiendo aquellos llegar a nado o caminando unos metros hasta la orilla, donde le esperaban los agentes marroquíes para trasladarles esposados a la frontera con Argelia³⁰².

Pero no podemos afirmar que en los hechos anteriormente relatados se violaran las disposiciones del Acuerdo de 1992, pues en los términos de su publica-

²⁹⁸ Art. 23.2.

²⁹⁹ La admisión a trámite de la solicitud de protección internacional llevará aparejada la autorización de entrada y la permanencia provisional del solicitante, en los términos del Reglamento de Extranjería (art. 23.6, b). Véase asimismo el art. 19.1 de la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

³⁰⁰ Art. 2, párr. segundo del Acuerdo.

³⁰¹ Art. 2, párr. tercero del Acuerdo.

³⁰² «Madrid y Rabat desalojan a ‘escondidas’ a los ‘sin papeles’ de Isla de Tierra», *El Mundo*, 4 de septiembre de 2012.

ción en el BOE³⁰³, su entrada en vigor se previó para el 21 de octubre de 2012, siendo esta posterior a la devolución llevada a cabo en la madrugada del 3 al 4 de septiembre de 2012. Y es que, como hemos adelantado, Marruecos ya había denunciado en relación con los asaltos masivos a las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla en 2005, que dicho Acuerdo no estaba en vigor, según lo previsto en su art. 16.2.

Quiere ello decir que la reivindicación marroquí de los territorios españoles en el norte de África no fue en 2005, así como tampoco en 2012, un impedimento para alcanzar un supuesto Acuerdo bilateral (*ad hoc*), de naturaleza política, con el Gobierno español. Por el contrario, lo acaecido en Isla de Tierra sirvió para reactivar el Acuerdo hispano-marroquí de 1992, en un marco de colaboración entre ambos países en materia de lucha contra la inmigración irregular.

3. ¿DEVOLUCIONES EN CALIENTE TRAS LOS ASALTOS MASIVOS A LAS VALLAS FRONTERIZAS DE CEUTA Y MELILLA EN 2014?

La reactivación del Acuerdo de readmisión de 1992 ha supuesto igualmente la convocatoria del Comité Mixto hispano-marroquí previsto en su art. 11. Un Comité, bajo la autoridad de los Ministros del Interior de ambos países, encargado de resolver los casos litigiosos que pudieran derivarse de su aplicación, y de hacer un seguimiento de sus disposiciones. Además se le atribuyó la función de organizar la asistencia mutua en el desarrollo de los dispositivos de control fronterizo, sobre todo en lo que respecta al equipamiento y formación de personal de control de fronteras, así como examinar las modalidades y criterios de una compensación de los desequilibrios financieros derivados de la readmisión de extranjeros expulsados.

Así, de conformidad con lo dispuesto en su art. 15 (que faculta a las Partes contratantes a proponer las modalidades y mejoras que se consideren necesarias para la mejor aplicación del Acuerdo y para la salvaguardia de los intereses nacionales de las dos Partes), el Ministro del Interior español propuso a su homólogo marroquí (en el encuentro bilateral mantenido con ocasión de la reunión en París del G-4 -España, Francia, Portugal y Marruecos-, de 20 de febrero de 2014), convocar una reunión del Comité Mixto. Inicialmente se previó que dicho Comité se reuniese en Tánger el 26 de marzo de 2014, celebrándose el 17 de marzo una reunión preparatoria entre el Secretario de Estado de Seguridad y su homólogo marroquí, si bien tuvo que posponerse finalmente por el funeral de Estado del ex-Presidente del Gobierno español, D. Adolfo Suárez.

Por lo tanto, la convocatoria del Comité Mixto obedece a la necesidad de mejorar la aplicación del Acuerdo de readmisión de 1992, en un marco de cooperación

³⁰³ BOE, núm. 299, de 13 de diciembre de 2012, Sec. I, p. 85068.

entre ambos países ante la fuerte presión migratoria que desde comienzos de año vienen sufriendo las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Una necesidad que obedece a la preocupación y críticas de Instituciones nacionales y europeas (como la Defensora del Pueblo español y la Comisión Europea) tras las denuncias de ONGs sobre la actuación de la Guardia Civil en la playa del Tarajal (Ceuta), el 6 de febrero de 2014, y la muerte en aguas marroquíes de 15 inmigrantes subsaharianos que pretendían llegar a nado a dicha ciudad. E, igualmente, al visionado en los medios de comunicación de videos y fotografías sobre devoluciones en caliente (sin identificación) de inmigrantes atrapados en el pasillo situado entre la doble valla fronteriza de Ceuta y de Melilla, encaramados a las vallas o detenidos en sus inmediaciones, tras los asaltos masivos que se han venido sucediendo desde comienzos de 2014³⁰⁴.

De nuevo, otra crisis migratoria, esta vez en 2014, es la que llevará a España y Marruecos en el seno del Comité Mixto a abordar «en el marco de la excelente colaboración y de las decisiones adoptadas en el encuentro entre los dos ministros» (según el texto del comunicado hecho público), el final de una práctica que ha sido reconocida por el Ministro del Interior español, en concreto, «casos esporádicos» de devoluciones en caliente³⁰⁵. Un comunicado que ha sido criticado por plantear, entre otras iniciativas, «articular un mecanismo coordinado por el que se procedería a la inmediata devolución de quienes entren de forma violenta o flagrante en Ceuta y Melilla»³⁰⁶.

Ahora bien, como el propio Ministro español tuvo ocasión de aclarar en respuesta a las preguntas realizadas por los medios de comunicación, la inmediata devolución se basa en la efectiva aplicación del Acuerdo de 1992, sin que ello suponga legalizar las devoluciones en caliente, lo que implicaría la violación de lo dispuesto en la Ley de Extranjería y las obligaciones impuestas por las normas de Derecho Internacional.

Y es que las cuestiones anteriormente referidas sobre la falta de estatuto jurídico de las Islas y Peñones españoles en el norte de África y su incidencia en el ejercicio de competencias soberanas por parte de España en el control de fronteras y, especialmente, en los procedimientos de expulsión/devolución de inmigrantes, nos conduce ineludiblemente al análisis de los derechos humanos de los inmigrantes en relación con las denuncias de devoluciones en caliente tras los asaltos masivos a las vallas fronterizas de Ceuta y, especialmente, de Melilla.

³⁰⁴ «Más devoluciones irregulares de inmigrantes a través de la valla de Melilla», *El País*, 4 de febrero de 2014; y «La Guardia Civil reconoce que devuelve sobre la marcha a los inmigrantes que llegan a la playa de Ceuta: ‘Es lo habitual’», *El Mundo*, 7 de febrero de 2014.

³⁰⁵ «Interior admite la posible existencia de expulsiones de tapadillo en Melilla», *El País*, 4 de febrero de 2014.

³⁰⁶ «Interior quiere poder echar a Marruecos al inmigrante que entre de forma ‘violenta’ en Ceuta o Melilla», *Ceualdia.com – Diario Digital*, 20 de febrero de 2014; y «España propone a Marruecos la ‘devolución inmediata’ en las entradas a Ceuta y Melilla», *El Mundo*, 21 de febrero de 2014.

Como sabemos, el Derecho Internacional general y convencional impone unos límites a las leyes nacionales sobre inmigración, como la española, que están vinculados al respeto de la dignidad de los seres humanos: el estándar mínimo de protección internacional que se reconoce a los extranjeros, incluidos los inmigrantes en situación irregular³⁰⁷.

Especial mención merecen las disposiciones referentes a la protección del derecho de asilo y la protección subsidiaria. En concreto, el cumplimiento de las garantías provisionales de entrada y estancia que se concede a un extranjero por el Estado de acogida, como el principio de no devolución.

Si nos centramos en el derecho a solicitar asilo, la entrada ilegal en territorio español no puede ser sancionada, según nuestro ordenamiento jurídico interno, cuando hubiera sido realizada por extranjeros que reúnan los requisitos para acogerse al estatuto de los refugiados, siempre y cuando se presenten sin demora ante las autoridades. En este sentido, la medida de expulsión o devolución se suspendería, desde el momento en que el extranjero solicitara la protección que le confiere el asilo hasta que se resolviera su solicitud³⁰⁸.

Se trata, además, de un derecho reconocido por Tratados internacionales de los que España es Estado parte, y por lo tanto, les vincula (Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado³⁰⁹, y su Protocolo de 31 de enero de 1967), así como por el Derecho de la UE.

Por otro lado, la salvaguarda de los derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física o moral y a la legalidad de los extranjeros que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, tiene que garantizarse en los procedimientos de expulsión/devolución, según ha señalado la jurisprudencia del TEDH y las Líneas Directrices sobre retornos forzados del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que prohíben las órdenes de expulsión colectivas, obligando a un examen individualizado de cada caso y a la adopción de decisiones de devolución también individuales³¹⁰. Hay que tener en cuenta, además, que España ratificó en 2009 el Protocolo adicional núm. 4 al Convenio de Roma (1950) para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros³¹¹.

³⁰⁷ Véase DEL VALLE GÁLVEZ, A., «El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular» en DEL VALLE, A. y ACOSTA SÁNCHEZ, M. (eds.), *Inmigración irregular y Derecho*, VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Española/Universidad de Cádiz, 2005, pp. 138-157.

³⁰⁸ Véase el citado art. 23.6.b) del Reglamento de Extranjería y el art. 19.1 de la citada Ley 12/2009. Asimismo, el art. 58.4 de la Ley de Extranjería.

³⁰⁹ También Marruecos es Estado parte de la Convención de Ginebra desde 1956.

³¹⁰ Informe CommDH(2005)8, *op. cit.*, nota 295, párr. 123, pp. 45-46.

³¹¹ Art. 4 del citado Protocolo (*BOE*, núm. 247, de 13 de octubre de 2009), y en el ámbito de la UE, art. 19.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

También el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos, crueles o degradantes³¹² debiera ser garantizado por España y Marruecos³¹³.

4. CONCLUSIONES

El estudio de las crisis migratorias entre España y Marruecos y de las garantías procesales en los procedimientos de expulsión/devolución de inmigrantes, así como del respeto de sus derechos humanos, debe hacerse en el contexto general de reclamación histórica por Marruecos de los territorios españoles en el norte de África.

Existe, por lo tanto, un problema político de fondo que no ha impedido a los Estados adoptar Acuerdos de naturaleza política, *ad hoc*, específicos para la readmisión por Marruecos de inmigrantes tras los asaltos a las vallas fronterizas de Melilla en 2005 y la llegada de inmigrantes a Isla de Tierra en 2012. Un episodio, este último, que ha permitido a España y Marruecos reactivar el Acuerdo de readmisión de 1992, y con él convocar, tras la fuerte crisis migratoria motivada por la muerte de quince inmigrantes en las aguas marroquíes próximas a Ceuta en febrero de 2014 y las denuncias realizadas por las devoluciones en caliente tras los asaltos masivos a las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla desde comienzos de año, una reunión del Comité Mixto hispano-marroquí, con el fin de resolver los casos litigiosos que pudieran derivarse de su aplicación.

Ello obedece al «excelente momento» que España y Marruecos atraviesan en sus relaciones bilaterales³¹⁴, permitiéndoles hacer balance de lecciones aprendidas en un contexto político problemático, motivado por la histórica reivindicación marroquí de los territorios españoles en el Norte de África.

De esta forma, reclamaciones o controversias territoriales se ponen entre paréntesis o en suspenso ante crisis de envergadura, como las migratorias, que afectan a las relaciones bilaterales entre España y Marruecos, y a las relaciones con la UE.

Pero, especialmente en este contexto problemático, de vacío regulador respecto a la administración y estatuto jurídico del territorio de Isla de Tierra, bajo soberanía y responsabilidad española, y de presión migratoria que sufren actualmente las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, no se puede olvidar la necesidad de respetar los derechos humanos en el territorio de los Estados miembros de la UE.

³¹² Art. 3 del citado Convenio de Roma de 1950.

³¹³ Tanto España como Marruecos son partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, habiendo reconocido ambos países la competencia del Comité contra la Tortura, para recibir y examinar las comunicaciones individuales enviadas en virtud de su art. 22.

³¹⁴ Véase AMIRAH FERNÁNDEZ, H., «España-Marruecos, una apuesta por el acercamiento», *Comentario Elcano*, Real Instituto Elcano, 2013, núm. 46, 29 de julio.

RESUMEN

El estudio de las crisis migratorias entre España y Marruecos y de las violaciones de las garantías procesales en los procedimientos de expulsión/devolución de inmigrantes, así como del respeto de sus derechos humanos, debe hacerse en el contexto general de reclamación histórica por Marruecos de los territorios españoles en el norte de África. Existe, por lo tanto, un problema político de fondo que no impidió a dichos Estados adoptar un Acuerdo *ad hoc*, específico para la readmisión por parte de Marruecos de los 73 inmigrantes de Isla de Tierra (Alhucemas) en el verano de 2012, a la vez que reactivaban el Acuerdo hispano-marroquí de readmisión de inmigrantes entrados de forma irregular de 1992, que entonces no estaba en vigor. Cooperación que se ha mantenido tras los asaltos masivos a las vallas de Ceuta y principalmente de Melilla en 2014, planteándose la problemática de las devoluciones en caliente.

Y es que el control de las fronteras y la gestión de los flujos migratorios es uno de los temas principales de las relaciones de cooperación entre España y Marruecos. Así se puso de manifiesto en la VII reunión de alto nivel hispano-marroquí, celebrada en Sevilla y Córdoba el 29 de septiembre de 2005, tras comprometerse ambos Estados a continuar su cooperación en materia de inmigración, a través de los instrumentos bilaterales ya existentes, y más recientemente en la XIII reunión del Grupo de Trabajo Permanente sobre inmigración, celebrada en Barcelona el 15 de octubre de 2011.

MARRUECOS-ARGELIA: ANÁLISIS DE UN CONFLICTO COMPLEJO

Eimys Ortiz Hernández
Doctoranda
(Universidad de Lleida)*

SUMARIO: 1. CONFLICTO MARROQUÍ-ARGELINO: CAUSAS Y CONSECUENCIAS.—2. LAS DIVERSAS INICIATIVAS DE MEDIACIÓN.—3. A MODO DE CONCLUSIÓN: LECCIONES PARA LA «INICIATIVA PARA LA MEDIACIÓN EN EL MEDITERRÁNEO».

PALABRAS CLAVE: Marruecos, Argelia, Frontera, Mediación.

1. CONFLICTO MARROQUÍ-ARGELINO: CAUSAS Y CONSECUENCIAS

Al estudiar la ribera sur del *Mare Nostrum* normalmente las divergencias y conflictos entre los diferentes vecinos conforman el centro principal de atención. De modo que su resolución pacífica constituye una necesidad imperativa para alcanzar un desarrollo regional, que permita a dicha área un avance socio-económico sostenible. Una de las vías pacíficas de resolución de conflictos es la mediación tal como se recoge en el capítulo VI de la Carta de Naciones Unidas, la cual ha sido utilizada en varias ocasiones en la cuestión fronteriza entre Marruecos y Argelia. Dicha disputa mediterránea sufre cierto grado de congelación

* Becaria predoctoral del Programa de Formación del Personal Investigador del DEUI del Gobierno Vasco. Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad «UE-Mediterráneo: impacto de la Primavera Árabe en las relaciones euromediterráneas y en los intereses de España en la región» (DER2012-38401-C02-02), del que Dr. Antonio Blanc Altemir es su Investigador Principal.

desde finales de los sesenta, salvo algunos conatos de incidentes aislados a lo largo de los años.

Las consecuencias inmediatas de la pugna, al margen de la imposible integración regional, se pueden advertir a simple vista al observar un mapa de ambos países. En otras palabras, se aprecia que la línea continua que caracteriza el trazado de las fronteras se convierte en discontinua a partir de cierto punto, lo cual significa que debe existir algún conflicto de tipo fronterizo. Pues bien, detrás de dicho asunto clasificado primordialmente como fronterizo se hallan múltiples factores que lo encuadran en la categoría de complejo. De manera que se puede llegar a afirmar que el cierre de fronteras es la consecuencia inmediata o la que le otorga mayor visibilidad.

En primer lugar, se han de examinar las causas del conflicto objeto del estudio. A tal efecto es necesario establecer una distinción *a priori* entre el período colonial y la adquisición de independencia de ambos países, ya que, tanto el inicio de la controversia como su posterior desarrollo, hallan su fundamento en las acciones de Francia, antigua metrópoli de los dos países. Así pues, a pesar de que la presencia francesa en la zona data desde 1830, hubo que esperar hasta 1845 a la firma de la Convención de Lalla Marnia³¹⁵ entre las autoridades galas y el sultán marroquí Abderrahmán para establecer la primera delimitación, que transcurría desde la costa mediterránea adentrándose unos 150 km al sur hasta Teniet Sassi. A partir de ese punto hasta Figuig, se estableció que las partes se repartirían el control efectivo sobre las tribus nómadas. Ahora bien, al sur de dicha ciudad, no cabía la exigencia inmediata de delimitar la frontera, dado que la zona carecía de las condiciones mínimas para los asentamientos humanos.

A posteriori, en 1901, se concluyó un protocolo franco-marroquí para tratar de resolver la cuestión. Aunque el objetivo principal de trazar los límites fronterizos no pudo materializarse, las partes lograron constituir una cooperación conjunta sobre aduanas, cuyo límite geográfico lo situaron en el río Guir —para los marroquíes— y el río Zufana —para los galos—. De modo que la zona triangular entre ambos ríos pasó a considerarse de mutuo acuerdo como «*no man's land*».

En 1912 comenzó el protectorado francés sobre Marruecos, y las autoridades de forma unilateral comprendieron la necesidad de instituir límites concretos con la colonia argelina, para lo cual se trazó la línea Varnier³¹⁶, que demarcó la zona entre Teniet Sassi y Figuig. Con objeto de proyectar el final de ambas fronteras, teniendo en cuenta el protectorado español, el coronel Trinquet enunció que su diseño se iniciaba en el meridiano 11 grados llegando a la frontera del área bajo

³¹⁵ Véase MORALES LEZCANO, V., «La question des frontières algéro-marocaines et ses répercussions en Espagne (1845-1912)», *Cahiers d'études pluridisciplinaires*, Vol. 2, 1999, pp. 118-120.

³¹⁶ Véanse GRIMAUD, N., *La politique extérieure de l'Algérie (1962-1978)*, Paris, Karthala, 1984; y TROUT, F. E., *Morocco's Saharan frontiers*, Ginebra, Droz Publishers, 1969.

control español, prolongándose hacia el este pasando por Bu Akba, el Hfaira y Zegdum hasta encontrarse con el río Daura, para después continuar en dirección noreste hasta toparse con la línea Varnier.³¹⁷ Aunque el último intento de demarcación lo propuso el coronel galo, las propias autoridades coloniales no lo tomaron en consideración dando lugar a discrepancias en los mapas oficiales.

De todo lo expuesto en los párrafos anteriores se deduce que ya desde el periodo colonial la cuestión se fue postergando, y además que las consecutivas soluciones realmente favorecían a los intereses de la colonia argelina. Por lo tanto, en cuanto Marruecos obtuvo su independencia en marzo de 1956³¹⁸, su monarquía se abanderó como el garante de la territorialidad, cuya finalidad última giraría en torno a la consecución del «Gran Marruecos»³¹⁹. En ese preciso momento, las partes involucradas -tanto los marroquíes como los franceses- habían asumido que existía un vacío en lo concerniente a la delimitación de las fronteras, y de hecho, en los acuerdos de 1956, se previó la formación de una comisión mixta para concertar una solución.

Mientras Marruecos³²⁰ se constituía como un Estado recuperando su soberanía y planteando sus reivindicaciones territoriales, concretamente desde 1958, Argelia se mantuvo bajo la esfera francesa como un departamento hasta 1962, cuando los Acuerdos de Evian dieron por finalizada la cruenta guerra de independencia iniciada en 1954. Durante la contienda se produjeron incidentes en la frontera ya que los insurgentes argelinos la cruzaban dando lugar a acciones militares francesas en territorio marroquí.

A fin de evitar los enfrentamientos, los galos decidieron determinar una línea operacional al norte de Hassi Beida y de Tinyub, la cual dejaba fuera del control marroquí parte del río Draa, convirtiéndose dicha línea en la frontera *de facto*³²¹. Además, los esfuerzos para constituir la comisión mixta no resultaron exitosos debido a las dilaciones de Rabat. La postura final del rey Hassan II fue abandonar las negociaciones con París y esperar a que su «hermana» Argelia adquiriese la independencia³²². El monarca se basaba en el acuerdo firmado con el líder argeli-

³¹⁷ Véase TORRES GARCÍA, A., *La guerra de las arenas. Conflicto entre Marruecos y Argelia durante la Guerra Fría (1963)*, Barcelona, Alborán Bellatera, 2012, p. 22.

³¹⁸ Sin embargo, fue una independencia por etapas, España aceptó el 7 de abril de 1956 la independencia de su zona norte del Protectorado. En cuanto al sur, el reino alauí hubo de esperar hasta 1958, y hasta 1969 respecto a Sidi Ifni. Finalmente, Marruecos ocuparía el Sáhara Occidental en 1975.

³¹⁹ TORRES GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 317, p. 23; La idea del «Gran Marruecos» surgió de un mapa diseñado por Abdelkebir al-Fassi perteneciente al partido político Istiqlal -independencia- e incluía Ifni, Tarfaya, Sáhara español, Ceuta, Melilla, Peñones -bajo soberanía española-, Mauritania, Tuat, Tinduf -bajo soberanía francesa- y Mali.

³²⁰ REYNER, A. S., «Morocco's international boundaries: a factual background», *The Journal of Modern African Studies*, Vol. 1, 1963, núm. 3, Septiembre, pp. 313-326.

³²¹ REYNER, A. S., *op. cit.*, nota 320, p. 26.

³²² Véase LAURENT, E., *Hassan II: la mémoire d'un Roi. Entretiens avec Eric Laurent*, París, Librairie Plon, 1993.

no Ferhat Abbas en 1961³²³, donde ambas partes reconocían la existencia de una disputa y se comprometían a someterla a negociación.³²⁴

En el momento que Argelia se independizó, la cuestión no se resolvió como esperaban desde Rabat, sino todo lo contrario. Argel exigía ciertas aclaraciones por la postura de Marruecos durante la guerra como el secuestro del avión con sus líderes, el trato a los refugiados o el estacionamiento de tropas francesas. Por otra parte, se produjeron incidentes graves, entre ellos la anexión de Tinduf por los argelinos, que se había mantenido tradicionalmente bajo el control marroquí.

Con este panorama de tensión no tan latente, en octubre 1963, estalló la Guerra de las Arenas³²⁵, tras la elección de Ben Bella como presidente argelino y de la firma de la Carta de Addis Abeba³²⁶, por parte de Marruecos, que simbolizaba su adhesión a la Organización de Unidad Africana —OUA—, con lo cual accedía a respetar sus principios. Hay que resaltar que dicha contienda, que no fue oficialmente declarada por ninguna de las partes, se trató de un episodio más en el desarrollo del conflicto argelino-marroquí³²⁷. Los días previos, concretamente, el 5 de octubre, y ante la escalada de la tensión, los ministros de Asuntos Exteriores de ambos países se reunieron, empero, sus posiciones eran diametralmente opuestas, ya que el ministro marroquí Guedira deseaba abordar el asunto fronterizo, y su contraparte argelina Buteflika, no quería acometerlo. De manera que únicamente acordaron no llevar a cabo acciones que agravasen la situación.

Mientras los contactos diplomáticos se intensificaban, y se ha de recalcar que en ningún momento estos cesaron, ambos ejércitos se desplegaron en la frontera. De un lado, un obsoleto ejército argelino, que incluso contaba con tanques regalados previamente por Hassan II, y de otro lado, el ejército marroquí ciertamente superior y preparado para afrontar el desafío. Ahora bien, la acción que desencadenó el inicio de la Guerra de las Arenas fue la ocupación argelina de Hassi Beida y de Tinyub, el día 8 de octubre. A raíz de dicha acción, Hassan II, sin abandonar los cauces diplomáticos, optó por recuperar los dos puntos por

³²³ Dicho acuerdo permaneció en secreto hasta el estallido de la Guerra de las Arenas en 1963.

³²⁴ TORRES GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 317, p. 37.

³²⁵ No obstante, desde agosto se venían produciendo expulsiones de población a iniciativa de ambas autoridades, y en septiembre los argelinos impulsaron algunas incursiones en territorio marroquí, que no fueron formalmente denunciadas, pero sí abordadas por el Gobierno. Finalmente, Ben Bella acusó a Hassan II de apoyar a los rebeldes de la insurrección en la Cabilia, a lo cual el monarca contestó que los hechos se apreciaban como un complot del presidente argelino para derrocar la monarquía alauita.

³²⁶ Carta de la Organización de Unidad Africana, firmada en Addis Abeba el 25 de mayo de 1963, y su correspondiente entrada en vigor el 13 de septiembre de 1963. El art. 2 que establecía los objetivos de la organización resaltó la defensa de la soberanía, de la integridad territorial y su independencia. Disponible en http://www.au.int/en/sites/default/files/OAU_Charter_1963_0.pdf.

³²⁷ Para más información sobre la Guerra de las Arenas, véase TORRES GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 325, p. 107 y ss. Del mismo autor véase igualmente, «La frontera terrestre argelino-marroquí: de herencia colonial a instrumento de presión», *Historia Actual Online*, 2013, núm. 31, primavera, pp. 7-19.

vías no pacíficas al día siguiente, y asimismo, continuar hasta Tinduf, produciéndose un cruce de acusaciones sobre el carácter de la intervención, en particular si se trataba o no de una recuperación o de una invasión. El 14 de octubre, Rabat anunció que Hassi Beida y Tinyub se hallaban bajo su control jurisdiccional, a lo cual Argel reaccionó acusando a Marruecos ante la OUA y abriendo un nuevo frente en Ich al norte de Figuig.

Dicha coyuntura que era de naturaleza intramaghrebí, se internacionalizó por ambas parte, ya que Argelia solicitó ayuda al bloque comunista, entre ellos Cuba o Egipto, y Marruecos a Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos, y España, principalmente. La ofensiva no solamente fue armada, sino igualmente propagandística. Sin embargo, la comunidad internacional decidió que se había de resolver la situación mediante los cauces de la mediación, para lo cual se aprovechó la cumbre de Jefes Estado en Bamako donde se adoptó un alto al fuego el 30 de octubre, violado al día siguiente por Argel y Rabat. Finalmente, el cese total de hostilidades se produjo el 4 de noviembre de 1963.

El siguiente episodio del conflicto, que siempre se asume como la tradicional clave de la disputa, surgió a partir de 1975, tras la retirada de España del Sáhara Occidental y de la consiguiente ocupación marroquí. En consecuencia, Argelia escenificó su apoyo a la causa saharauí³²⁸, favoreciendo al Frente Polisario durante la guerra y reconociendo la República Árabe Saharaui (RASD). Si bien, este evento es el más destacado, a lo largo de los años no han cesado los sucesos de carácter aislado en la frontera. De modo que ambos gobiernos utilizaron sus complejas relaciones para iniciar una carrera armamentística.

No obstante, se hubo de esperar a agosto de 1994, tras el atentado terrorista perpetrado por el Grupo Islámico Combatiente³²⁹ en el hotel Atlas Asni de Marrakech donde murieron dos españoles, para que la tensión acarrearra nuevas consecuencias políticas. Rabat determinó que los terroristas entraron a través de la frontera argelina. Así pues, la única alternativa, según el criterio marroquí, para evitar que ésta fuese un coladero fue la imposición de visado de entrada a los ciudadanos argelinos³³⁰. Por consiguiente, la respuesta inmediata de Argel fue el cierre de la frontera terrestre desde aquel momento hasta nuestros días, incluso

³²⁸ Sobre la cuestión del Sáhara Occidental véanse: VV.AA., «Marruecos perfil de un país», *Anuario Internacional CIDOB 2001*, Barcelona, CIDOB, 2012, pp. 496-502; MAGHRAOUI, A., «Marruecos, La Haya y el problema del Sáhara», *Política Exterior*, vol. 16, 2002, núm. 88, pp. 131-142; MARQUINA BARRIO, A., «El conflicto del Sáhara y la cooperación global del Gobierno español con Argelia y Marruecos», *Revista de Estudios Internacionales*, 1983, núm. 4, Octubre/Diciembre, pp. 755-773.

³²⁹ ECHEVERRÍA JESÚS, C., «Las redes del terrorismo islamista en el Magreb», Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior. Disponible en <http://www.uned.es/investigacion/publicaciones/Cuadernillo%20AL%20QUAEDA2.pdf>.

³³⁰ Noticia recogida en la prensa: «El atentado de Marraquech provoca el cierre de las fronteras entre Marruecos y Argelia», *ABC*, 28 de agosto de 1994. Disponible en <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1994/08/28/029.html> y «Algeria and Morocco: Open that border», *The Economist*, 27 de mayo de 2010. Disponible en <http://www.economist.com/node/16219845>

cuando el monarca Mohammed VI suprimió la obligación de visados en 2004, -lo que se interpretó como un gesto de acercamiento marroquí-, no se produjo la deseada reciprocidad por parte del presidente Buteflika.

2. LAS DIVERSAS INICIATIVAS DE MEDIACIÓN

Una vez expuestos los sucesos más significativos del conflicto entre Rabat y Argel, se ha de examinar las distintas iniciativas de mediación³³¹. El inicio de la Guerra de las Arenas trajo consigo una carrera diplomática para acercar a las partes a la mesa de negociación. Tanto la Liga Árabe como Túnez, y el emperador de Etiopía, Haile Selassie, iniciaron sus labores como mediadores.

En cambio, los países occidentales secundaron y avalaron los intentos de mediación existentes pero sin tomar parte activa en los mismos: Estados Unidos no intervino, sino que incluso su primera dama Jacqueline Kennedy se trasladó a Marrakech a pasar unos días de asueto durante la contienda. Francia, debido a sus intereses en la zona, mantuvo su neutralidad respaldando, no obstante, el uso de la mediación. En el caso de España, aunque de cierta manera se mostraba favorable a la posición marroquí, hizo un llamamiento a la mediación, ofreciendo Palma de Mallorca como lugar neutral. La situación más llamativa se presentó con la labor del Secretario General de Naciones Unidas, U-Thant, que decidió mantenerse informado de la situación, pero sin intervenir al existir iniciativas regionales, tanto árabes como africanas.

Entre las iniciativas árabes, se hallaba, en primer lugar, la procedente de la Liga Árabe, la cual convocó una reunión de emergencia y planteó una serie de propuestas de la mano del presidente egipcio, Nasser. Estas versaron sobre un alto al fuego y la retirada a posiciones anteriores al estallido del conflicto, así como la creación de una comisión de mediación. Tras sendas reuniones, el gobierno marroquí declaró la inviabilidad de dicha mediación porque consideraba que el posicionamiento de Nasser no infundía imparcialidad. Además, durante los hechos, el *rais* había apoyado abiertamente a Ben Bella y había arremetido contra Hassan II. La falta de objetividad ocasionó el fracaso de esta primera iniciativa.

Por su parte, el presidente de Túnez, Burguiba, propuso a las partes invitarles a una conferencia de ministros de Asuntos Exteriores, que daría lugar *a posteriori* a una Cumbre de Jefes de Estado a finales de año. En este caso quien decidió rechazar la invitación y la labor de mediación fue Ben Bella aduciendo que Túnez no podía ejercer ese rol, ya que el propio país se hallaba inmerso en un conflicto similar con Argelia sobre límites fronterizos. Por lo tanto, alegó que Túnez también ostentaba intereses sobre la cuestión.

³³¹ Para el análisis de las diversas iniciativas de mediación se ha recurrido a TORRES GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 317.

Por otro lado, la iniciativa africana encarnada por el emperador etíope Haile Selassie, en el marco de la OUA fue aceptada por Rabat y Argel, y a tal efecto se celebró una cumbre de Jefes de Estado en Bamako, el 29 de octubre de 1963. A la cumbre acudieron su promotor, los implicados directamente, y el Presidente del país de acogida, Modibo Keita.

El ambiente de la mediación se tornó enrarecido desde el primer momento, debido a que las partes mostraron su indisposición a la negociación hasta el 30 de octubre, cuando Ben Bella aceptó la existencia de un problema fronterizo, el cual había de ser examinado. Ese hecho constituyó un punto de inflexión al producirse un acercamiento y la proclamación de un alto al fuego a partir de las 0.00 horas del 2 de noviembre. Por otra parte, se establecería una comisión que se encargaría de realizar un estudio relativo a los límites que ambas tropas deberían retirarse. Igualmente, se convocaría una reunión de ministros de Asuntos Exteriores de la OUA con el fin de instaurar una Comisión de Arbitraje para depurar las responsabilidades ante el estallido del conflicto, así como para proponer soluciones al problema fronterizo. Finalmente, se incorporó el compromiso de no injerencia en asuntos internos y de acudir a cauces pacíficos para la resolución de sus diferencias.

El resultado, que se acogió como un éxito, se truncó a las pocas horas por un ataque argelino a Figuig y su consiguiente respuesta desde Marruecos. Por ende, se hubo de esperar hasta el 4 de noviembre para que los mediadores malíes lograsen el respeto bilateral del alto al fuego. Aunque en los siguientes meses no cesaron las acciones de la OUA, la más efectiva fue la reunión de ministros de Asuntos Exteriores, que constituyó la Comisión *ad hoc* «mediación, conciliación y arbitraje» prevista en el Acuerdo de Bamako. A pesar de los esfuerzos de dicha Comisión, no se alcanzó ninguna solución, pero al menos se erigió como vehículo para canalizar el diálogo. Otra de las iniciativas como fue la de la Liga Árabe, que recibió el rechazo frontal de Marruecos, no se diluyó sino todo lo contrario, pues en enero de 1964 se llevó a cabo una reunión de Jefes de Estado con el objetivo primordial de normalizar las relaciones entre las partes implicadas.

A la hora de explicar la última iniciativa de mediación en los años ochenta de la mano del rey Fahd de Arabia Saudí, hemos de referirnos a los acontecimientos de 1972, cuando en julio de ese año se firmó la Convención de Rabat. En ella las partes aceptaban la inviolabilidad de las fronteras coloniales y la primacía de la frontera administrativa francesa denominada línea operacional. Aunque el acuerdo fue ratificado por Argelia en 1973, éste no entró en vigor hasta 1989. La causa principal para concluir dicho acuerdo se hallaba en la cuestión del Sáhara Occidental, en la que Marruecos pretendió hacer frente común con Argelia y Mauritania ante España, para lo cual tenía que ceder en sus peticiones territoriales respecto a Argel. Su planteamiento aludía a solicitar la gestión conjunta de los recursos del Sáhara,

sin embargo, Argelia optó por otro camino. La existencia y la entrada en vigor del acuerdo no significaron por lo tanto la demarcación del territorio.

De ahí que la labor del rey Fahd se centrara en conseguir la apertura de fronteras, para lo cual, el 26 de febrero de 1986 se reunieron Hassan II y Benyedid, comprometiéndose a abrir las fronteras a partir de junio del siguiente año. Los esfuerzos saudíes fueron baldíos, lo que motivó que el monarca volviera a mediar en 1987 para que las partes no cerrasen las vías de comunicación y poder lograr de esa forma una solución pacífica al conflicto.

La última etapa se inicia con la entronización del monarca alauí Mohammed VI en 1999, quien ha aspirado a normalizar las relaciones bilaterales. En cierta medida su gesto más significativo ha sido la retirada de la obligación de visado para ciudadanos argelinos en 2004, como ya ha quedado dicho. Sin lugar a dudas, Mohammed VI esperaba que su acción fuera recíproca, pero las autoridades argelinas han continuado su tradicional línea de actuación. Los esfuerzos de Rabat se han unido a los constantes rumores sobre la apertura de frontera incluso durante los acontecimientos que dieron lugar a la Primavera Árabe en ambos países³³².

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: LECCIONES PARA LA «INICIATIVA PARA LA MEDIACIÓN EN EL MEDITERRÁNEO»

La propuesta hispano-marroquí de impulsar la mediación como sistema para la resolución de conflictos en la región mediterránea, conocida como «*Iniciativa para la mediación en el Mediterráneo*», podría constituir una herramienta útil a la hora de propiciar que el conflicto entre Rabat y Argel entrara en una nueva fase.

Ambas partes comparten retos comunes como el terrorismo islamista, el insuficiente desarrollo socioeconómico, y además fueron los únicos países que cerraron su Primavera Árabe tras la celebración de elecciones y de la redacción de una nueva Constitución³³³ en Marruecos y el lanzamiento de un proceso de reforma constitucional en Argelia³³⁴. Todos estos elementos son fundamentales y se han de tener en cuenta para afirmar que el coste de la falta de negociación para delimitar las fronteras es mayor del deseado. Por otra parte, la doctrina siempre se ha referido al fracaso de la integración magrebí, en particular de la UMA, como una de las consecuencias más importantes del desencuentro argelino-marroquí.

³³² TORRES GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 327, p. 14.

³³³ *Constitución marroquí 2011* (Dahir núm. 1-11-91 du 27 chaanbane, 1432 -29 de julio de 2011- portant promulgation du texte de la Constitution), p. 1902-1928. Disponible en http://www.maroc.ma/fr/system/files/documents_page/BO_5964BIS_Fr.pdf.

³³⁴ Propuesta de reforma constitucional en Argelia. Disponible en <http://www.el-mouradia.dz/francais/infos/actualite/archives/Consulatations/Propositions.html>.

Atendiendo a la experiencia y ofreciendo la *Iniciativa* como marco para convocar una futura mediación entre Rabat y Argel se han de analizar detenidamente las causas que han provocado hasta el momento presente el fracaso de dicha vía.

En primer lugar, las partes tienen que comprometerse incondicionalmente a someter su disputa a mediación. Esta cuestión aunque pueda parecer obvia, se ha de remarcar, pues la falta de predisposición ha constituido la causa principal de los fracasos hasta el momento presente. Sin lugar a dudas, los países que tengan cierta influencia sobre las partes deberían presionarles para que adoptasen una postura favorable hacia la mediación, como fue el caso de la ex Secretaria de Estado norteamericana, Condolezza Rice, la cual en varias giras por el Magreb instó a Marruecos y Argelia a volver a la mesa de negociaciones. Además y en este proceso previo de acercamiento, son también importantes los gestos, como la felicitación de Mohammed VI a Buteflika tras las últimas elecciones presidenciales en Argelia en abril de 2014.

Asimismo, se deberá distinguir entre los promotores de la *Iniciativa*, es decir España y Marruecos, de los mediadores *de facto*. En otras palabras, las partes habrán de aceptar a los mediadores, los cuales deben ser totalmente imparciales a los ojos de aquéllas. De ahí el fracaso de la mediación de Túnez o de la Liga Árabe como hemos comentado anteriormente. Una vez que la objetividad de los mediadores se halla garantizada, el lugar de celebración de la mediación también es primordial. La necesidad de un emplazamiento que las partes consideren como neutral resulta igualmente fundamental. En el caso que nos ocupa se podría llevar a cabo bajo los auspicios de un país árabe o alguna organización internacional como Naciones Unidas o regional, particularmente la Liga Árabe.

Ulteriormente, las propuestas que expongan los mediadores deben ser percibidas por las partes como adecuadas, además de oportunas y concretas, conteniendo asimismo una propuesta de solución del conflicto. A tal efecto, conviene recordar que la mediación del rey Fahd consistió en concretar un calendario para la apertura de las fronteras.

Finalmente y a pesar de la dificultad que origina un conflicto tan complejo como el argelino-marroquí, la mediación podría configurar el comienzo de una nueva etapa hacia su resolución definitiva. Sin lugar a dudas, la existencia de la *Iniciativa* supone, con todas las cautelas, el inicio de una posición favorable en la región mediterránea hacia el arreglo pacífico de las controversias existentes.

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es examinar el conflicto argelino-marroquí para analizar las diversas iniciativas de mediación ya desarrolladas, y a partir de

ese punto explorar la posibilidad de intentarlo de nuevo en el futuro. El fracaso de las varias propuestas de mediación a lo largo de la historia de la controversia no debe significar el abandono de dicho cauce, de forma que la nueva «*Iniciativa para la mediación en el Mediterráneo*» podría convertirse en un nuevo resorte para las partes útil y al mismo tiempo eficaz para la resolución pacífica de dicho conflicto.

LA CONTROVERSIA DE GIBRALTAR: FRONTERAS, CONTROLES EN LA VERJA, MARCOS DE DIÁLOGO Y UNIÓN EUROPEA

Alejandro del Valle Gálvez

Catedrático de Derecho Internacional Público
(Universidad de Cádiz)*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CRISIS DE 2013-2014.—3. LA NUEVA CONTROVERSIA DE LOS CONTROLES EN LA VERJA, Y LA INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.—4. LA INVOLUCRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA NEGOCIACIÓN DE ASPECTOS DE LA CONTROVERSIA.—5. CONCLUSIONES.

PALABRAS CLAVE: Gibraltar, Descolonización, Naciones Unidas, Reino Unido, Unión Europea, Soberanía, Reclamación territorial, Crisis bilateral, Control de fronteras, Schengen, Fronteras exteriores de la UE, Aduanas, Organizaciones Internacionales, Negociación, Mediación, cooperación transfronteriza.

1. INTRODUCCIÓN

La controversia hispano-británica sobre Gibraltar conoció en 2013 una aguda crisis, aún no resuelta, tras la creación unilateral de un arrecife artificial por las autoridades gibraltareñas en las aguas tradicionales de pesca española. Más allá de las cuestiones de pesca y medioambiente, la controversia sobre las aguas que rodean el Peñón confiere un añadido de conflictividad en la reclamación

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación de I+D "Cuestiones territoriales y Cooperación transfronteriza en el Área del Estrecho". DER 2012-34577 (subprograma JURI) del Plan Nacional de I+D+i 2013-2015, financiado por el Ministerio de Economía Competitividad y los Fondos FEDER de la UE. .

de soberanía, en una situación general de bloqueo en los cauces negociadores hispano-británicos.

Esta crisis abierta desde julio y agosto de 2013 con Gibraltar y el Reino Unido motivó una serie de medidas de reacción. El refuerzo de los controles en la Verja ha sido considerado como la más incisiva de estas medidas.

En este contexto, se ha reclamado la intervención de la Unión Europea, tanto para verificar que las medidas españolas en el paso fronterizo se acomodan al Derecho UE, como para integrar los grupos de trabajo *ad hoc* que se está discutiendo crear para estructurar la negociación de las cuestiones de cooperación transfronteriza.

2. LA CRISIS DE 2013 -2014

En Julio y Agosto de 2013 se originó una aguda crisis con Gibraltar y el Reino Unido. La creación de un arrecife artificial en aguas en torno al Peñón, mediante el lanzamiento de 70 bloques de hormigón, fue considerado por España una inaceptable medida unilateral de Gibraltar, por lo que anunció una batería de medidas respecto a Gibraltar.

Sin duda, influyó la crisis pesquera que se había originado con la llegada al poder del Ministro Principal F. Picardo, en el contexto de bloqueo negociador existente tras constituirse en 2010-2011 los nuevos Gobiernos en Reino Unido, España y Gibraltar, y el nuevo planteamiento español de dar por terminado el marco de Foro tripartito, en búsqueda de fórmulas cuatripartitas, que el Reino Unido había comprometido en abril de 2012 a conformar mediante grupos *ad hoc*³³⁵. Probablemente, además, el específico y estratégico lugar elegido para la creación del arrecife artificial -en las aguas del istmo considerado no cedido por España, fuera de la zona cubierta por el Lugar de Interés Comunitario (LIC) español, y concreto lugar de faena de los pesqueros españoles- alarmó al Gobierno español por la irreversibilidad de la medida³³⁶.

Las medidas que se anunciaron³³⁷ consistieron en denuncias medioambientales (ante la Fiscalía de Medio Ambiente y la Comisión Europea, por los vertidos de hormigón); medidas fiscales (Plan contra el fraude fiscal, y en concreto

³³⁵ Entre otros, Comunicado 144 del MAEC, del 7 de agosto de 2013; Foreign and Commonwealth Office Press Release, del 7 de agosto de 2013, donde hacía referencia a «*the need for dialogue, in the context of the Foreign Secretary's proposals from April last year to explore ad hoc dialogue involving the Government of Gibraltar*».

³³⁶ La reacción de España la explicó el Ministro García-Margallo en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*- Comisiones, año 2013, X Legislatura, núm. 392. Comisión de Asuntos Exteriores, sesión núm. 17, celebrada el martes 3 de septiembre de 2013, Comparecencia del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación para informar sobre los últimos acontecimientos en relación con Gibraltar.

³³⁷ Véase nuestro análisis DEL VALLE, A., «La crisis de Gibraltar y las medidas, opciones y estrategias de España», *Análisis del Real Instituto Elcano*, 2013, núm. 32, 19 de agosto.

iniciar inspección fiscal a 6.700 gibraltareños residentes en España); medidas para impedir la continuación de rellenos en el lado este de Gibraltar (bloquear la entrada a Gibraltar de hormigón y otros materiales de construcción); acciones contra las prácticas de ‘bunkering’ (medidas contra estas prácticas en las aguas en torno al Peñón, que en su mayor parte son Zona Especial de Conservación (ZEC) española, tras el Real Decreto 1620/2012 de 30 de noviembre, que declaró una ZEC en el Lugar de Importancia Comunitaria «Estrecho Oriental»³³⁸); medidas respecto a las actividades de apuestas y casinos *on line* (modificar la Ley del Juego para que las empresas de juego por Internet de Gibraltar utilicen servidores españoles); también medidas de ayuda a los pescadores impedidos de faenar por la creación del arrecife artificial (Orden del Ministerio de Agricultura para ayudas a la flota pesquera de Algeciras y La Línea³³⁹). Se anunciaron además medidas contra el uso del aeropuerto: anular algunos acuerdos adoptados en el marco del Foro tripartito, en particular en la Declaración de Córdoba relativa al tráfico aéreo, cerrando el espacio aéreo y restringiendo parte de los vuelos a Gibraltar.

Sin embargo, las medidas más impactantes y conflictivas fueron las relativas al cruce de la Verja: refuerzo de inspecciones, y anuncio de una tasa de 50 Euros por cada cruce, cuya recaudación ayudaría a los pescadores damnificados por la destrucción de los caladeros.

Desde luego, aunque no todas estas medidas se han adoptado finalmente, muchas han sido y serán las consecuencias de esta crisis. Destacaremos aquí el haber alumbrado un nuevo foco de tensión, de larga duración y muy conflictivo, en torno a los controles en el paso fronterizo de la Verja, pues la atención sobre las medidas españolas en la crisis se ha concentrado especialmente en estos controles.

3. LA NUEVA CONTROVERSIA DE LOS CONTROLES EN LA VERJA, Y LA INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Las medidas de refuerzo del control en la Verja han llevado a protestas británicas y gibraltareñas. Coincidiendo con la crisis por la creación del arrecife artificial en Julio de 2013, se constató un súbito aumento del tiempo de espera para vehículos, y luego también para el paso de peatones. Mientras Gibraltar de-

³³⁸ Real Decreto 1620/2012, de 30 de noviembre, por el que se declara Zona Especial de Conservación el Lugar de Importancia Comunitaria ES6120032 Estrecho Oriental de la región biogeográfica mediterránea de la Red Natura 2000 y se aprueban sus correspondientes medidas de conservación. *BOE*, núm. 289, de 1 de diciembre de 2012, pp. 83208-83256.

³³⁹ Orden AAA/1805/2013, de 4 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de ayudas compensatorias a determinada flota pesquera que faena en aguas adyacentes al Peñón de Gibraltar. *BOE*, núm. 239, de 5 de octubre de 2013, pp. 81884-81893.

nunciaba el comportamiento español como claramente político —obteniendo el apoyo británico al máximo nivel, con llamadas directas del Presidente Cameron al Presidente Rajoy³⁴⁰—, España defendía estas medidas como necesarias en una frontera exterior europea, especialmente para combatir el aumento del contrabando de tabaco desde Gibraltar a España.

Las medidas de refuerzo fronterizo han motivado un auténtico problema cotidiano para Gibraltar y el Campo de Gibraltar. Sin embargo, estas medidas de controles e inspecciones en el paso de La Línea tienen una presunción favorable a su legalidad, al ser la Verja funcionalmente una frontera exterior con un territorio fuera de la Unión aduanera y del espacio Schengen, y justificar España su necesidad para controlar el contrabando, el blanqueo de dinero y los tráfico ilícitos. Hay que subrayar que aunque no es una frontera reconocida por España, sí es un paso fronterizo donde se ejerce el control de personas y mercancías dadas sus características de frontera exterior terrestre europea del espacio Schengen, del que está fuera el Reino Unido, no perteneciendo además Gibraltar al territorio aduanero. Por tanto, existe una presunción de legalidad a favor de España de estos controles al realizarse conforme al Código de Fronteras Schengen³⁴¹, ya que España mantiene que se efectúan guiándose por los principios de aleatoriedad, proporcionalidad y no discriminación.

Por su parte, la medida anunciada por el Ministro de Asuntos Exteriores de crear para el cruce fronterizo de la Verja una tasa de entrada y salida de 50 Euros no se ha puesto en marcha hasta el momento, y cuenta con una fuerte presunción contraria a su legalidad³⁴².

Pero en el tema de los controles de la Verja, la existencia de retenciones en el paso fronterizo provocó dudas sobre su legalidad y una serie de denuncias ante la Comisión Europea. El Reino Unido solicitó la «mediación» de la UE³⁴³, pues lo que estaba en cuestión era la aplicación del Derecho de libre circulación. Por su parte, España presentó igualmente denuncias ante la Comisión Europea por la creación del arrecife, las prácticas de «bunkering» y la ampliación de los rellenos en la cara este del Peñón.

De esta forma, la UE se ha visto involucrada de pleno en la crisis, particularmente en la cuestión del paso fronterizo. En este sentido, la Comisión envió una Comisión de determinación de los hechos en Septiembre 2013, y posteriormente

³⁴⁰ Foreign and Commonwealth Office Press Release «Gibraltar border: Prime Minister's phone call to Spanish PM», 7 de agosto 2013, *op. cit.*, nota 335.

³⁴¹ Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 105, de 13 de abril de 2006, p.1 y ss.

³⁴² Véase DEL VALLE, A., *op. cit.*, nota 337, p. 7.

sus conclusiones y recomendaciones fueron enviadas en Noviembre a España y Reino Unido, adoptándose por lo Estados medidas como consecuencia de las valoraciones y sugerencias de la UE, que aún supervisa la evolución de este concreto conflicto.

Por lo que hace a las denuncias, la Comisión Europea recibió durante 2013, y seguido recibiendo en 2014, reiteradas quejas sobre los excesivos tiempos de espera que provocaban estos controles de personas y mercancías hechas por las autoridades españolas en el cruce fronterizo de La Línea de la Concepción. Como decimos, estos controles tienen una presunción de legalidad en favor de España; sin embargo, su sincronía con la crisis política y el hecho de que los tiempos de espera para vehículos y personas se hayan disparado a partir del verano de 2013 puede restar objetividad a los controles que desde la crisis se efectúan en el paso fronterizo. Por ello ha habido protestas directas del Gobierno británico, y una serie generalizada de denuncias elevadas ante la Comisión Europea en Bruselas. Numerosas quejas ante la Comisión ya se habían dado en años anteriores, pero ninguna de ellas ha desembocado en otras actuaciones de la Comisión, ni en un recurso ante el TJUE.

En esta ocasión, sin embargo, el fuerte cuestionamiento de los controles en la Verja como Frontera Exterior europea llevó a la Comisión Europea a enviar a la zona una comisión de investigación. El 25 de septiembre de 2013, la Comisión Europea envió a una «misión de investigación técnica» (*a technical fact-finding mission*) con expertos para evaluar la situación a ambos lados de la frontera /verja, en La Línea y Gibraltar y obtener más información acerca de las instalaciones y los controles fronterizos y controles aduaneros a ambos lados de la frontera, incluyendo el contrabando³⁴⁴.

Tras esta «visita técnica», los informes de la Comisión sobre la situación de la frontera, de 15 de noviembre de 2013, no encontraron pruebas «para concluir que los controles sobre personas y mercancías, tal como han sido practicados por las autoridades españolas en el paso fronterizo de La Línea de la Concepción, han infringido las disposiciones del Derecho de la Unión en esta materia»³⁴⁵. Sin embargo, la Comisión consideró la gestión del paso fronterizo como «un reto», por los fuertes volúmenes del tráfico en un espacio relativamente reducido y el aumento de la introducción de tabaco de contrabando en España.

³⁴³ «David Cameron pide la mediación urgente de la UE en Gibraltar», *ABC*, 17 de agosto de 2013.

³⁴⁴ European Commission Press Release, MEMO/13/810, de 24 de septiembre de 2013. En la misión participaron expertos de los servicios de Asuntos de Interior, Unión Aduanera, Justicia y la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) de la Comisión Europea.

³⁴⁵ European Commission Press Release, IP/13/1086, de 15 de noviembre de 2013, «Informes de la Comisión sobre la situación fronteriza en La Línea (España) y Gibraltar (UK)».

En cartas separadas³⁴⁶, la Comisión dirigió recomendaciones a ambos Estados, individualizadas a España³⁴⁷, y a Reino Unido³⁴⁸, y se mostró dispuesta a continuar el seguimiento de la situación en el puesto fronterizo, pidiendo a Reino Unido y España información sobre cómo se tenían en cuenta estas recomendaciones, tras un periodo de seis meses.

Tanto Gibraltar como España han tomado o anunciado medidas para acomodarse a estas recomendaciones³⁴⁹. En particular, España pretende aplicar las nuevas medidas que ha lanzado la Comisión Europea sobre «Fronteras inteligentes» (*Smart Borders*³⁵⁰), lo que supondría una completa reorganización y automatización en los puestos de control del paso fronterizo y recinto aduanero de la Línea para 2015, como ha sido desvelado³⁵¹.

4. LA INVOLUCRACION DE LA UNION EUROPEA EN LA NEGOCIACION DE ASPECTOS DE LA CONTROVERSIA

En 2013 y 2014, diversos datos confirman una reducción de la tensión por la crisis: el Gobierno de Gibraltar anunció la modificación de la legislación medioambiental para permitir excepcionalmente la pesca española³⁵²; los inci-

³⁴⁶ El Eurodiputado británico G. Watson publicó en su web la carta a España (disponible en www.grahamwatsonmep.org.uk), y el Servicio de Información del Gobierno de Gibraltar en España hizo pública la carta a Reino Unido, en versión española e inglesa, Aviso AO34 (disponible en www.infogibraltar.com).

³⁴⁷ A España la Comisión recomendó: «1) optimizar el espacio físico disponible en el lado español del puesto fronterizo para garantizar una mayor fluidez del tráfico (y, en particular, revisar la organización del tráfico a la entrada en España y a la salida de España para aumentar el número de carriles de vehículos para viajeros o utilizar mejor las filas existentes); 2) optimizar un modelo basado en los riesgos: realizar controles más selectivos, basados en un depurado análisis del riesgo, para reducir el gran número de controles fronterizos aleatorios y 3) desarrollar el intercambio de información con el Reino Unido sobre el contrabando de tabaco.»

³⁴⁸ A Reino Unido recomendó: «1) desarrollar un modelo basado en los riesgos (en particular, Gibraltar debería garantizar controles no sistemáticos y basados en un análisis del riesgo sobre los viajeros y sus pertenencias a la salida de Gibraltar por el paso fronterizo de La Línea de la Concepción); 2) optimizar la legislación y las salvaguardias con objeto de contribuir a una lucha eficaz contra el contrabando de tabaco y 3) desarrollar el intercambio de información con España sobre el contrabando de tabaco.»

³⁴⁹ Si bien al cumplirse los seis meses de las Cartas a los Estados, el 15 de mayo de 2014, había denuncias cruzadas de incumplimientos, véase la Nota de Prensa núm. 121 del MAECD, de 16 de mayo de 2014, «La lucha contra el contrabando en Gibraltar por autoridades británicas es insuficiente»; y las Declaraciones del Ministro británico para Europa, D. Lidington, en *Gibraltar Chronicle* de 16 de mayo de 2014, y *La Verdad del Campo de Gibraltar*, 16 de mayo de 2014, p. 10.

³⁵⁰ Esta iniciativa de la Comisión supondrá un conjunto normativo importante para facilitar el cruce de las fronteras exteriores europeas. Véanse los documentos de la Comisión: «Fronteras inteligentes: opciones y camino a seguir», COM(2011) 680 final, de 25 de octubre de 2011; ‘Smart Borders’: for an open and secure Europe, European Commission - MEMO/13/141, 28 de febrero de 2013.

³⁵¹ Véase *ABC* de 27 de marzo de 2014, *La Verdad del Campo de Gibraltar* de 6 de mayo de 2014, y *Gibraltar Chronicle* de 7 de mayo de 2014.

³⁵² *El País* de 28 de octubre de 2014.

dentes en las aguas parecen haber disminuido en número³⁵³ (si bien se ha continuado convocando al Embajador en Londres para protestar por las «incursiones» en las aguas³⁵⁴); además se continúa negociando las formulas flexibles de cooperación local *ad hoc*³⁵⁵.

De hecho, existe en la actualidad una fuerte necesidad de encontrar formatos de diálogo entre las partes, a los que se quiere incorporar a la UE en alguna medida. El contexto actual es de ausencia de marcos negociadores y de crisis estructural de las vías institucionales, políticas y jurídicas abiertas para el tratamiento de la cuestión de Gibraltar: ni el marco bilateral se reinicia (por la oposición de Reino Unido a comenzar la negociación con España sin el acuerdo de Gibraltar), ni el trilateral parece operativo (pues España se opone a su configuración a tres). Ante la oposición británica a reconfigurar el Foro como cuatripartito, se buscan nuevos «mecanismos de cooperación local», en expresión de las Resoluciones de la Asamblea General sobre la Cuestión de Gibraltar, de 2012, 2013 y 2014³⁵⁶.

En esta situación, en 2012 los Ministros de Asuntos Exteriores de Reino Unido y España acordaron la creación grupos de trabajo *ad hoc*. De forma que la crisis abierta está vinculada a la búsqueda de nuevos formatos de arreglo de controversias, dada la inoperatividad del Proceso bilateral de Bruselas y del Foro tripartito de Dialogo. En este sentido se prevén mesas de trabajo *ad hoc* cuatripartitas (los dos Estados más Gibraltar y la Junta de Andalucía). En este nuevo mecanismo de cooperación local se ha anunciado la posible participación de la Comisión Europea, al menos en reuniones donde se traten los temas de pesca y medio ambiente³⁵⁷.

5. CONCLUSIONES

En la crisis surgida en Julio y Agosto de 2013 entre Reino Unido, Gibraltar y España, y aún no cerrada, hemos visto cómo la Unión Europea se ha convertido

³⁵³ Aunque persisten, véase por ejemplo el Comunicado núm. 115 del MAECD de 25 de abril de 2014, «Incidente durante operación de lucha contra el contrabando de tabaco».

³⁵⁴ Por cuarta vez desde 2012 se convocó al Embajador español el 2 de abril de 2014, «The FCO summoned the Spanish Ambassador to the UK to underline serious concern at the incursion into British Gibraltar Territorial Waters», *Foreign and Commonwealth Press Release*, 2 de abril de 2014.

³⁵⁵ *Europa Sur* de 5 de marzo de 2014.

³⁵⁶ La Decisión adoptada el 28 de octubre de 2013 por la Comisión Política Especial y Descolonización (Cuarta Comisión) y aprobada el 11 de diciembre de 2013, sin voto, por la Asamblea General mediante Decisión 68/523, véase el Doc. A/C.4/68/L.6, de 21 de octubre de 2013.

³⁵⁷ «España y Reino Unido, dispuestos a que la CE asista por vez primera a reuniones sobre Gibraltar», *Europa Press*, 29 de septiembre de 2013, donde refiere que: «En el último cruce de cartas este mes de septiembre entre los ministros de Exteriores de ambos países, William Hague y José Manuel García-Margallo, ambos se muestran a favor de que la Comisión pudiese participar en reuniones para abordar contenciosos específicos en torno a Gibraltar que tengan que ver con materias en las que Bruselas tiene competencias, como la pesca y el medio ambiente, según fuentes diplomáticas».

en un tercero determinante de la rebaja de tensión y llamado a involucrarse de forma que se evite la escalada.

Por supuesto, la UE no desempeña funciones de mediación en el sentido clásico, ya que estamos ante la activación de los mecanismos de control previstos por la Organización Internacional para el cumplimiento de sus funciones. La UE tiene, en relación con las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, su propio sistema interno de aplicación forzosa de su derecho interno por parte de los Estados miembros, como son las funciones de la Comisión en cuanto órgano de control administrativo; este es el caso de la Misión de investigación para determinación de los hechos enviada por la Comisión Europea como instancia de control³⁵⁸. Recordemos además que, según el art. 344 TFUE, «los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos».

La controversia de Gibraltar se descompone en varias controversias y su marco jurídico es el Tratado de Utrecht y la doctrina de descolonización de Naciones Unidas. También es particularmente relevante la UE y el Derecho europeo, pues el especial estatuto de Gibraltar en la UE determina que esta Organización Internacional sea la instancia superior aceptada por las partes y por Gibraltar para establecer la normativa aplicable en el día a día de las relaciones entre Gibraltar y su entorno.

Precisamente en esta crisis se ha visto cómo muchos de los temas están directamente relacionados con la aplicación del Derecho de la Unión: medioambiente, fronteras exteriores y espacio Schengen, libre circulación de ciudadanos y trabajadores, entre otros. Pero singularmente el problema del cruce de personas en la Verja ha motivado una intensa participación de la UE, que ha verificado la legalidad de las actuaciones españolas y propuesto una serie de medidas, reservándose el seguimiento de la situación y el control del cumplimiento de las medidas nuevamente al cabo de seis meses³⁵⁹.

Desde luego, es lógica la intervención de la UE, como entidad suprema aceptada por las partes³⁶⁰; si bien hay un aspecto político en la intervención de la UE

³⁵⁸ Véase GARZÓN CLARIANA, G., en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 17ª ed., Tecnos, 2009, p. 1033.

³⁵⁹ «La Comisión seguirá supervisando la situación en el puesto fronterizo de La Línea de la Concepción y ha solicitado recibir, dentro de seis meses, información de ambas autoridades sobre cómo se han tenido en consideración las recomendaciones. La Comisión se reserva el derecho a reconsiderar su posición, si la situación cambiara o evolucionara, así como a realizar otra visita al paso fronterizo de La Línea de la Concepción, si fuera oportuno en el futuro», European Commission Press Release, IP/13/1086, de 15 de noviembre de 2013, *op. cit.*, nota 345.

³⁶⁰ El acuerdo de España al envío de una misión de determinación de los hechos a Gibraltar parece deducirse de la conversación telefónica entre El presidente Barroso y el Presidente de Gobierno de España, *Press Release Memo/13/750*, de 19 de agosto de 2013.

en la controversia, pues ha sido expresamente solicitada su intervención por las partes —según algunos medios ofreciéndose como «mediador técnico» en el conflicto³⁶¹—, para cumplir una función de tercero objetivo al que se llama e involucra, y que propone medidas para que la crisis no se agrave.

Igualmente llama la atención la solicitud para que la Comisión Europea pueda participar en los formatos de diálogo que se están discutiendo, en los grupos de trabajo de formato cuatripartito o flexible, para la negociación y diálogo. Desde luego, su participación se fundamenta por razón de las materias (pesca o medioambiente) donde la UE tiene competencias, aunque hay un aspecto de intervención de un tercero objetivo en los marcos de negociación que hay que resaltar. En fin, no olvidemos que existen otros aspectos de la específica crisis de 2013 que siguen en paralelo siendo estudiados por la Comisión, conforme a sus procedimientos³⁶².

La fuerte carga política de esta controversia podía haber hecho a los Estados no querer involucrar a terceros hasta llegar a un acuerdo. De hecho, lo tradicional en la controversia gibraltareña es que la UE espere a que exista un acuerdo entre los Estados y luego lo apoye; es por ello una excepción su involucración en el fragor de lo más agrio de una crisis. Y tanto en el caso de los controles como en la posible integración en los grupos *ad hoc* de trabajo, demuestra la utilidad de las Organizaciones Internacionales y sus herramientas jurídicas e institucionales para controlar una situación de crisis diplomática y política muy grave; en este caso, con consecuencias directas cotidianas sobre ciudadanos europeos uno y otro lado de la Verja. De forma que constituye un ejemplo esta intervención o mediación (en sentido amplio) de la UE para la resolución de conflictos, pues sus propuestas han ayudado a reconducir una aguda crisis, ofreciendo un cauce de salida al conflicto concreto de los controles en la frontera exterior de la Verja, en el contexto de las inacabables controversias en torno a Gibraltar.

RESUMEN

La controversia hispano-británica sobre Gibraltar conoció en 2013 una aguda crisis, aún no resuelta, tras la creación unilateral de un arrecife artificial por las autoridades gibraltareñas en las aguas tradicionales de pesca española. Más allá de las cuestiones de pesca y medioambiente, la controversia sobre las aguas que rodean el Peñón confiere un añadido de conflictividad en la reclamación de

³⁶¹ «Europa pretende ser «mediador técnico» en el conflicto de Gibraltar», *El Economista*, 7 de agosto de 2013.

³⁶² «La Comisión está evaluando en paralelo las denuncias presentadas por España relativas al depósito de bloques de hormigón, las actividades de repostaje en la bahía de Algeciras y el reenarenado en el marco del proyecto Eastside», European Commission Press Release, MEMO/13/810, de 24 de septiembre de 2013, *op. cit.*, nota 344.

soberanía, en una situación general de bloqueo en los cauces negociadores hispano-británicos (Proceso bilateral de Bruselas y del Foro tripartito de Dialogo). Esta crisis abierta con Gibraltar y el Reino Unido motivó una serie de medidas de reacción, y el refuerzo de los controles en la Verja ha sido considerado como la más incisiva. En este contexto, se ha reclamado la intervención de la Unión Europea, tanto para verificar que las medidas españolas en el paso fronterizo se acomodan al Derecho UE, como para integrar los grupos de trabajo *ad hoc* que se está discutiendo crear para estructurar la negociación de las cuestiones de cooperación transfronteriza. En efecto, por una parte, el problema del cruce de personas en la Verja ha motivado una intensa participación de la UE, que ha verificado la legalidad de las medidas españolas y propuesto una serie de medidas, reservándose el control del cumplimiento y el seguimiento de la situación. Por otra parte, desde 2012 España y Reino Unido acordaron la creación grupos de trabajo *ad hoc*, aún no operativos. Las previstas mesas de trabajo *ad hoc* cuatripartitas incluyen a los dos Estados más Gibraltar, la Mancomunidad de Municipios campogibraltaresa y la Junta de Andalucía; pero también en este nuevo mecanismo de cooperación local se ha anunciado la participación de la Comisión Europea, al menos en reuniones donde se traten los temas de pesca y medio ambiente.

En conjunto, la UE no desempeña en esta crisis funciones de mediación en el sentido estricto o clásico, ya que estamos ante la activación de los mecanismos de control previstos por la Organización Internacional para el cumplimiento de sus funciones. Pero lo tradicional en la controversia gibraltareña es que la UE espere a que exista un acuerdo entre los Estados y luego lo apoye, en las materias de su competencia. Por tanto, es excepción su involucración directamente en una crisis bilateral entre Estados miembros, Y tanto en el caso de los controles como en la anunciada integración en los grupos *ad hoc* de trabajo, demuestra la utilidad de las Organizaciones Internacionales y sus herramientas jurídicas e institucionales para controlar y buscar entendimientos en una situación de crisis diplomática y política muy grave. De forma que constituye un ejemplo esta intervención o mediación (en sentido amplio) de la UE para la resolución de conflictos, pues sus propuestas han ayudado a reconducir una aguda crisis, ofreciendo un cauce de salida al conflicto de los controles en la frontera exterior de la Verja, en el contexto de las inacabables controversias en torno a Gibraltar.

TERCERA PARTE

**CUESTIONES ECONÓMICAS, DE SEGURIDAD
Y MEDIOAMBIENTALES**

MODUS VIVENDI DE LA NAVEGACIÓN EN LOS PUERTOS DE MELILLA (ESPAÑA) Y BENI ENZAR (MARRUECOS): LA EXTRAPOLACIÓN DEL PASILLO MARÍTIMO MONEGASCO COMO PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Miguel Ángel Acosta Sánchez
Profesor Contratado Doctor (acreditado PTU)
de Derecho Internacional Público
(Universidad de Cádiz)

SUMARIO: 1. LA DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS EN ESPAÑA: LAS CIUDADES, ISLAS Y PEÑONES ESPAÑOLES EN EL NORTE DE ÁFRICA.—2. EL PUERTO DE MELILLA Y LA NAVEGACIÓN POR SUS AGUAS.—2.1 Los puertos de Melilla y *Beni Enzar*.—2.2 La navegación en el puerto de Melilla.—3. OPCIONES DE SOLUCIÓN: LA POSIBLE APLICACIÓN DEL PASILLO DE NAVEGACIÓN MONEGASCO.—3.1 Aplicación analógica del acuerdo franco-monegasco.—3.2 La aplicación del acuerdo franco-monegasco con criterios correctores.

PALABRAS CLAVE: Delimitación de espacios marítimos, Reclamación de soberanía, Melilla, Puertos, Navegación.

La inexistencia de acuerdo de delimitación de fronteras marítimas entre España y Marruecos encuentra un caso paradigmático en la ciudad autónoma de Melilla, y más concretamente en su puerto. En efecto, partiendo del hecho de la ausencia de fijación de Líneas de Base Recta y el no reconocimiento de la soberanía española sobre las ciudades, islas y peñones en el Norte de África, la práctica seguida en el régimen de navegación en el puerto de Melilla, dada sus características como veremos a continuación, permiten vislumbrar la necesidad de alcanzar acuerdos técnicos, no necesariamente sujetos al Derecho internacional, y que permitan una mayor claridad del régimen existente.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad “Cuestiones territoriales y Cooperación transfronteriza en el Área del Estrecho” DER 2012-34577 (2012-2015).

En la presente nota expondremos la problemática existente sobre la controversia de soberanía de estos territorios entre España y Marruecos, así como su impacto en las fronteras marítimas, para analizar, posteriormente, el régimen de navegación en Melilla y la posibilidad de aplicar la solución alcanzada por Francia y Mónaco al caso español.

1. LA DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS EN ESPAÑA: LAS CIUDADES, ISLAS Y PEÑONES ESPAÑOLES EN EL NORTE DE ÁFRICA

La delimitación de los espacios marítimos en España ha seguido la práctica y legislación internacional, concretamente lo previsto en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, CNUDM), de 1982³⁶³. Así, y respecto al establecimiento de las Líneas de Base, la Ley 93/1962, sobre sanciones a embarcaciones extranjeras en materia de pesca en aguas jurisdiccionales españolas, y la Ley 20/1967, sobre la extensión a doce millas de las aguas jurisdiccionales a efectos de pesca³⁶⁴, incluyen en nuestro Ordenamiento la existencia de una franja de agua delimitada por la línea de bajamar escorada y hasta una anchura de doce millas y en la que España tenía plena soberanía. De esta forma, se identifica la línea de bajamar como el límite a partir de las cuales se miden todos los espacios marítimos internacionales (art. 5 CNUDM), siendo además el límite exterior de las Aguas Interiores (art. 8 CNUDM)³⁶⁵. Igualmente se preveía la posibilidad de establecer Líneas de Base Recta de acuerdo con la normativa internacional existente (art. 7 CNUDM). En desarrollo de la Ley 20/1967, se adoptó el Real Decreto 2510/1977, por el que se ha trazado Líneas de Base Recta - como *lex generalis* y no *specialis* - por todo el litoral costero español³⁶⁶. No obstante, y debido a motivos políticos, existe una serie de zonas que no se encuentran actualmente cerradas

³⁶³ Instrumento de ratificación en *BOE*, núm. 39, de 14 de febrero de 1997. Véase, JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La ratificación por España de la Convención de 1982 sobre el Derecho del mar y el Acuerdo de 1994 sobre la aplicación de la Parte XI: nuevos riesgos de la codificación del Derecho internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 53, 2001, núm. 1, pp. 105-124; RIQUELME CORTADO, R., *España ante la Convención sobre el derecho del Mar. Las Declaraciones formuladas*, Murcia, Universidad de Murcia, 1990; SOBRINO HEREDIA, J. M. (coord.), *Mares y Océanos en un mundo en cambio: Tendencias jurídicas, actores y factores, XXI Jornadas de la AEPDIRI, A Coruña, 22-24 de septiembre de 2005*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007; YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Ámbitos de soberanía en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Una perspectiva española*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993.

³⁶⁴ Ley 93/1962, *BOE*, núm. 301, de 27 de diciembre de 1962; Ley 20/1967, *BOE*, núm. 86, de 11 de abril de 1967. Sobre los antecedentes históricos de las Líneas de Base, véase MESEGUER SÁNCHEZ, J. L., *Los espacios marítimos en el nuevo Derecho del Mar*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 95-96.

³⁶⁵ Así lo ha reconocido el TIJ en el asunto *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, *Arrêt du 18 décembre 1951*, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, en p. 128, y en el asunto *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond, arrêt*, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 40, párrs. 179 y 184. Véase, GUTIÉRREZ CASTILLO, V., «Análisis del sistema de líneas de base español a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (coord.), *op. cit.*, nota 363, p. 171.

por Líneas de Base Recta. Estos serían los casos de la Bahía de Algeciras³⁶⁷ y las Ciudades, Islas y Peñones españoles en el norte de África. En todas estas situaciones, debemos considerar que el límite interior del Mar Territorial, coincidente con el límite exterior de las Aguas Interiores, viene determinado por la Línea de Base Normal o Línea de bajamar escorada (art. 5 CNUDM y art. 2 de la Ley 10/1977³⁶⁸).

Y es que además, no existe un acuerdo de delimitación de fronteras con Marruecos respecto a estas Ciudades, Islas y Peñones, puesto que el Reino alauita no reconoce la soberanía española sobre los mismos. En efecto, por medio del Dahir 1-73-211, de 2 de marzo de 1973³⁶⁹, Marruecos fija los límites de sus aguas territoriales hasta un máximo de doce millas marinas desde sus Líneas de Base Normal y Recta establecidas. Y para ello ha procedido a establecer sus Líneas de Base con pleno desconocimiento de los territorios soberanos españoles, por lo que algunos han quedado encerrados en las Aguas Interiores marroquíes y otros han servido de punto de apoyo para trazar sus Líneas de Base³⁷⁰. Esta situación implicaría a todas luces una violación por parte de Marruecos de las normas de Derecho Internacional

³⁶⁶ Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto, sobre trazado de líneas de base rectas en desarrollo de la Ley 20/1967, *BOE*, núm. 234, de 30 de septiembre de 1977. Véase, GUTIÉRREZ CASTILLO, V., *España y sus fronteras en el mar: estudio de la delimitación de sus espacios marinos*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 122. Igualmente, ATMANE, T., *España y Marruecos frente al Derecho del Mar*, La Coruña, Netbiblo, 2007, pp. 3-12.

³⁶⁷ Sobre la delimitación de la Bahía de Algeciras, derivada de la controversia sobre Gibraltar y sus aguas, véanse GONZÁLEZ GARCÍA, I., «La Bahía de Algeciras y las aguas españolas», en DEL VALLE GÁLVEZ, A. y GONZÁLEZ GARCÍA, I. (eds.), *Gibraltar, 300 años*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 77-93; y GONZÁLEZ GARCÍA, I., «The Anglo-Spanish Dispute over the Waters of Gibraltar and the Tripartite Forum of Dialogue», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2011, núm. 26, pp. 91-117. Igualmente, DEL VALLE GALVEZ, A., GONZÁLEZ GARCÍA, I., VERDÚ BAEZA, J., «Propuestas para un acuerdo práctico sobre las aguas de Gibraltar», en AZNAR GÓMEZ, M. (coord.), *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 407-440.

³⁶⁸ Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre Mar Territorial, *BOE*, núm. 7, de 8 de enero de 1977.

³⁶⁹ Dahir portant loi n° 1-73-211 du 26 moharrem 1393 (2 mars 1973) fixant la limite des eaux territoriales et de la zone de pêche exclusive marocaines, *BORM*, núm. 3149, de 7 de marzo de 1973, desarrollado por Décret n. 2-75-311 du 21 juillet 1975, déterminant les lignes de fermeture de baile sur les côtes marocaine et les coordonnées géographiques de la limite des eaux territoriales et de la zone de pêche exclusive marocaine, *BORM*, núm. 3276, de 13 de agosto de 1975. Sobre la legislación marroquí, véanse AHNISH, F. A., *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean Sea*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 190-193; ATMANE, T., *op. cit.*, nota 366, pp. 57-65; GONZÁLEZ GIMÉNEZ, J., «Las líneas de base en el mar Mediterráneo: ¿discrecionalidad o arbitrariedad en la acción estatal?», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 59, 2007, núm. 1, pp. 83-86; GUTIÉRREZ CASTILLO, V., *op. cit.*, nota 366, pp. 219-222; GUTIÉRREZ CASTILLO, V., *El Magreb y sus fronteras en el mar. Conflictos de delimitación y propuestas de solución*, Barcelona, Huygens, 2009, pp. 87-92; LACLETA, J. M., «Las aguas españolas en la costa africana», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 7, 2003, pp. 4-6.

³⁷⁰ Se han trazado en la costa mediterránea Líneas de Base Recta entre Punta Leona y Punta Santa Catalina; Punta Almina y Cabo Negro; Los Farallones y Roca de Restinga de Tofiño; Roca de Restinga de Tofiño e Isla del Congreso; entre Isla del Rey y la frontera con Argelia, encerrando Ceuta, Melilla y las Chafarinas. Igualmente, se han trazado Líneas de Base Recta en el abra de la Bahía de Alhucemas, encerrando el peñón de Alhucemas; y entre Punta de Pescadores y Cabo Baba, encerrando los peñones de Alhucemas y Vélez de la Gomera. Véase, ATMANE, T., *op. cit.*, nota 366, pp. 58-62.

General codificadas por la Convención de 1982 (art. 7.6 CNUDM)³⁷¹. En efecto, si bien Marruecos no era parte del CNUDM en el momento de la adopción del Dahir de 1973 y del Decreto de 1975, como norma consuetudinaria que es considerado el Derecho del Mar, estaría sujeto al mismo. Si bien no de forma clara y directa, España presentó una Nota Verbal de protesta en febrero de 1976³⁷², por lo que la delimitación no le es oponible. Es más, tras la ratificación de Marruecos del CNUDM, el 11 de junio de 2007, se ha añadido una Declaración, de 23 de mayo de 2008, manteniendo su reclamación de soberanía sobre los territorios españoles³⁷³. Y nuevamente, España ha presentado una Comunicación, el 10 de septiembre de 2008, y relativa a la declaración formulada por Marruecos en el momento de la ratificación³⁷⁴.

2. EL PUERTO DE MELILLA Y LA NAVEGACIÓN POR SUS AGUAS

2.1. Los puertos de Melilla y *Beni Enzar*

Si bien Melilla contaba ya con un puerto en época fenicia, la actual fisonomía es debida a las continuas ampliaciones y mejoras que se han ido realizando desde 1914³⁷⁵. Actualmente el puerto está flanqueado por el dique Nordeste, en la parte oriental, donde se encuentra la parte antigua de Melilla y el faro. Este dique se extiende 650 m al Este, para continuar 430 m al Sur – Sureste disponiendo de cuatro dársenas más una quinta que corresponde al puerto deportivo, así como la nueva estación marítima de 2008; y el dique Sur, que parte al Sur de la playa de la Hípica, a una milla marítima al Sureste de la boca del río de Oro. Entre ambos diques se forma un seno en el que se encuentran las playas de San Lorenzo, de los Cárabos y de la Hípica³⁷⁶.

³⁷¹ Así lo considera el TIJ en el asunto *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, *op. cit.*, nota 365, párr. 167. Véase, GUTIÉRREZ CASTILLO, V., *op. cit.*, nota 365, p. 178; LACLETA, J. M., *op. cit.*, nota 369, p. 3; ORIHUELA CALATAYUD, E., *España y la delimitación de sus espacios marinos*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989, pp. 218-219. Para Marruecos, al considerar que los enclaves españoles en el norte del país son ilegales, no produciría ningún efecto jurídico sobre la aplicación del Derecho del mar en sus costas. Véase ABDALLAH, M., *Les nouvelles règles du droit international de la mer et leur application au Maroc*, LGDJ, París, 1981, p. 21. Para Saïd Ikhrai, la ilegalidad de la presencia española se basaría fundamentalmente en la falta de validez de los sucesivos acuerdos de los siglos XVII y XVIII, así como en una ambigüedad en la interpretación de los textos. Véase IHRAI, S., « Le contentieux maroco-espagnol en matière de délimitation maritime », *Annuaire de Droit de la Mer*, 2002, núm. 7, pp. 333-350.

³⁷² Reproducida en, GONZÁLEZ GIMÉNEZ, J., *op. cit.*, nota 369, p. 86; LACLETA, J. M., *op. cit.*, nota 369, p. 4.

³⁷³ La Declaración reproducida en el Dahir 1-04-134 du 17 jourmada I 1429 (23 mai 2008) portant publication de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, faite à Montego Bay le 10 décembre 1982 et de l'Accord relatif à l'application de la partie XI de ladite convention, fait le 28 juillet 1994, *B.O.R.M.*, núm. 5714, de 5 de marzo de 2009.

³⁷⁴ *BOE*, núm. 274, de 13 de noviembre de 2009.

³⁷⁵ Sobre la historia del puerto de Melilla, BRAVO NIETO, A. y BELLVER GARRIDO, J. A. (ed.), *El Puerto de Melilla. Una obra centenaria con un pasado milenario*, Melilla, Autoridad Portuaria de Melilla, 2009; JIMÉNEZ ABELLÁN, G., *Los Puertos de Melilla y Chafarinas. Manuel Becerra Fernández: Notas para su estudio*, Melilla, Autoridad Portuaria de Melilla/Puertos del Estado, 2003.

De la parte marroquí, la ciudad de Nador disponía, históricamente, de un pequeño puerto construido en 1924 en la laguna de Mar Chica. Las instalaciones



FIGURA 1: Puerto de Melilla. Fuente: www.puertodemelilla.es

comenzaron a construirse a partir 1974-1975, iniciándose la explotación de las infraestructuras actuales a partir de 1978. El puerto se encuentra en la localidad de *Beni Enzar*, a 10 km al norte de la ciudad de Nador. Está limitado a poniente por el dique Sur del puerto melillense, y a levante por el dique Principal o Norte, siendo un largo rompeolas que se inicia en la playa del Quemadero. En el interior del dique se encuentran dos muelles de unos seiscientos metros en dirección Sureste.

El hecho de que la situación de ambos puertos representa una circunstancia especial, es que comparten la misma bocana. En efecto, el puerto de *Beni Enzar* está construido parcialmente sobre lo que serían aguas portuarias de Melilla — Aguas Interiores españolas—, y sin que hasta la fecha conste ninguna protesta o similar por parte de España. Así, el dique Norte del puerto marroquí — mucho mayor en tamaño que el melillense —abriga al dique Sur del puerto español, el cual actúa como una especie de dique de contención del puerto marroquí³⁷⁷. Por

³⁷⁶ INSTITUTO HIDROGRAFICO DE MARINA, *Derrotero de las Costas del Mediterráneo que comprende las Islas Baleares, la Costa Norte de Marruecos y la Costa de Argelia*, Cádiz, Ministerio de Defensa, 2010, (Vol. II, núm. 3), p. 196.

³⁷⁷ GUTIÉRREZ CASTILLO, V., *op. cit.*, nota 365, p. 189.

otra parte, el puerto de *Beni Enzar* representa un duro competidor del puerto de Melilla, además de disponer de instalaciones aptas para buques de gran tamaño, de lo cual carece su homólogo español. Todo ello dota de una gran complejidad la delimitación de las aguas, teniendo en cuenta, además, el no reconocimiento por parte de Marruecos de la soberanía española sobre Melilla.

La configuración actual de ambos puertos quedaría de la siguiente manera:



FIGURA 2: Puertos de Melilla y *Beni Enzar*.

Fuente: www.puertodemelilla.es, a partir de elaboración propia

2.2. La navegación en el puerto de Melilla

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, debemos partir del hecho que actualmente no existe una delimitación consensuada entre España y Marruecos sobre las aguas de ambos puertos. Para entender el régimen existente, debemos hacer obligatoria mención al Convenio bilateral entre ambos países sobre transporte marítimo de 29 de diciembre de 1979³⁷⁸. Cabe destacar que el Tratado no hace referencia expresa a los puertos de Ceuta y Melilla, sino únicamente a los puertos españoles y marroquíes de forma genérica. Así, según el Convenio, el objetivo es organizar los

³⁷⁸ *BOE*, núm. 301, de 16 de diciembre de 1980. El Convenio fue modificado por medio de un Canje de Notas de fechas 30 de diciembre de 1992 y 14 de mayo de 1993, y publicado en *BOE*, núm. 28, de 2 de febrero de 1994.

tráficos en los puertos de ambos países y definir las condiciones de acceso (art. 2); prever la eliminación de los obstáculos al desarrollo de la navegación entre los puertos y asegurar la coordinación del tráfico portuario (art. 3); abstenerse de cualquier servicio portuario en el territorio de la otra parte (art. 6); y conceder a los buques del otro Estado *el trato más favorable posible* en la entrada, estancia y salida de los puertos, y facilitar y acelerar el tráfico marítimo y simplificar las formalidades administrativas aduaneras y sanitarias (arts. 7 y 8). Estos preceptos, dejan claro que tanto las autoridades españolas como las marroquíes deberán disponer de los medios más adecuados para facilitar, en un régimen de reciprocidad, la navegación por sus puertos, con independencia de donde se encuentren, de los buques del otro Estado. Es más, en el caso del binomio puerto de Melilla-Beni Enzar, la aplicación —al menos implícita— de este Convenio se hace más patente, por las circunstancias estructurales existentes. Por otra parte, cabe destacar que en el Convenio, de 1979, no hay referencia alguna a las posiciones contrapuestas en materia de reivindicación de soberanía sobre las Ciudades, Islas y Peñones españoles en el Norte de África, y sí, en cambio, se habla en su preámbulo de un respeto mutuo entre ambos Estados³⁷⁹. En conclusión, este Convenio es clara prueba de la importancia de mantener relaciones amistosas en cualquier circunstancia —por muy especial que sea—, a fin de lograr una mejor gestión de los recursos disponibles, y más allá de cualquier disputa territorial existente. Y ello se pone de manifiesto con la firma en abril de 2011 de un Convenio entre ambos países para definir los procedimientos operativos de intercambio de información en la navegación por el Estrecho de Gibraltar, de acuerdo con el dispositivo de separación de tráfico aprobado por la OMI³⁸⁰.

Por otra parte, no nos consta que desde el momento de la creación del puerto de *Beni Enzar* —en el periodo de finalización de la dictadura—, se haya producido protesta alguna por parte de España, máxime cuando, recordemos, el puerto marroquí está construido sobre aguas portuarias melillenses. Podríamos, entonces, hablar de una aquiescencia por parte de España frente a una situación

³⁷⁹ Debemos presumir que para Marruecos el Convenio de 1979 no sería aplicable *stricto sensu* a Melilla, al no aceptar la soberanía española. Por otra parte, la delimitación de sus Líneas de Base Recta no son oponibles a España, dada, ente otras, la existencia de una protesta diplomática.

³⁸⁰ Véase IMO, *New and Atended Existing Traffic Separation Schemes*, Ref. T2-OSS/2.7.1, COL-REG.2/Circ. 58, de 11 de diciembre de 2006, Annex 4, pp. 17-20; MSC 87/26/Add. 1, Annex 19, Resolution MSC.300 (87) (adopted on 17 May 2010), Adoption of Amendments to the existing Mandatory Ship Reporting System « In the Strait of Gibraltar » (GIBREP); Ministère de l'équipement et des transports, Direction de la Marine Merchande, Centre de Surveillance du Trafic Maritim de Tanger / Sociedad de Salvamento y de Seguridad Marítima, Centro de Coordinación de Tarifa: Tarifa and Tanger Vessel Traffic Services, Operational Procedures, 27 de abril de 2011. Igualmente X Reunión de Alto Nivel entre los Reinos de España y de Marruecos, Rabat, 3 de octubre de 2012, Declaración Conjunta «Un Marco innovador para desarrollar una Asociación Estratégica», apdo. 42; *Europa Sur*, de 26 de enero de 2012. Ver CEPILLO GALVIN, M. A. "El dispositivo de separación del tráfico marítimo en el Estrecho de Gibraltar", en SOBRINO HERREDIA, J. N. (Dir.) *La contribución de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la gobernanza de los mares y océanos*, Ed. Scientifica, Napoli, 2014, pp. 731-745.

de hecho³⁸¹, como es la construcción de un puerto extranjero sobre su territorio sin autorización, y frente al cual las autoridades españolas, por medio del Convenio de 1979 y otras normas de cortesía³⁸², han buscado la mejor gestión portuaria entre ambos países, sin que hasta el momento se hayan producido incidentes de relieve en las aguas portuarias, con la excepción del caso del *Mistral Express*³⁸³. Y además, sin que exista ningún mecanismo de coordinación expresa entre ambos puertos y actuando, en todo momento, en el marco de sus funciones competenciales.

De este modo, tradicionalmente, Marruecos ha respetado la delimitación de la Zona I de las aguas portuarias de Melilla, que comprendería el área encerrada por la prolongación de las rectas de la alineación del dique Sur y del dique Nordeste hasta converger en el punto con coordenadas 35° 17' 1,69" N, 2° 55' 17,87" W (FIGURA 3). A fin de localizar dicho punto, la prolongación del dique Sur tiene en cuenta una boya de color amarillo situada a unos 400 metros del extremo de dicho dique. El tramo entre el dique Sur y la boya amarilla representaría una zona de peligro para la navegación al encontrarse una escollera a pocos metros del nivel del mar³⁸⁴. Con todo, existirían realmente dos bocanas portuarias: la primera de ellas vendría representada por el espacio comprendido por el dique Sur y el dique Nordeste del puerto de Melilla, por lo que estaríamos ante una bocana bajo soberanía española; la segunda sería la compartida entre el dique Nordeste melillense —a estribor y marcada con

³⁸¹ Sobre la aquiescencia en Derecho Internacional, HUESA VINAIXA, R., *El nuevo alcance de la «opinio iuris» en el Derecho Internacional contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 79-82; MAC-GIBBON, I. C., «Scope of acquiescence in International law», *British Yearbook of International Law*, 1954, núm. 30, pp. 143-186; MARQUES ANTUNEZ, N. S. y BRADLEY, R., *Estoppel, acquiescence and recognition in territorial and boundary dispute settlement*, Durham, International Boundaries Research Unit, 2000; REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. y DíEZ HOCHLEITNER, J., *Derecho Internacional. Curso General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 179-183; WAELBROECK, M., «L'acquiescement en droit des gens», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1961, núm. 44, pp. 38-53. Igualmente, STIJ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, párrs. 130 y ss.

³⁸² Sobre la cortesía internacional, PIETROBON, A., «Dalla Comity all'Opinio iuris: note sull'elemento psicologico nella formazione della consuetudine», en VV. AA., *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoles, Ed. Scientifica, 2003 (Vol. 1), pp. 355-374.

³⁸³ El 15 de febrero de 2007, el buque marroquí *Mistral Express*, que se dirigía al puerto de Beni Enzar, quedó encallado en la escollera del dique Sur, al no atender a las señales de peligro para la navegación existentes. Inicialmente Marruecos rechazó cualquier ayuda española, si bien finalmente el salvamento fue gestionado por las autoridades del puerto de Melilla. Véase *Infomelilla.com*, de 16 de febrero de 2007; *Diario Sur*, de 19 de febrero de 2007. Igualmente, Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2007, *BOCG*, Sección Cortes Generales, Serie A, núm. 14, de 16 de junio de 2008, p. 340.

³⁸⁴ Esta zona de peligro no es natural. En efecto, en el momento de construir dicho dique, en la década de los cuarenta del siglo pasado, la finalidad última era alargarlo hasta «abrigar» el dique Norte, de tal forma que para entrar por la bocana la navegación tuviera una dirección Norte-Sur. Sin embargo, una vez construidos unos 200 metros desde el extremo del dique Sur, se comprobó que no era viable a efectos de proteger el puerto de las corrientes marinas. JIMÉNEZ ABELLÁN, G., «La Junta de Obras del puerto. Proyectos y obras públicas», en BRAVO NIETO, A. y BELLVER GARRIDO, J. A. (ed.), *op. cit.*, nota 375, p. 194.

una luz verde— y el extremo del dique Norte del puerto marroquí —a babor y marcada con una luz roja—.

En cuanto a la navegación y a efectos de entrada en los puertos, podemos considerar que existiría una separación de la navegación en la bocana compartida hispano-marroquí (FIGURA 3)³⁸⁵. En efecto, si prolongamos la línea saliente desde el dique Sur, la misma alcanzaría al punto equidistante sobre la recta que unirían los extremos de la bocana, de tal modo que, teniendo en cuenta el peligro en la navegación representado por la boya amarilla anteriormente citada, la bocana quedaría dividida en dos partes: la primera que tendría su extremo en el dique Nordeste melillense, y por donde pasarían los buques con destino al puerto español; y la segunda, desde el dique Norte marroquí y que sería el paso de entrada al puerto de *Beni Enzar*. Con todo, junto a normas convencionales, podemos considerar que igualmente han sido elementos geográficos y de navegación en el acceso a puerto, los que han permitido una cierta coherencia en la separación del tráfico marítimo.



FIGURA 3: Régimen de navegación.

Fuente: www.puertodemelilla.es, a partir de elaboración propia

³⁸⁵ Realmente no existe un régimen acordado de navegación en los dos puertos. Incluso las autoridades del puerto de Melilla citan hasta tres regímenes distintos de navegación, si bien pueden fusionarse en el comentado en este apartado.

En nuestra opinión, la situación en la cual se encuentra la navegación por el puerto de Melilla está sujeta a normas convencionales bilaterales, y a las que habría que sumar normas de cortesía locales derivadas de la aquiescencia española por la construcción del puerto marroquí. Ello se observa más claramente, en el caso español, cuando en la propia normativa interna sobre regulación del tráfico marítimo no aparece de forma expresa la base jurídica, adoptándose lo que se denominan «normas básicas»³⁸⁶. En efecto, vemos que ambos Estados, sin alterar su posición respecto a la soberanía de Melilla, mantienen una actitud pasiva en cuanto al respeto de la legalidad internacional. Así, España no ejerce sus competencias propias de Estado ribereño en sus aguas consideradas como Mar Territorial, especialmente cuando se produce algún tipo de intervención por parte de las autoridades marroquíes; por parte de Marruecos, este país realiza un control laxo sobre unas aguas que, desde un estricto punto de vista iusinternacionalista, no se hallan bajo su soberanía.

3. OPCIONES DE SOLUCIÓN: LA POSIBLE APLICACIÓN DEL PASILLO DE NAVEGACIÓN MONEGASCO

Cualquier posibilidad de delimitación de las aguas de Melilla pasaría inevitablemente por un acuerdo entre España y Marruecos sobre las mismas. Y ello parece a fecha de hoy bastante improbable, toda vez que Marruecos sigue sin reconocer la soberanía española sobre las Ciudades, Islas y Peñones en el norte de África.

3.1 Aplicación analógica del acuerdo franco-monegasco

En el concreto caso de la delimitación de los espacios marítimos de Melilla, cabe vislumbrar la posibilidad, como ha defendido el Embajador José Manuel Laclea, de la aplicación al caso pertinente de una solución similar a la acordada por Francia y el Principado de Mónaco para la delimitación de las aguas de éste último. Según el acuerdo franco-monegasco de delimitación marítima, de 1984, Mónaco contaría con un Mar Territorial formado por dos líneas paralelas a sus fronteras terrestres y en dirección Sureste hasta una distancia de 12 millas marinas. A partir del límite exterior del mar territorial, dispondría de otro espacio, representado por la prolongación de las citadas líneas paralelas, de unas 45 millas marinas y en donde Mónaco ejerce sus derechos soberanos conforme al derecho internacional, entendiéndose implícitamente Plataforma Continental y ZEE (FIGURA 4)³⁸⁷.

³⁸⁶ Como ejemplo, Normas Básicas Reguladoras de la Navegación, Accesos y Ejercicios de Actividades Náutico-Deportivas, adoptado por Acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla, *BOME*, núm. 4923, de 22 de mayo de 2012.

³⁸⁷ Véase Convention de délimitation maritime entre le Gouvernement de la République française et le Gouvenement de Son Altesse Sérénissime le prince de Monaco (ensemble une annexe), signé à Paris le 16 février 1984, *JORF*, de 6 de octubre de 1985, pp. 11600-11602, en vigor desde el 22 de agosto de 1985. Igualmente, GUTIÉRREZ CASTILLO, V., *op. cit.*, nota 366, pp. 267-268.

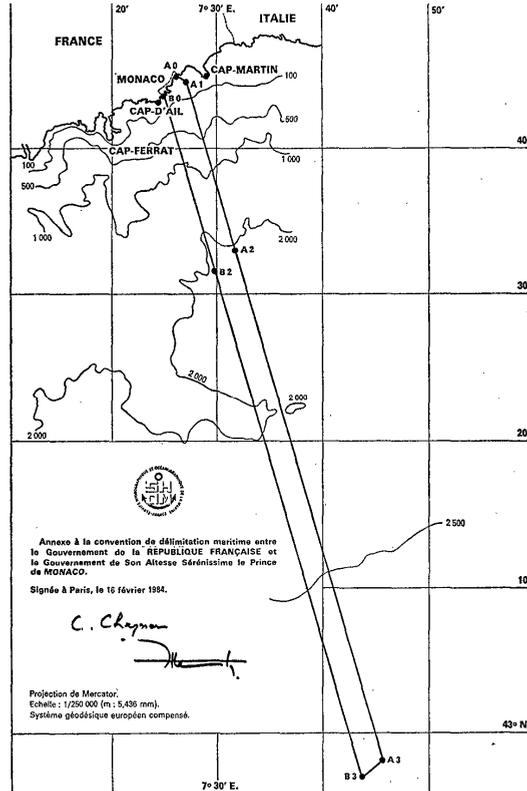


FIGURA 4: Trazado de las aguas jurisdiccionales de Mónaco.

Fuente: Convention de délimitation maritime entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Son Altesse Sérénissime le prince de Monaco (ensemble une annexe), signé à Paris le 16 février 1984, *JORF*, de 6 de octubre de 1985, p. 11602

Para José Manuel Lacleta, la aplicación *stricto sensu* de la normativa legal tanto internacional como española y marroquí, desconociendo cualquier corrección por la especialidad de la situación, implicaría la existencia de un Mar Territorial de doce millas para Melilla³⁸⁸. Este Mar Territorial alcanzaría hasta el extremo de la ZEE de Marruecos, y a partir de trazar dos líneas paralelas y equidistantes (líneas A y B de la FIGURA 5) y tomando como base las fronteras terrestres, al Norte y al Sur, de la ciudad de Melilla³⁸⁹. La configuración quedaría de la siguiente manera:

³⁸⁸ Tal y como ya aseguraba el Gobierno español en 1988, a través de su Ministro de Asuntos Exteriores. Véase «Pregunta de C. Benet Cañete, sobre medidas del Gobierno para solucionar el problema de las aguas jurisdiccionales y el pasillo internacional de navegación de la ciudad de Melilla a las ciudades peninsulares, y respuesta del Ministro de Asuntos Exteriores», *Diario de Sesiones*, Senado, Sesión Plenaria, núm. 76, de 10 de mayo de 1988, pp. 3242-3243; «Contestación del Gobierno a la pregunta de don J. S. Hernández Mollar, sobre delimitación del mar territorial de Melilla con Marruecos», *BOCG*, Senado, Serie I, núm. 236, de 21 de octubre de 1988, pp. 10140-10141.

³⁸⁹ De hecho existe una carta náutica de uso confidencial elaborada por el Instituto Hidrográfico de la Marina —a la que ha tenido acceso el autor— y en la que están reflejadas las coordenadas de las aguas

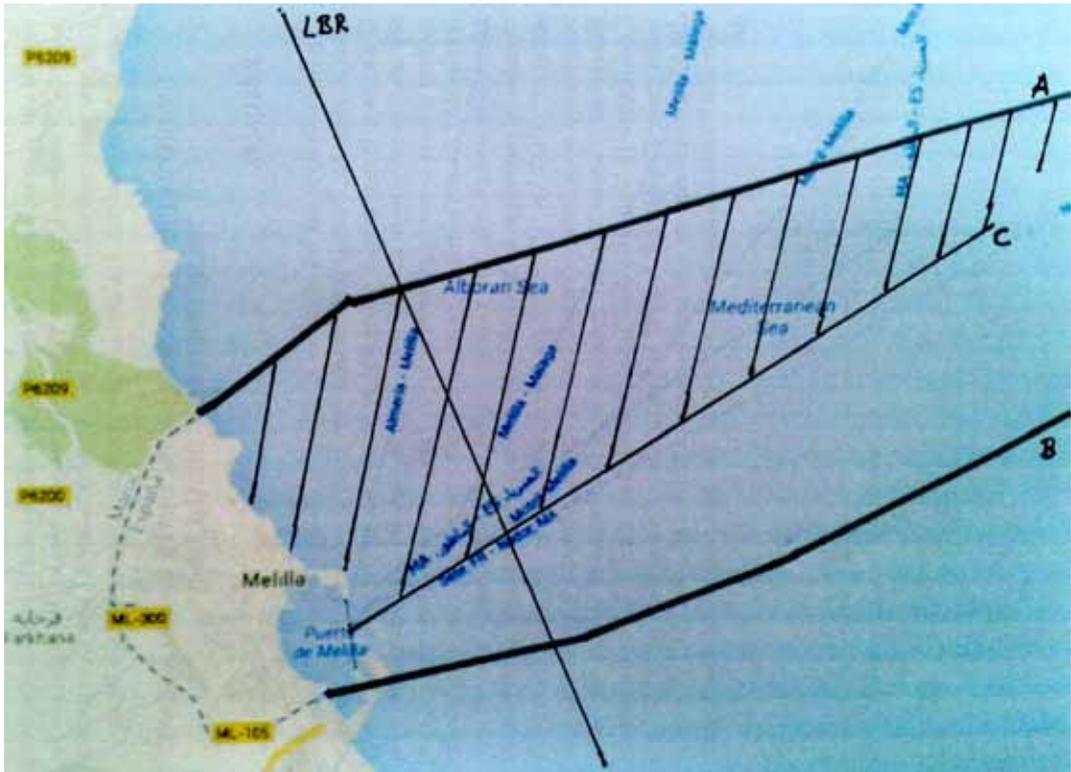


FIGURA 5: Delimitación del mar territorial melillense en aplicación del método similar al acuerdo franco-monegasco, así como stricto sensu el CNUDM.
 Fuente: LACLETA MUÑOZ, J. M., «Las fronteras de España en el mar», *DT Real Instituto Elcano*, 2004, núm. 34, de 14 de junio de 2004, p. 25, a partir de elaboración propia.

Como destaca el mismo José Manuel Lacleta³⁹⁰, el problema de esta delimitación, extrapolando de forma estricta la solución monegasca, es la existencia del puerto de *Beni Enzar*, el cual, ineludiblemente, ocupa aguas portuarias per-

jurisdiccionales (Mar Territorial) de Melilla siguiendo estas pautas. La misma es una versión anotada de la carta náutica núm. 433, De Cabo Tres Forcas a Ras Quiviana, 8.^a reimpresión, mayo de 1985. Las coordenadas serían las siguientes: 1) 35°19'15" N 002°57'06" W; 2) 35°20'12" N 002°55'33" W; 3) 35°23'18" N 002°42'30" W; 4) 35°21'18" N 002°41'30" W; 5) 35°19'12" N 002°46'00" W; 6) 35°17'30" N 002°50'00" W; 7) 35°16'45" N 002°52'30" W; 8) 35°16'18" N 002°55'45" W. Por otra parte, parece que esta delimitación, desconociendo el puerto de *Beni Enzar* ha sido la utilizada para la establecer los límites de la Estrategia marina en la demarcación Estrecho y Alborán en aplicación de la Ley 41/2010 sobre protección del medio marino. Véase MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACION Y MEDIO AMBIENTE, *Estrategia Marina, Demarcación marina del Estrecho y Alborán, parte II, Análisis de presiones e impactos*, 2012, p. 3. Igualmente, ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «Hacia una cooperación hispano-marroquí en materia de medio ambiente: la aplicación de la Estrategia Marina Europea en la Ciudad de Melilla», *Revista de Estudios Regionales*, n.º 101, 2015, pp. 17-42.

³⁹⁰ LACLETA, J. M., *op. cit.*, nota 371, p. 12; LACLETA, J. M., «Las fronteras de España en el mar», *DT Real Instituto Elcano*, 2004, núm. 34, de 14 de junio de 2004, pp. 24-25. En el mismo sentido, ATMANE, T., *op. cit.*, nota 366, p. 147.

tenecientes a España. Así, si nos fijamos en la FIGURA 5, la línea del Sur (B) pasaría por encima del dique Principal del puerto marroquí. Somos de la opinión, como José Manuel Lacleta, de lo poco realista de esta solución, abogando por la aplicación de métodos correctores pero siempre a partir del modelo monegasco. Según Lacleta, la solución podría pasar por un Mar Territorial melillense de unas siete millas marinas, y formando un espacio triangular (zona rayada en la FIGURA 5). Para ello, teniendo en cuenta las fronteras terrestres, se trazaría una línea equidistante entre el extremo del dique Sur melillense y el dique Norte marroquí, delimitando Mar Territorial español de Aguas Interiores marroquíes dentro del puerto de *Beni Enzar* y acabando en una línea recta que delimitaría las Aguas Interiores españolas. Sobre esta última línea, a partir del punto equidistante de la bocana común de ambos puertos, una nueva línea delimitaría, hacia el mar, los mares territoriales español y marroquí. Esta nueva línea (línea C en la FIGURA 5), combinada con la trazada desde la frontera Norte (línea A), se cerraría a unas siete millas de la costa. En opinión de José Manuel Lacleta, se debería apostar por una solución tomando como base el acuerdo franco-monegasco, a partir de negociaciones amistosas entre los dos Estados, intentando lograr para Melilla un Mar Territorial de hasta doce millas marinas. Este Mar Territorial, orientado hacia el Este – Noreste, enlazaría con la Plataforma Continental de Chafarinas, y a través de un corredor que partiera desde las fronteras terrestres.

3.2 La aplicación del acuerdo franco-monegasco con criterios correctores

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta la situación actual y la postura de los dos Estados, es poco probable la adopción de un acuerdo bilateral sobre espacios marítimos al menos a corto y medio plazo. Si bien compartimos la solución planteada por José Manuel Lacleta, convendría aplicar criterios correctores del tipo, particularmente, reducción de los espacios marítimos reconocidos³⁹¹. Esto es, se abogaría por la aplicación analógica de un modelo similar al Tratado franco-monegasco, pero no aspirando a una extensión máxima de doce millas del Mar Territorial español, sino a una reducción del mismo, con elementos correctores igualmente en el límite máximo del Mar Territorial marroquí.

Dada la dificultad manifiesta de alcanzar cualquier tipo de acuerdo bilateral, en nuestra opinión, podría plantearse, incluso de forma provisional, una cooperación sobre la jurisdicción —que no la soberanía— en materia de navegación. En efecto, podría acordarse, a través de un Memorándum de Entendimiento —un acuerdo práctico y que podría entrar en la genérica categoría del *Soft Law*, no necesariamente un Tratado internacional—, establecer un espacio marítimo

³⁹¹ Así, somos de la misma opinión que GUTIÉRREZ CASTILLO, V., *op. cit.*, nota 365, pp. 268-269.

formado por dos líneas paralelas (líneas 1 y 2 de la FIGURA 6) y que partirían en el Norte desde el extremo del dique Nordeste melillense, y en el Sur desde la prolongación del dique Sur melillense y tomando como referencia la boya de peligro existente. De esta forma, se crearía un espacio marítimo en el cual España y Marruecos, a través de por ejemplo la Comisión Mixta creada con ocasión del Convenio de 1979 sobre transporte marítimo, acordasen una gestión conjunta en lo referido al control en la navegación y protección del medio marino, pudiéndose aplicar la jurisdicción de acuerdo con el pabellón del buque y el puerto de origen o destino; de igual modo, podría adoptarse el régimen de navegación en

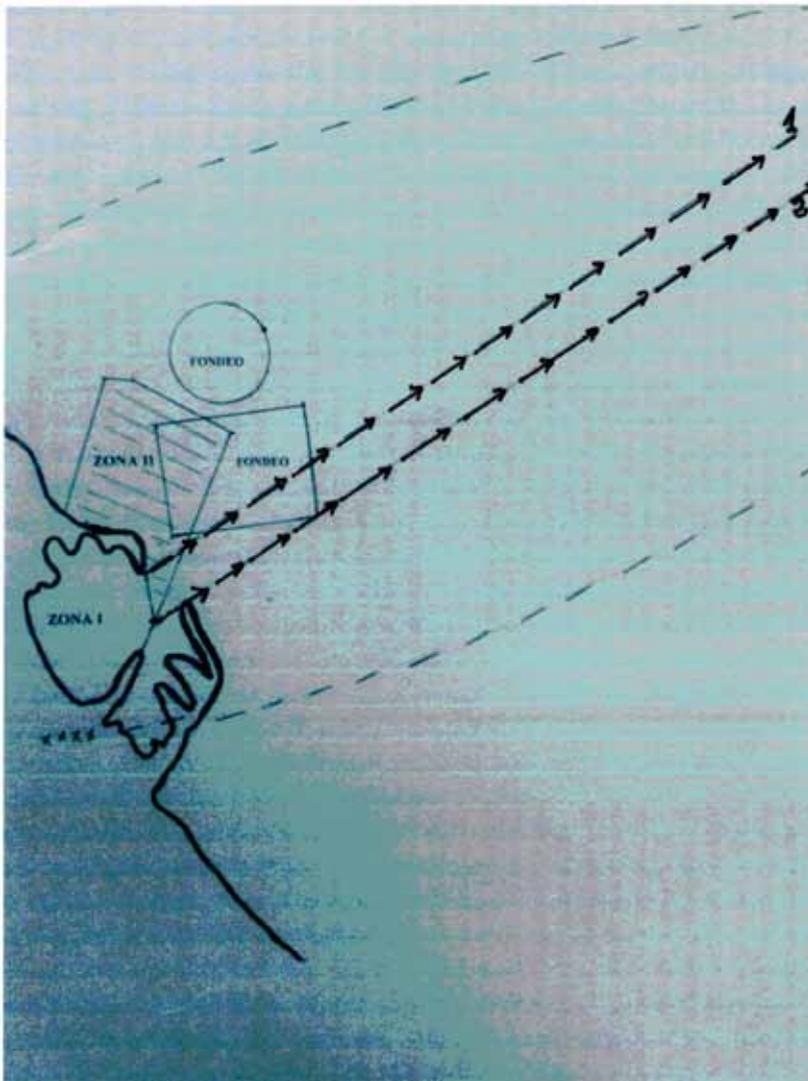


FIGURA 6: Propuesta de régimen de navegación en el pasillo marítimo formado por las líneas 1 y 2. Elaboración propia.

la entrada y salida de buques, así como el uso de las zonas de fondeo³⁹². Y, en cualquier caso, excluyendo de la gestión conjunta a los buques de Estado. Esta propuesta, que no es de delimitación de fronteras marítimas, sino de gestión conjunta de la navegación, no afectaría a las posturas española y marroquí sobre la soberanía de las aguas, que seguiría siendo materia de negociación. Además, podría preverse la extensión del espacio hasta las doce millas marinas, sin alterar la normativa marroquí sobre Líneas de Base Recta, y permitiendo la salida hacia Alta Mar de buques de ambos Estados. Ello facilitaría la aceptación de la presente propuesta por las dos partes, dado que no perjudicaría los intereses nacionales y mejoraría la gestión portuaria.

Esta propuesta favorecía la coordinación técnica entre España y Marruecos en la zona, evitando de este modo la incertidumbre sobre el régimen aplicable, y las posibles problemáticas en materia de navegación, tráfico marítimo y acceso a los puertos. En definitiva, los Estados deben poner de manifiesto y llevar a la práctica que cuando existen intereses comunes debe ser posible la cooperación interestatal, y sin que ello deba afectar a reivindicaciones de soberanía. Además, en nuestra opinión, la propuesta aquí recogida significaría, a todas luces, un paso adelante para lograr futuros acuerdos de mayor envergadura.

RESUMEN

En la delimitación de los espacios marítimos españoles, existen actualmente varias zonas en nuestra costa que quedan sin cerrar por medio de Líneas de Base. Si bien el Derecho Internacional General indica que en tales casos se debe acudir a la línea de bajamar escorada, existen situaciones en las cuales la falta de acuerdo con un Estado limítrofe o situado frente a frente ha impedido delimitar los espacios. El ejemplo más claro lo tenemos en la Bahía de Algeciras y especialmente en las denominadas Ciudades, Islas y Peñones españoles en el

³⁹² Respecto a la gestión conjunta, existe ya el Convenio bilateral de carácter técnico de abril de 2011 para definir los procedimientos operativos de intercambio de información en la navegación por el Estrecho de Gibraltar. Véase X Reunión de Alto Nivel entre los Reinos de España y de Marruecos, Rabat, 3 de octubre de 2012, Declaración Conjunta «Un Marco innovador para desarrollar una Asociación Estratégica», apdo. 42; *Europa Sur*, de 26 de enero 2012, *op. cit.*, nota 380. Por otra parte, se han planteado otras propuestas de gestión conjunta, concretamente en la explotación de recursos naturales. Véase MORÉ, I., «Petróleo: ¿el próximo conflicto hispanomarroquí?», *ARI Real Instituto Elcano*, 2002, núm. 49, de 13 de septiembre de 2002. Igualmente, ATMANE, T., *op. cit.*, nota 366, pp. 148-149. En la práctica internacional observamos otros ejemplos claros, como el régimen del Lago Costanza entre Alemania, Suiza y Austria, o el estuario Ems-Dollard entre Alemania y Países Bajos, y en donde se ha acordado una gestión conjunta, pero sin afectar a las posiciones de los Estados sobre reclamaciones de soberanía. Véase FROWEIN, J. A., «Lake Constance», en BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law (Vol. 3)*, Elsevier, North-Holland, 1997, pp. 116-119; NOLTE, G., «Ems-Dollard», en BERNHARDT, R. (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law (Vol. 2)*, Elsevier, North-Holland, 1995, pp. 78-80. Igualmente, un régimen similar se ha planteado para las aguas de Gibraltar, véase, DEL VALLE GALVEZ, A., GONZÁLEZ GARCÍA, I., y VERDÚ BAEZA, J., *op. cit.*, nota 367, pp. 424-439.

Norte de África (Ceuta y Melilla, Chafarinas, Alhucemas, Vélez de la Gomera y Perejil). Así, la reivindicación territorial por parte de Marruecos sobre dichos territorios, provocó que España no optase por cerrarlos con Líneas de Base Recta en aplicación de la normativa vigente, lo cual ha conllevado una indefinición de sus fronteras marítimas. Y es el caso de Melilla y más concretamente de su puerto, un ejemplo paradigmático de esta situación. En efecto, la proximidad del puerto marroquí de *Beni Enzar* (Nador) crea una superposición de las aguas portuarias entre dicho puerto y el existente en la ciudad española. Y podríamos incluso afirmar, desde un punto de vista estructural, que el puerto de Melilla actúa como dique de contención del puerto marroquí. Procederemos entonces a analizar el régimen de navegación existente, como *modus vivendi* de una realidad *ad hoc*, así como la posibilidad de extrapolar la solución dada para las aguas del Principado de Mónaco, al caso melillense. Y todo ello, más allá de cualquier reivindicación de soberanía, y en aras de lograr una mejor gestión de las aguas.

LOS PROTOCOLOS RELATIVOS A LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES EN EL ESPACIO EUROMEDITERRÁNEO Y LA INICIATIVA HISPANO-MARROQUÍ PARA LA MEDIACIÓN EN EL MEDITERRÁNEO

Miguel Ángel Cepillo Galván

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público
(Universidad de Cádiz)*

SUMARIO: 1. EL ESPACIO EUROMEDITERRÁNEO Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.—2. LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN VIRTUD DE LOS ACUERDOS EUROMEDITERRÁNEOS DE ASOCIACIÓN.—3. LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS COMERCIALES ESTABLECIDOS POR LOS PROTOCOLOS FIRMADOS POR LA UNIÓN EUROPEA CON EGIPTO, JORDANIA, LÍBANO, MARRUECOS Y TÚNEZ.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

PALABRAS CLAVE: Diferencias comerciales, Mediación, Espacio euromediterráneo.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Cuestiones territoriales y cooperación transfronteriza en el Área del Estrecho* (DER2012-34577) del Plan Nacional de I+D+I, Convocatoria de la Resolución de 30 de diciembre de 2011, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y fondos FEDER de la UE. Investigador Principal: A. del Valle Gálvez.

1. EL ESPACIO EUROMEDITERRÁNEO Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En los años 2010 y 2011 la Unión Europea (UE, en adelante) firmó una serie de Protocolos con Túnez³⁹³, Líbano³⁹⁴, Egipto³⁹⁵, Marruecos³⁹⁶ y Jordania³⁹⁷, relativos a la solución de diferencias comerciales que puedan surgir en aplicación de los Acuerdos Euromediterráneos de Asociación suscritos con tales países en el marco del Proceso de Barcelona.

Dichos Protocolos contemplan un mecanismo específico de solución de controversias en el espacio euromediterráneo, estructurado en varias etapas, en el que se confiere un papel relevante a la mediación.

Teniendo en cuenta el escenario específico en el que se va a aplicar el mecanismo mencionado y la particular relevancia concedida a la mediación entre los procedimientos de solución de controversias contemplados en dicho mecanismo, consideramos de especial interés un análisis pormenorizado del mismo en la medida en que en los próximos años puede llegar a producirse una enriquecedora sinergia entre los Protocolos antes citados y la Iniciativa hispano-marroquí para la Mediación en el Mediterráneo.

Efectivamente, el campo de acción de este nuevo mecanismo de solución de controversias se sitúa en el espacio euromediterráneo, aunque con dos importantes limitaciones: por un lado, se refiere exclusivamente a las diferencias comerciales, y por el otro, resulta sólo de aplicación en un contexto más reducido de dicho espacio euromediterráneo, ya que como se ha comentado la UE ha firmado tales Protocolos únicamente con cinco países mediterráneos socios³⁹⁸.

Como es sabido, el proceso de Asociación Euromediterránea surge a raíz de la celebración de una Conferencia Ministerial Euromediterránea en Barcelona en noviembre de 1995, que culminó con una Declaración en la que se establecieron los elementos sobre los que habría de pivotar el proceso de Asociación Euromediterránea³⁹⁹, a través de la cual se perseguía convertir a la cuenca mediterránea en un espacio de paz, estabilidad y prosperidad.

³⁹³ Publicado en el *DOUE*, núm. L 40, de 13 de febrero de 2010, p. 76.

³⁹⁴ Publicado en el *DOUE*, núm. L 328, de 14 de diciembre de 2010, p. 21.

³⁹⁵ Publicado en el *DOUE*, núm. L 138, de 26 de mayo de 2011, p. 3.

³⁹⁶ Publicado en el *DOUE*, núm. L 176, de 5 de julio de 2011, p. 2.

³⁹⁷ Publicado en el *DOUE*, núm. L 177, de 6 de julio de 2011, p. 3.

³⁹⁸ Quedando fuera, por tanto, el resto de países comprendidos dentro del marco de la Asociación Euromediterránea (a saber, Argelia, Autoridad Palestina, Israel y Turquía, además de Siria y Libia que aún no han firmado Acuerdos Euromediterráneos de Asociación con la UE).

³⁹⁹ No obstante, como destaca GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Las relaciones euromediterráneas (separando el grano de la paja)», *Noticias de la Unión Europea*, 1997, núm. 149, p. 21, aunque la Declaración de Barcelona constituye un texto político de primera magnitud, no pasó de ser una declaración de intenciones que requeriría de esfuerzos continuados tras la misma para que se lograsen resultados concretos.

Dicha Declaración conformaba un triple eje de actuación: en el ámbito de la colaboración política y de seguridad, en el de la colaboración económica y financiera, y en el de la colaboración en los ámbitos social, cultural y humano. En concreto, la colaboración política y de seguridad tendría como objetivo la definición de un espacio común de paz y estabilidad, en tanto que la colaboración económica y financiera pretendía la creación de una zona de prosperidad compartida. Por su parte, la colaboración en los ámbitos social, cultural y humano habría de posibilitar el desarrollo de los recursos humanos, el fomento de la comprensión entre las culturas y el de los intercambios entre las sociedades civiles.

En virtud de ello los distintos Acuerdos Euromediterráneos que debían firmarse por las entonces Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, con cada uno de los países terceros mediterráneos de forma separada, por otra, tendrían que acometer cuestiones relativas al diálogo político, la colaboración en el ámbito social y cultural y la colaboración económica y financiera, y dentro de esta última y de forma muy destacada el establecimiento progresivo de una zona de libre comercio entre todas las Partes firmantes de dichos Acuerdos⁴⁰⁰.

Es más, la estrategia de asociación contemplaba la implantación progresiva de esa zona de libre comercio como un elemento central del proceso de Asociación Euromediterránea en su conjunto, ya que debía actuar como el motor que propulsase inicialmente dicho proceso.

De este modo, se confería un papel protagonista a las cuestiones comerciales, y en particular al establecimiento de la zona de libre comercio, cuando menos en los primeros momentos del proceso de asociación, que necesariamente conllevaría que la Asociación Euromediterránea con cada uno de los países terceros mediterráneos pivotase fundamentalmente en un primer momento en torno a dicho objetivo.

Por ello, consideramos que la articulación en virtud de los Protocolos antes mencionados de un mecanismo específico de solución de las diferencias comerciales que puedan surgir en el espacio euromediterráneo constituye sin duda alguna un avance significativo, al facilitar previsiblemente la cooperación a ambos lados del Mediterráneo en un ámbito fundamental del Proceso de Barcelona cual es el comercio de mercancías.

⁴⁰⁰ Como afirma Rafael García Pérez, la construcción de la zona de libre comercio constituía el centro de gravedad de esa nueva política euromediterránea Véase GARCÍA PÉREZ, R., «La Política Euromediterránea: ¿Alternativas a la «vía norteamericana»?», en GARAU JUANEDA, L. y HUESA VINAIXA, R. (coords.), *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el Mundo Mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 1997, Madrid, BOE/AEPDIRI/Fundació «La Caixa», 1999, p. 241.

2. LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN VIRTUD DE LOS ACUERDOS EUROMEDITERRÁNEOS DE ASOCIACIÓN

Aunque el establecimiento de un mecanismo específico para el arreglo de las controversias comerciales surgidas entre distintos socios del espacio euromediterráneo supone, como se ha comentado, un salto cualitativo en la resolución de los conflictos en dicho espacio, habría que destacar que los diferentes Acuerdos de Asociación Euromediterránea suscritos años antes en el marco del Proceso de Barcelona ya contemplaban un procedimiento general de solución de controversias relativas a la aplicación o interpretación de tales Acuerdos⁴⁰¹.

Dicho procedimiento se articula en dos fases, combinando dos medios distintos de arreglo de diferencias, en el que en un primer momento se puede recurrir a la negociación «encauzada por medio del órgano de gestión más importante instituido por los acuerdos, el Consejo de asociación»⁴⁰², y en caso de que no sea posible resolver el conflicto por esa vía se activaría una segunda fase, en la que cada Parte podrá notificar a la otra el nombramiento de un árbitro debiendo la otra Parte nombrar un segundo árbitro en el plazo de dos meses. Posteriormente el Consejo de Asociación nombrará a un tercer árbitro, adoptándose las decisiones de los árbitros, que tendrán carácter obligatorio, por mayoría.

Observamos pues que se recurre a la negociación con carácter previo, aunque vehiculada a través de un órgano, el Consejo de Asociación, que sirve de marco de consulta y que tiene autonomía de funcionamiento y capacidad de adoptar decisiones, que serán vinculantes para las Partes⁴⁰³.

Por otro lado nos encontramos con una segunda fase, que tiene carácter subsidiario en la medida en que sólo se puede acudir a la misma si fracasa la negociación en el seno del Consejo de Asociación, a través de la cual se crearía un órgano arbitral *ad hoc* de tres miembros, sin que exista en principio una lista de árbitros preestablecida.

⁴⁰¹ Véanse a este respecto, por ejemplo, el art. 86 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, firmado el 26 de febrero de 1996. Publicado en el *DOUE*, núm. L 70, de 18 de marzo de 2000, p. 2.

⁴⁰² Véase DIEZ PERALTA, E., «Nuevos desafíos de la política comercial de la Unión Europea en el Mediterráneo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, núm. 44, p. 218. El Consejo de Asociación tiene una composición paritaria, estando formado por los miembros del Consejo de la Unión Europea y miembros de la Comisión Europea, por una parte, y por miembros del Gobierno del país mediterráneo socio, por la otra parte.

⁴⁰³ Resultan interesantes a este respecto las opiniones manifestadas unos años antes por SOBRINO HEREDIA, J. M., «Los procedimientos de solución de diferencias previstos en los acuerdos celebrados por la Comunidad Europea», en PÉREZ GONZÁLEZ, M. (coord.), *Hacia un orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 1224, señalando que era cada vez más frecuente la utilización en los acuerdos suscritos por la entonces Comunidad Europea de una estructura institucional propia para facilitar la negociación entre las Partes, que sería más compleja y avanzada en los acuerdos de asociación frente a la estructura más rudimentaria diseñada en los acuerdos comerciales.

Las Partes quedan obligadas a adoptar las medidas necesarias para aplicar la decisión de los árbitros, aunque los Acuerdos de Asociación no establecen cómo han de resolverse los problemas que pudieran aparecer eventualmente a la hora de ejecutar tales decisiones.

En fin, se trata de un procedimiento de solución de controversias que no incorpora novedades sustanciales con respecto a los existentes en otros acuerdos suscritos anteriormente por la UE con terceros países fuera de la órbita mediterránea, y que ha de seguir utilizándose actualmente en todo caso, aunque de forma parcial, incluso en el caso de los países con los que la UE ha firmado los Protocolos señalados al principio de este trabajo.

3. LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS COMERCIALES ESTABLECIDOS POR LOS PROTOCOLOS FIRMADOS POR LA UNIÓN EUROPEA CON EGIPTO, JORDANIA, LÍBANO, MARRUECOS Y TÚNEZ

Efectivamente, los distintos Protocolos por los que se establece un mecanismo de solución de controversias aplicables a las diferencias comerciales que puedan surgir entre la UE, por un lado, y Egipto, Jordania, Líbano, Marruecos o Túnez, por otro, prevén que dicho mecanismo se aplicará sólo en el caso de que el Consejo de Asociación no haya resuelto la diferencia que se le haya sometido en un plazo de sesenta días⁴⁰⁴. Es decir, que el nuevo procedimiento contemplado en dichos Protocolos queda supeditado a la utilización con carácter previo del mecanismo contemplado en los Acuerdos de Asociación que hemos descrito en el epígrafe anterior, aunque exclusivamente en su primera fase, a saber, la negociación en el seno del Consejo de Asociación.

La firma de los Protocolos mencionados se produce a raíz de la autorización que el Consejo concedió en febrero de 2006 a la Comisión para abrir negociaciones con sus socios de la región mediterránea para establecer un mecanismo de solución de diferencias exclusivamente en materia comercial. Se persigue con ello dotar a las cada vez más profundas y complejas relaciones comerciales euromediterráneas de un instrumento simplificado y más eficaz para resolver las controversias que puedan surgir en dicho ámbito⁴⁰⁵, tomando como modelo los

⁴⁰⁴ Véase a título de ejemplo, el art. 2 del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos que establece un mecanismo de solución de diferencias, *DOUE*, núm. L 176, de 5 de julio de 2011, p. 2. En adelante seguiremos citando este Acuerdo (Acuerdo UE-Marruecos) para mayor claridad, en la medida en que los cinco Protocolos tienen un contenido prácticamente idéntico, con solo algunas pequeñas diferencias en cuanto al tiempo y forma de cómputo de determinados plazos.

⁴⁰⁵ Particularmente interesantes a este respecto resultan las palabras del Ponente de la Comisión de Comercio Internacional del Parlamento Europeo en la Recomendación sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo citado en la nota anterior, de 18 de marzo de 2011, *DOC. A7-0066/2011*, p. 6, cuando señala que «una aplicación adecuada de este mecanismo puede incrementar la seguridad y la previsibilidad de nuestras relaciones comerciales bilaterales y representar un nuevo paso hacia la creación y el buen funcionamiento de la zona de libre comercio Euromed».

mecanismos de solución de diferencias de otros acuerdos suscritos en los últimos años por la UE⁴⁰⁶, así como el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, aunque adaptado obviamente a un contexto bilateral.

Habría que destacar que este nuevo mecanismo sólo resulta operativo en lo que se refiere a diferencias relativas al comercio de mercancías, quedando además excluidas expresamente las cuestiones relacionadas con la adopción de medidas antidumping⁴⁰⁷.

El procedimiento se puede desarrollar hasta en tres fases, consistiendo la primera de ellas en la solicitud de celebración de consultas por una de las Partes, con objeto de que se llegue a una solución de mutuo acuerdo de forma rápida y equitativa. Dicha solicitud debe presentarse de forma escrita a la otra Parte, con copia al Subcomité de Industria, Comercio y Servicios. Las consultas han de celebrarse en el plazo de cuarenta días a partir de la fecha de recepción de la solicitud y se considerarán concluidas una vez hayan transcurrido sesenta días desde dicha fecha, salvo que ambas Partes decidan continuarlas. Si la Parte a la que se ha presentado la solicitud no responde a la misma, o no se celebran las consultas en el plazo antes mencionado, o si finalizan tales consultas sin haberse llegado a una solución de mutuo acuerdo, la Parte demandante podrá solicitar el recurso a un mediador o que se constituya un panel arbitral.

Si la Parte demandante decide solicitar que se recurra a un mediador para tratar de resolver la diferencia, comenzaría una segunda fase cuya celebración en buena medida depende precisamente de la decisión adoptada por dicha Parte demandante ya que en los Protocolos se establece expresamente que tanto la UE como los otros cinco países mediterráneos firmantes se comprometen a considerar favorablemente las solicitudes de mediación presentadas en este marco⁴⁰⁸.

En nuestra opinión ello confiere un papel destacado a la mediación como medio de arreglo de controversias dentro del mecanismo establecido por los Protocolos, a pesar de que no resulta imprescindible de cara a la solicitud de la constitución de un panel arbitral, que sería en cualquier caso la última opción posible en el supuesto de que no hayan fructificado las consultas y/o la mediación.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que continúe la mediación incluso cuando se haya iniciado ya el procedimiento arbitral, si las Partes están de acuerdo.

De este modo, la mediación adquiere un particular protagonismo con independencia de que el recurso a la misma tenga siempre un carácter voluntario para las Partes.

⁴⁰⁶ En este sentido DÍEZ PERALTA, E., *op. cit.*, nota 402, p. 219 (nota 85), señala los acuerdos de la UE con México o con Chile.

⁴⁰⁷ Véase el art. 2 del Acuerdo UE-Marruecos.

⁴⁰⁸ Por ejemplo, art. 4.1 del Acuerdo UE-Marruecos.

Salvo que las Partes designen a un mediador por sí mismas, los Presidentes del Subcomité de Industria, Comercio y Servicios, o sus delegados, seleccionarán por sorteo un mediador de entre las personas que figuran en una lista preestablecida de al menos quince miembros, que no tenga la nacionalidad de ninguna de las Partes.

Dicha lista viene establecida por el Subcomité antes mencionado, y se encuentra referida a los árbitros que pueden formar parte del panel arbitral que se ha de crear en el caso en que las Partes decidan iniciar el procedimiento arbitral para resolver sus diferencias. Por consiguiente, nos encontramos con una lista común para mediadores y árbitros, que garantiza como veremos más adelante una preparación adecuada de los mismos y una mayor coherencia de criterios entre ambos medios de arreglo de controversias, que comparten además el mismo código de conducta.

El mediador convocará una reunión con las Partes y recibirá alegaciones de éstas antes de que se produzca dicha reunión, pudiendo solicitar información adicional tanto de las Partes como de expertos o asesores técnicos si lo considera conveniente. Dicha información se enviará a las Partes, que podrán formular observaciones al respecto.

El dictamen del mediador podrá incluir una recomendación⁴⁰⁹ sobre cómo resolver la diferencia, que no será vinculante.

Si las Partes tampoco llegan a una solución a través de la mediación, la Parte demandante puede solicitar la constitución de un panel arbitral, iniciándose de este modo la tercera y última fase del mecanismo de arreglo de diferencias comerciales establecido por los Protocolos. La solicitud ha de presentarse por escrito a la Parte demandada y al Subcomité de Industria, Comercio y Servicios.

El panel arbitral estará compuesto por tres miembros, pudiendo llegar las Partes a un acuerdo sobre dicha composición. En el caso de que ello no se produzca, cualquiera de ellas puede solicitar a los Presidentes del Subcomité de Industria, Comercio y Servicios, o a sus delegados, que seleccionen a los tres miembros por sorteo de entre una lista preestablecida de árbitros, antes mencionada. Uno de ellos debe ser de entre las personas propuestas por la Parte demandante, otro de los propuestos por la Parte demandada y el tercero de entre las personas elegidas por las Partes para ejercer la función de Presidente.

Dicha lista se compone de al menos quince miembros, aunque el Subcomité de Industria, Comercio y Servicios puede establecer listas adicionales de otros quince miembros como mínimo con conocimientos sectoriales especializados.

⁴⁰⁹ El Acuerdo UE-Marruecos, a diferencia de los Protocolos firmados por la UE con Egipto, Jordania, Líbano y Túnez, establece en su art. 4.3 que el dictamen del mediador puede incluir varias recomendaciones.

Para la confección de la lista de árbitros, cada Parte ha de proponer al menos a cinco personas cada una, seleccionado además entre ambas a como mínimo otras cinco personas que no tengan la nacionalidad de ninguna de las Partes para que ejerzan el papel de Presidentes del panel arbitral.

Los árbitros tendrán conocimientos especializados o experiencia en Derecho y comercio internacional, serán independientes y actuarán a título personal, sin aceptar instrucciones de ninguna organización ni de ningún Gobierno, no pudiendo estar afiliados al Gobierno de ninguna de las Partes. Respetarán asimismo un código de conducta que figura como anexo en los distintos Protocolos, y que comparten como ya se ha mencionado con los mediadores.

El panel arbitral presentará en primer lugar un informe provisional que establecerá las evidencias de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y la fundamentación de sus constataciones y recomendaciones. Cualquiera de las Partes podrá presentar una solicitud por escrito pidiendo al panel arbitral la reconsideración de aspectos concretos de dicho informe.

Tras ello, el panel arbitral adoptará un laudo final⁴¹⁰, en el que incluirá un análisis de las alegaciones presentadas por las Partes, que notificará a las mismas y al Subcomité de Industria, Comercio y Servicios, y que será vinculante.

A diferencia de lo que ocurre con el procedimiento arbitral establecido en los Acuerdos Euromediterráneos, los Protocolos sí contemplan una serie de reglas para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, referidas tanto a la determinación del plazo razonable de cumplimiento⁴¹¹ como a la revisión de las medidas adoptadas para cumplir el laudo⁴¹² y a las soluciones temporales en caso de incumplimiento⁴¹³. Igualmente incorpora reglas relativas a la revisión de las medidas de cumplimiento tomadas tras la suspensión de las obligaciones⁴¹⁴.

Por otra parte, se establece en dichos Protocolos que las Partes siempre pueden llegar a una solución de mutuo acuerdo que ponga fin a la diferencia, incluso aunque se haya iniciado ya el procedimiento arbitral⁴¹⁵.

⁴¹⁰ Véase el art. 18 del Acuerdo UE-Marruecos, que establece que el panel arbitral hará todo lo posible para adoptar todas las decisiones por consenso, aunque si ello no es posible tendrá que pronunciarse por mayoría de votos.

⁴¹¹ Art. 10 del Acuerdo UE-Marruecos.

⁴¹² Art. 11 del Acuerdo UE-Marruecos.

⁴¹³ Art. 12 del Acuerdo UE-Marruecos, que hace referencia a las ofertas de compensación temporal por la Parte demandada, y en caso de que no haya acuerdo, a la suspensión por la Parte demandante de las obligaciones derivadas del Acuerdo de Asociación a un nivel equivalente a la anulación o el menoscabo causado por la infracción.

⁴¹⁴ Art. 13 del Acuerdo UE-Marruecos.

⁴¹⁵ Art. 14 del Acuerdo UE-Marruecos. En ese caso, se prevé que el panel arbitral debe finalizar sus trabajos y se terminará el procedimiento.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Llegados a este punto tendríamos que destacar que el nuevo mecanismo de solución de diferencias comerciales previsto en los Protocolos firmados por la UE con Egipto, Jordania, Líbano, Marruecos y Túnez constituye una mejora sustancial en relación con los procedimientos de solución de controversias contemplados en los Acuerdos de Asociación Euromediterránea.

Efectivamente, como hemos visto en el epígrafe anterior, este nuevo mecanismo incorpora una regulación más detallada y completa sobre el procedimiento a seguir para la resolución de las diferencias, con plazos más ágiles y flexibles⁴¹⁶, y con reglas concretas para garantizar el cumplimiento de los laudos arbitrales, en caso de que se produzcan.

No obstante sería recomendable a nuestro juicio que se introdujesen algunas reformas para hacerlo más operativo en el marco del espacio euromediterráneo. En ese sentido, consideramos que deberían negociarse por la UE otros Protocolos similares con el resto de países socios mediterráneos, con objeto de ampliar su campo de acción a todo el arco euromediterráneo.

Asimismo, sería igualmente conveniente que los distintos Consejos de Asociación acordasen crear un Órgano de Apelación común a todos o a varios Acuerdos Euromediterráneos, que es una posibilidad que se contempla expresamente en los Protocolos analizados⁴¹⁷, con el fin de dotar de mayor coherencia al mecanismo de solución de diferencias establecido en los mismos.

Por otra parte, resultaría necesario que se introdujesen algunas disposiciones que promoviesen la participación de las mujeres como mediadoras, o como miembros de los paneles arbitrales, en consonancia con lo previsto en la Resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas sobre fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias⁴¹⁸ y con la Iniciativa hispano-marroquí para la Mediación en el Mediterráneo. Basta recordar en este sentido que en el III Seminario organizado en el marco de dicha Iniciativa, celebrado el pasado mes de marzo en Eslovenia, uno de los temas tratados fue precisamente el de cómo lograr una mayor participación de la mujer en la mediación, pasando de la retórica a los hechos.

⁴¹⁶ Véase en este sentido el art. 21 del Acuerdo UE-Marruecos, que dispone que las Partes pueden modificar de mutuo acuerdo cualquiera de los plazos establecidos en dicho Acuerdo, comprometiéndose además a considerar favorablemente las solicitudes de ampliación de tales plazos cuando una de las Partes tenga dificultades para cumplirlos. Igualmente, a petición de Parte, el panel arbitral podrá modificar los plazos aplicables en los procedimientos, teniendo en cuenta el diferente nivel de desarrollo de las Partes.

⁴¹⁷ Art. 22.2 del Acuerdo UE-Marruecos.

⁴¹⁸ Véase Resolución 65/283 sobre Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución, aprobada por la Asamblea General el 22 de junio de 2011, en particular, apdos. 4, 8 y 9.

En definitiva, el nuevo mecanismo de solución de diferencias establecido por los Protocolos analizados a lo largo de este trabajo puede y debe crear en nuestra opinión las sinergias adecuadas con la Iniciativa hispano-marroquí para la Mediación en el Mediterráneo, ya que ambos comparten un espacio similar como campo de acción, y por consiguiente deberían compartir igualmente las lecciones aprendidas y el fruto de las experiencias desarrolladas en ambos escenarios.

RESUMEN

En este trabajo se analizan los Protocolos concluidos en 2010 y 2011 por la Unión Europea con Túnez, Líbano, Marruecos, Egipto y Jordania que regulan mecanismos especiales para la solución de sus diferencias comerciales, prestándose particular atención al papel desempeñado por la mediación y a la sinergia que puede llegar a producirse con la Iniciativa hispano-marroquí para la Mediación en el Mediterráneo.

CUARTA PARTE

**CUESTIONES
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

LA MEDIACIÓN EN RELACIÓN CON LAS RESOLUCIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL DICTADAS POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y SU EFICACIA EN MARRUECOS: ¿SITUACIONES CLAUDICANTES?

María Dolores Adam Muñoz
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
(Universidad de Córdoba)

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU ALCANCE EN LOS SISTEMAS ESPAÑOL Y MARROQUÍ.—3. LAS CRISIS DE PAREJA Y SUS CONSECUENCIAS EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SOBRE HIJOS COMUNES.—3.1 Introducción.—3.2 Crisis de una unión de hecho en la que uno o los dos integrantes son marroquíes con residencia habitual común en España.—3.3 Crisis matrimonial en la que uno o los dos integrantes del matrimonio son marroquíes con residencia habitual común en España.—4. MECANISMOS PARA LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNOFILIALES ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS.

PALABRAS CLAVE: Relaciones paternofiliales, patria potestad, custodia, derecho de visita, crisis matrimoniales, eficacia de resoluciones judiciales españolas en el extranjero.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La inmigración de ciudadanos procedentes de Marruecos hacia nuestro país, fundamentalmente a partir de mediados de los años 80 a la actualidad, con un proyecto migratorio, generalmente de carácter permanente, ha dado lugar a que

esa intención de permanencia se consolide en España mediante la creación de lazos familiares, bien con compatriotas, bien con nacionales o bien con otros extranjeros, ya que la familia supone el vínculo más estrecho que una persona puede tener con un determinado país.

No somos ajenos a que en nuestro sistema no existe un único modelo de familia, bien al contrario, el desarrollo de la sociedad y la aparición de nuevos vínculos afectivos ponen de relieve el desarrollo ingente de diferentes modos familiares. De lo que no cabe duda y, tanto la ley, como la doctrina, como la jurisprudencia manifiestan es que allá donde exista una relación paterno-filial, aunque no exista matrimonio, hay una familia. Por lo tanto, en nuestro Ordenamiento la base de la familia ya no es el matrimonio, sino la filiación.

No sucede lo mismo en el Derecho marroquí, ya que aunque la filiación puede ser legítima o ilegítima, ésta segunda no tiene los mismos efectos jurídicos que la primera, que es aquella que tiene lugar, entre otras causas, dentro del matrimonio. De manera que la filiación ilegítima es como si en realidad no existiera, ya que no concede ningún derecho al hijo (art. 148 Código de Familia Marroquí, en adelante CFM)⁴¹⁹. En el Derecho Español, a tenor del art. 39 de la CE y el desarrollo que del mismo ha realizado el art. 108 del Código civil (en adelante, Cc), todos los hijos son iguales ante la ley.

2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU ALCANCE EN LOS SISTEMAS ESPAÑOL Y MARROQUÍ

El Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁴²⁰ (en adelante, Reglamento 2201/2003) define en su art. 2.7º la responsabilidad parental como el conjunto de *«Derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluyendo, en particular, los derechos de custodia y visita»*. Asimismo, el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución, la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*⁴²¹ (en adelante, CH 1996), en su art. 1.2 indica que la expresión responsabilidad parental comprende *«la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la*

⁴¹⁹ DIAGO DIAGO, M. P., «La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2014, núm. 2, pp. 1078-1082.

⁴²⁰ DOUE, núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁴²¹ BOE, núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

persona o los bienes del niño». Como podemos observar, este concepto es mucho más amplio que el de patria potestad del Derecho español, ya que en nuestro sistema comprende el derecho de guarda y custodia y el de visita (art. 154 del Cc), aunque estos poderes-deberes estén atribuidos por una resolución judicial a cada uno de los cónyuges; sin embargo, a tenor del art. 156 del Cc, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento del otro, siendo una cuestión de orden público, ya que consagra el principio de igualdad entre los progenitores.

Sin embargo, las relaciones paternofiliales en el Derecho Marroquí y en el Derecho Español no gozan del mismo alcance, ya que, los deberes-poderes en relación con los hijos están perfectamente delimitados entre el padre y la madre en el Código de Familia Marroquí (CFM). Así, mientras que en Marruecos la patria potestad sobre los hijos corresponde en exclusiva el padre (*wilaya*, arts. 142 a 162), el derecho de custodia o cuidado y educación de los hijos recae sobre la madre (*hadana*, arts. 163 a 186 CFM).

3. LAS CRISIS DE PAREJA Y SUS CONSECUENCIAS EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SOBRE LOS HIJOS COMUNES

3.1 Introducción

Las diferencias que hemos puesto de relieve justifican que dediquemos este trabajo al modo en que las mismas se articulan cuando una pareja (Unión de hecho o matrimonio) que tiene su residencia habitual en España y, en la que uno de los componentes es marroquí, sufre una crisis en la que se ven involucrados hijos menores de edad. Asimismo analizaremos los diferentes supuestos en que en uno u otro caso, uno de los componentes es marroquí.

3.2 Crisis de una unión de hecho en la que uno o los dos integrantes son marroquíes con residencia habitual común en España

En el sistema español, cuando se produce una crisis en una pareja de hecho, la libertad para establecer los pactos que dicha pareja estime oportunos en cuanto a las cláusulas que van a regir su separación es total. No sucede así en cuanto al régimen jurídico al que van a quedar sometidos los hijos comunes habidos en el seno de esa relación, ya que los mismos quedan taxativamente determinados en el Cc (arts. 154 y 156).

Cuando se trata de una unión de hecho en la que el hombre es marroquí (ya sea una unión en la que los miembros de la pareja son los dos marroquíes o no), el hijo habido como consecuencia de esa unión de hecho será ilegítimo en Marruecos. Únicamente la filiación tendrá efectos en España. Así, si

el hombre no cumple con sus obligaciones relativas a su status de padre, la mujer, marroquí o española, tendrá que interponer una demanda relativa a la responsabilidad parental, siendo competentes para conocer de la misma los tribunales españoles a tenor del art. 8.1 del Reglamento 2201/2003, ya que el hijo menor pose su residencia habitual en España. Para determinar la ley aplicable al fondo de esa relación parental hemos de acudir al CH de 1996, el cual, al tener carácter *erga omnes*, ha dejado sin aplicación el art. 9.4 del Cc⁴²² en lo que respecta a la ley aplicable a las relaciones paternofiliales. En esta línea, el art. 15.1 del CH de 1996 recoge la regla *Lex Fori in Foro Proprio*; es decir, las autoridades de los Estados contratantes del Convenio aplicarán su propia ley cuando resulten competentes para conocer de las relaciones paternofiliales, *no a tenor de los foros contenidos en el Convenio, sino a las disposiciones del convenio*. En este orden de ideas, cabría preguntarse si, en tal caso, no sería de aplicación la norma de conflicto autónoma española; es decir, el art. 9.4 del Cc: esto es, la ley nacional del hijo y en su defecto, la ley de la residencia habitual. Sin embargo, algunos autores mantienen, opinión que comparto, que si el foro de competencia considerado por el tribunal español según el Reglamento 2201/2003 es idéntico al señalado en el CH de 1996, deben aplicarse las normas de conflicto del mismo, lo cual respeta el espíritu del convenio, el cual radica en que se aplique la ley de la autoridad de un Estado contratante que se declara competente con arreglo a uno de los foros contenidos en el convenio⁴²³.

La resolución que las autoridades españolas dicten en relación con esa demanda de relaciones paternofiliales no realizará distinción alguna acerca del origen matrimonial o no matrimonial del hijo, de manera que decidirá sobre el derecho de custodia y visita y, el contenido de los mismos, de ambos progenitores, pronunciándose implícitamente sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad. Esta resolución será de obligado reconocimiento y ejecución en España, pero no sucederá lo mismo en Marruecos, de manera que si la madre, ya sea española o marroquí, desea que la misma goce de reconocimiento y ejecución en Marruecos, porque el padre es marroquí, los tribunales marroquíes tendrán que acudir al procedimiento establecido en el Convenio bilateral entre España y Marruecos *sobre Asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores*, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997⁴²⁴ (en adelante, CBM de 1997), el cual señala que dicho procedimiento se regirá por las

⁴²² Inaplicación que es efectiva desde el día 1 de enero de 2011, fecha en la que entró en vigor para España el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (BOE, núm. 291 de 2 de diciembre de 2010).

⁴²³ CALVO CARAVACA, L. A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Protección de menores», en CALVO CARAVACA, L. A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Derecho internacional privado* (Vol. II), Granada, 13ª ed., Comares, 2012, pp. 400-401.

⁴²⁴ BOE, núm. 150, de 24 de junio de 1997.

normas internas de cada estado (art. 14.1)⁴²⁵ y que solo afectará a la parte de la resolución que se refiera a los derechos de custodia y visita y sus modalidades de ejercicio (art. 12). No obstante y, aunque el Convenio tenga por objeto «*hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro*» (art. 1.b), dichas resoluciones no tendrán efecto alguno en el país vecino cuando el padre marroquí (a tenor del Ordenamiento Jurídico Español) no goza de ese status en Marruecos según establece el CFM.

No sucede lo mismo cuando quien es marroquí es la madre, ya que según el CFM, en este caso tiene la custodia (*hadana*) y la patria potestad (*wilaya*). En este supuesto, si las autoridades españolas han considerado que la custodia del hijo ha de ser compartida o que el derecho de visita corresponde al padre y el de custodia a la madre o viceversa, el progenitor no marroquí habrá de poner un especial cuidado para que el hijo no salga de España o, si sale de nuestro país, que lo haga con todas las garantías para asegurar su retorno, ya que en Marruecos la filiación legítima y la ilegítima producen los mismos efectos en cuanto a la madre y cabe la posibilidad de que la misma lleve a cabo el secuestro del menor, de manera que entonces se habrá de poner en marcha un procedimiento para la devolución inmediata del menor trasladado de forma ilícita, al cual nos referiremos más adelante.

3.3 Crisis matrimonial en la que uno o los dos integrantes del matrimonio son marroquíes con residencia habitual común en España

Si la determinación de la responsabilidad parental tiene lugar como consecuencia de la crisis de un matrimonio con residencia habitual en España y uno, o los dos cónyuges tienen la nacionalidad marroquí, los tribunales españoles son competentes para conocer de tal crisis, según lo dispuesto en el Reglamento 2201/2003, (residencia habitual común del matrimonio en el momento de la interposición de la demanda). La ley aplicable al fondo de esta cuestión vendrá determinada por el Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 *por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*⁴²⁶. A tenor de este Reglamento, la ley aplicable será la que hayan convenido los cónyuges, en defecto de elección por las partes, la ley aplicable será la del estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual común en el momento de la interposición de la demanda; es decir, la ley española.

⁴²⁵ Sobre este Convenio, véase CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «El secuestro internacional de menores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, 2011, núm. 1, marzo, pp. 47-62 y bibliografía allí citada.

⁴²⁶ *DOUE*, núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010.

Como hemos señalado anteriormente, la responsabilidad parental cuenta con sus propios foros de competencia y con normativa específica en cuanto a su aplicación para resolver las cuestiones que la misma plantee. No obstante, cuando ésta se determine como consecuencia de un procedimiento de divorcio, el art. 12 del Reglamento 2201/2003 prorroga la competencia de los tribunales que estén conociendo de la demanda de divorcio a las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas con dicha demanda, siempre y cuando se den algunas condiciones. Así, los tribunales españoles serán también competentes para conocer de la responsabilidad parental derivada del divorcio, siendo la ley aplicable a la misma, a tenor del CH de 1996, la ley de la residencia habitual del menor; es decir, la ley española.

En la resolución de divorcio los tribunales españoles se pronunciarán, respecto de la disolución del vínculo matrimonial, pero también acerca de la responsabilidad parental, determinando a cual de los progenitores corresponde el derecho de guarda y custodia del menor y a cual el derecho de visita, o bien, si la custodia del menor es compartida por ambos progenitores, a tenor de lo estipulado en los arts. 154 y 156 del Cc.

La situación varía considerablemente si el menor no reside habitualmente en España con sus padres, sino que reside en Marruecos con algún familiar, lo cual es relativamente frecuente. En este caso la competencia judicial internacional viene dada por el CH de 1996, siendo los tribunales competentes para conocer de la responsabilidad parental los tribunales de Marruecos, lugar en el que el menor tiene su residencia habitual y los cuales no cederán dicha competencia en favor de los tribunales españoles, aunque éstos estén conociendo de la demanda de divorcio, como indica el art. 8.2 c) del CH de 1996. Dichos tribunales aplicarán su propia ley; es decir, la ley marroquí al fondo de esta cuestión, resolución judicial que, sin duda alguna, no coincidirá con la que hubieran pronunciado los tribunales españoles en el caso en que el menor tuviera su residencia habitual en España.

Así pues, si los tribunales españoles determinan la custodia compartida del menor o deciden acerca de que el derecho de custodia lo ejercerá la madre y el de visita el padre, implícitamente se están pronunciando acerca de que la patria potestad es compartida por ambos progenitores. En estos supuestos, el *dictum* de los tribunales españoles no será reconocido en Marruecos, ya que la patria potestad sobre los hijos corresponde en exclusiva al padre, cuestión de orden público internacional marroquí que a tenor del art. 23.4 del Convenio entre España y Marruecos ya citado (en adelante, CBCJ de 1997), posibilita el no reconocimiento. De este modo, la madre marroquí no podrá regresar a su país con su hijo a no ser que se exponga a que le sea arrebatada la patria potestad por los tribunales marroquíes si el padre así lo solicita. Del mismo modo y, al no reconocerse esta sentencia en el país vecino, la madre no podrá instar de

las autoridades marroquíes el cumplimiento por parte de su exmarido de las obligaciones determinadas por la sentencia española en relación con el hijo, únicamente podrá recabar su acatamiento ante las autoridades españolas. Nos encontramos por lo tanto con resoluciones judiciales claudicantes, válidas en el país en el que se han pronunciado, pero sin eficacia jurídica en el Estado en el cual se tratan de reconocer y ejecutar.

La situación se agrava considerablemente en el caso de dos supuestos en concreto: El primero de ellos tiene lugar cuando el que ostenta la nacionalidad marroquí es el padre y la sentencia española de divorcio se ha pronunciado acerca de la responsabilidad parental, ya que la madre, marroquí o española, tendrá que tomar todas las precauciones posibles para evitar que el menor viaje con su progenitor a Marruecos, y que de este modo se produzca un secuestro del menor. El segundo se producirá cuando la que es marroquí es la madre, pero ésta ha estado casada con un español, ya que es factible que se produzca la misma situación si ésta tiene la intención de regresar a Marruecos con su familia.

Todas estas situaciones pueden tener lugar cuando son los tribunales españoles los que conocen de la demanda de divorcio, pero puede suceder que una vez interpuesta demanda de divorcio ante los tribunales españoles por la mujer, ya sea ésta marroquí o española, el marido marroquí interponga ante los tribunales marroquíes la misma demanda de divorcio. Ello es posible al no haber ningún instrumento internacional que lo impida, ya que el Reglamento 2201/2003 en su art. 19 se refiere a la litispendencia, pero entre los Estados miembros, no afectando, por lo tanto, a Marruecos. Así, es posible que se dicte en Marruecos una sentencia de divorcio en la que se aborde la responsabilidad parental con pronunciamientos muy distintos a los contenidos en la sentencia de divorcio dictada por los tribunales españoles. De nuevo nos encontramos ante dos resoluciones judiciales claudicantes.

Como consecuencia de todas estas situaciones, las cuales tienen su origen en las resoluciones claudicantes dictadas por los tribunales de ambos países, el riesgo del traslado ilícito de los menores a Marruecos, cuando la sentencia española se pronuncia respecto de las relaciones paternofiliales, aplicando al fondo de la cuestión nuestra normativa, es más que patente, de manera que es necesario poner en marcha mecanismos para la resolución de estos conflictos de carácter familiar. A este respecto hemos de señalar que Marruecos es parte en el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980⁴²⁸ (en adelante, CH 1980), al igual que también lo es en el CH de 1996 que versa sobre la misma materia, si bien suple-

⁴²⁸ España declara aceptar la adhesión del Reino de Marruecos a este Convenio a tenor de su art. 38, párr. 4º. Entra en vigor entre los dos países el 1 de mayo de 2011, si bien el Convenio entró en vigor para Marruecos el 1 de junio de 2010.

menta y refuerza al CH de 1980, pero es que además entre España y Marruecos está vigente el CB sobre custodia de 1997 aplicable también al traslado ilícito de menores. Ante este panorama convencional hemos de cuestionarnos que instrumento normativo utilizar en caso de que el menor sea objeto de traslado ilícito.

Analizando el contenido de los convenios observamos que el CB sobre custodia de 1997, en su art. 3.3 deja a salvo la posibilidad de toda persona de acudir en cualquier momento del procedimiento a los tribunales de los Estados contratantes y, por otra parte, el art. 34 del CH de 1980 no se opone a la aplicación de otros instrumentos normativos para la restitución del menor. De este modo, si lo que se pretende lograr es el interés superior del menor, entendiendo como tal la restitución inmediata del mismo al lugar en el que tenía su residencia habitual inmediatamente anterior al secuestro, podremos concluir que se podrá aplicar cualquier instrumento que sea más favorable a la consecución de este objetivo⁴²⁹.

4. MECANISMOS PARA LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNOFILIALES ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS

No obstante este elenco de instrumentos internacionales, cuando se trata de proteger *el principio paterno-filial de la familia* las vías de escape por parte de las autoridades marroquíes para la observancia de los mismos son muy sutiles, si bien es cierto y es justo reconocer los esfuerzos que en los últimos tiempos están realizando dichas autoridades para hacer efectivos sus compromisos internacionales. De este modo España y Marruecos están promoviendo la mediación en el Mediterráneo como método de resolución de conflictos, a través de varios Seminarios internacionales⁴³⁰ en los que se ponen de relieve la importancia de este método de resolución de conflictos y se adoptan estrategias para poner en marcha acciones concretas que conduzcan y hagan efectiva la mediación.

Con anterioridad a estos seminarios, ya en el año 2004 se crea el Foro Hispano-Marroquí de Juristas, el cual se configura como instrumento que agrupa la cooperación técnica de diversos actores del mundo del derecho y se ha convertido en un espacio indispensable en las relaciones jurídicas entre España y Marruecos. Este foro nació en el seno de las abogacías de ambos países, pero hoy día trasciende ese marco geográfico y profesional para proyectarse como un verdadero movimiento en pro de un derecho definido como instrumento de integración supranacional y al servicio de la sociedad y los pueblos que constituyen la comunidad mediterránea⁴³¹. En el VIII Plenario, celebrado en Marra-

⁴²⁹ Sobre las relaciones existentes entre convenios relativos al secuestro de menores, véase CALVO CARAVACA, L. A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 423, p. 402 y ss.

⁴³⁰ El primero de ellos tuvo lugar en Madrid el 11 de febrero de 2013 y el segundo en Rabat el 7 de julio de ese mismo año.

⁴³¹ <http://forojuristas.com>.

quech en el año 2012, se crea la Asociación Marroquí de Abogados de Familia (AMAF) por iniciativa de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA), la cual tuvo su nacimiento en el año 1984. A raíz de la cooperación entre ambas asociaciones (Convenio de colaboración firmado en Córdoba el 29 de noviembre de 2013) la resolución de conflictos en el ámbito familiar entre los dos países es mucho más efectiva y real, ya que la comunicación entre sus miembros es rápida y directa, de manera que permite llegar a soluciones jurídicas que respetan el derecho de ambos países y en las que los intereses entre los particulares se ven colmados. En el IX Foro celebrado en Córdoba los días 28 y 29 de noviembre de 2013, de nuevo se incluye una mesa relativa al Derecho de familia y en las conclusiones de la misma podemos destacar los siguientes pronunciamientos:

1.º) La realidad migratoria familiar, con miembros asentados a uno u otro lado de la frontera, cientos de matrimonios mixtos y segundas generaciones nacidas en uno u otro país, debe reordenarse jurídicamente con urgencia.

2.º) Las soluciones unilaterales y la tendencia *legeforista* deben evitarse, en tanto que pueden provocar situaciones claudicantes, válidas para uno de los ordenamientos en presencia pero no en el otro. El concepto de orden público estatal ha de superarse y relativizarse.

3.º) Los convenios bilaterales son en este momento insuficientes. Deben reforzarse las relaciones multilaterales haciendo visible el proceso a la ciudadanía, con mecanismos consensuados que procuren una correcta continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas.

4.º) La apertura hacia un nuevo concepto del estatuto personal basado, de una parte, en la protección de los intereses de la persona y, de otra, en la defensa de cierta seguridad jurídica, son factores que han de conjugarse adecuadamente para evitar la creación o la perpetuación de situaciones discriminatorias o injustas.

Como podemos observar, las conclusiones aportadas son del todo realistas y, fundamentalmente factibles, de manera que la estrecha colaboración entre las asociaciones de abogados de familia de las dos orillas está permitiendo llevar a buen puerto la mediación, como vía de resolución de conflictos.

Por otra parte no podemos perder de vista la figura del juez de enlace, institución creada por ambos países con la finalidad de mediar e informar sobre los respectivos derechos en las relaciones familiares, el cual tiene un papel crucial en la mediación, ya que a través de su intervención se están obteniendo excelentes resultados.

RESUMEN

La inmigración de ciudadanos procedentes de Marruecos hacia nuestro país con un proyecto migratorio, generalmente de carácter permanente, ha dado lugar a que esa falta de provisionalidad se consolide en España mediante la creación de lazos familiares, bien con compatriotas, bien con nacionales o bien con otros extranjeros. En nuestro sistema no existe un único modelo de familia, bien al contrario, el desarrollo de la sociedad y la aparición de nuevos vínculos afectivos ponen de relieve el desarrollo de diferentes modos familiares. No sucede lo mismo en el Derecho marroquí ya que, aunque la filiación puede ser legítima o ilegítima, ésta segunda no tiene los mismos efectos jurídicos que la primera, que es aquella que tiene lugar, entre otras causas, dentro del matrimonio. De manera que la filiación ilegítima es como si en realidad no existiera, ya que no concede ningún derecho al hijo. Por el contrario, en el derecho español, a tenor de la Constitución, todos los hijos son iguales ante la ley, ya sean naturales (matrimoniales o no matrimoniales) o adoptivos.

A su vez, las relaciones paterno-filiales en el Derecho Marroquí y en el Derecho Español no gozan del mismo alcance. Así, mientras que en Marruecos la patria potestad sobre los hijos recae únicamente en el padre, en el Derecho español esta potestad la tiene tanto el padre como la madre (art. 154 Cc), siendo una cuestión de orden público, en tanto en cuanto consagra el principio de igualdad entre los progenitores. Asimismo también el término custodia sobre los hijos goza de un significado distinto en uno y otro Ordenamiento.

Las diferencias que hemos puesto de relieve justifican que dediquemos este trabajo al modo en que las mismas se articulan cuando una pareja que tiene su residencia habitual en España y, en la que uno de los componentes es marroquí, sufre una crisis en la que se ven involucrados judiciales de los tribunales españoles sobre la responsabilidad parental en el país vecino.

LA MEDIACIÓN: UNA HERRAMIENTA DE INTERVENCIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LITIGIOS COMERCIALES INTERNACIONALES Y SU INCIDENCIA EN LAS RELACIONES HISPANO-MARROQUÍES

María Asunción Asín Cabrera
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
(Universidad de La Laguna)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN MARROQUÍ.—3. LA MEDIACIÓN INSTITUCIONAL: LA FUNCIÓN DE LAS CORTES Y CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN.—4. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS DE BUENAS PRÁCTICAS EN EL USO DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO INTERNACIONAL.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

PALABRAS CLAVE: Ley marroquí sobre arbitraje y mediación convencional, Relaciones empresariales hispano-marroquíes, Mediación comercial internacional.

1. INTRODUCCIÓN

La mediación como un mecanismo de resolución de conflictos alternativos a la vía judicial goza en la actualidad del claro favor de los legisladores en un número importante de países. En la Unión Europea, concretamente, la mediación y los métodos ADR en general constituyen una cuestión prioritaria en su agenda y una muestra de ello lo encontramos en la promulgación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos

aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y cuya transposición en España ha tenido lugar a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴³².

El desarrollo de los modos alternativos de resolución de conflictos (ADR) se corresponde a la emergencia de un modelo de reglamentación que encuentra su expresión en la negociación y por ende en el principio de autonomía de la voluntad de las partes⁴³³.

Las técnicas de negociación y de comunicación relativas a la resolución de conflictos son objeto de un interés creciente entre los juristas. Con carácter general, los motivos de ello, podemos encontrarlos en una transformación de la sociedad que exige, cada vez más, esfuerzos de adaptación por parte de los operadores jurídicos en la búsqueda de nuevas fórmulas para afrontar el incremento de los volúmenes de litigiosidad suscitados ante los tribunales estatales y el coste, la sobrecarga y la larga duración de los procesos judiciales que ello conlleva.

La oportunidad de la puesta en práctica de métodos alternativos de resolución de litigios, como la mediación, es particularmente relevante en las controversias comerciales internacionales o de carácter transfronterizo, las cuales presentan una especial complejidad por la concurrencia de elementos de internacionalidad y por las dificultades generadas por el juego de las normas del Derecho Internacional Privado como consecuencia de las divergencias de ordenamientos jurídicos y de los sistemas judiciales en presencia.

La presente exposición tiene como principal objetivo ofrecer una aproximación jurídica general de la regulación de la mediación prevista en la Ley marroquí 08/05 publicada en el Boletín Oficial núm. 5584 de 6 de diciembre de 2007 que deroga determinadas disposiciones del Código procesal civil⁴³⁴.

Las disposiciones contenidas en la Ley marroquí constituyen una pieza clave de la evolución experimentada por el sistema judicial de este país en la gestión de modos alternativos de resolución de conflictos. Dentro de estos conflictos, creemos que la mediación puede mostrarse como un mecanismo potencialmente útil y eficaz en el ámbito de las relaciones comerciales entre España y Marruecos y muy en particular para la resolución de eventuales controversias en el ámbito empresarial.

Durante los últimos años, la economía marroquí ha acelerado su ritmo de crecimiento y ello está permitiendo consolidar una estabilidad macroeconómica

⁴³² 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*, Vol. 46, 2013, núm. 136, Enero-Abril, pp. 165-199.

⁴³³ Véase PALAO MORENO, G., «Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto- Ley 5/2012», *La Ley*, 2012, núm. 7847, 27 de abril, pp. 10-12.

⁴³⁴ Dahir núm. 1-07-169 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi núm. 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile, *Bulletin Officiel*, núm. 5584, 6 de diciembre de 2007.

y afrontar en mejor situación, el actual proceso de liberalización y apertura hacia el exterior.

La progresiva apertura exterior de Marruecos, es un factor que está contribuyendo a una dinamización de los flujos e intercambios comerciales con este país, siendo las empresas francesas y españolas las principales proveedoras y clientes europeos de la economía marroquí⁴³⁵.

A este particular, hemos de poner de relieve que según datos facilitados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por PROEXCA, Empresa pública adscrita a la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad del Gobierno de Canarias, con oficina en Agadir y cuyo objetivo es incentivar la internacionalización de las empresas canarias y la atracción hacia las islas de inversiones estratégicas, la provincia española con mayor número de importaciones desde Marruecos es Barcelona, con 273.854,4 miles de Euros importados en el primer semestre de 2013. Las Palmas de Gran Canaria se sitúa en el puesto veintiuno del ranking con 16.132 miles de Euros importados en primer semestre de 2013. Entre las principales importaciones destacan, los combustibles y aceites minerales.

Respecto a las exportaciones, por volumen de intercambios comerciales, las principales Comunidades Autónomas exportadoras a Marruecos son Cataluña, Andalucía y Galicia, encontrándose Canarias en el puesto número 9. Las máquinas, aparatos y material eléctrico, así como prendas y complementos de vestir y abonos son los grupos principales de exportaciones. Además de ello, cabe señalar la implantación progresiva en el mercado marroquí de empresas españolas de servicios, dentro de las cuales *destacan las empresas de «outsourcing y offshoring», consultorías, promoción inmobiliaria y turismo*⁴³⁶.

2. LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN MARROQUÍ

El legislador marroquí con la introducción de la mediación en su ordenamiento jurídico no hace sino evidenciar la evolución de una práctica emergente que comienza a desarrollarse en un número creciente de legislaciones en el Norte y Sur de África. Así, por ejemplo, tal es caso de Argelia, que desde el año 2008,

⁴³⁵ Las relaciones comerciales entre España y Marruecos están marcadas entre otros acuerdos, por la entrada en vigor el 1 de marzo de 2000 del Acuerdo de Asociación UE-Marruecos y la integración regional de este país en la cuenca euromediterránea en el marco de los principios y objetivos desarrollados a partir del Proceso de Barcelona en 1995. A este particular, véase entre otros, CEPILLO GALVÍN, M. A., «Las relaciones entre la Unión Europea y Marruecos: de la cooperación a la asociación y a la política de vecindad», en DEL VALLE GÁLVEZ, A. y VERDÚ BAEZA, J. (dir.), *España y Marruecos en el centenario de la Conferencia de Algeciras*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 162-181.

⁴³⁶ Véase PROEXCA, *Ficha Comercial. Relaciones Comerciales Canarias con Marruecos*, 2013, Septiembre; AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA SECRETARÍA DE ESTADO DE COMERCIO, *Informe Comercio Exterior*, Ministerio de Economía y Competitividad, 2013, Octubre; AFRICA INFOMARKET, *Dossier Económico Marruecos*, 2013, Septiembre.

dispone de una regulación de la mediación judicial en el Código Procesal Civil y Administrativo⁴³⁷.

A diferencia de la mediación judicial prevista en la legislación argelina, el legislador marroquí ha optado únicamente por la mediación convencional⁴³⁸. Por consiguiente, son las partes interesadas quienes deciden por sí mismas recurrir a la mediación y no a propuesta del juez. Ello se infiere claramente de lo dispuesto en el art. 327-55 del Código Procesal Civil (CPC), según el cual «a fin de prevenir o resolver una diferencia, las partes pueden convenir la designación de un mediador encargado de facilitar la conclusión de una transacción que ponga fin a la diferencia».

Se trata de una definición de mediación directamente vinculada a la voluntad de las partes. El acuerdo de las partes de someter a mediación la controversia (la convención de mediación) tiene naturaleza contractual, al establecerse expresamente en el art. 327-56 del CPC que la convención de mediación en virtud de la cual las partes acuerdan designar un mediador encargado de facilitar la conclusión de una transacción para poner fin al litigio nacido o por nacer es «un contrato» de transacción, reglamentado por las disposiciones del Código de Obligaciones y Contratos.

A tenor de lo dispuesto en la legislación marroquí, si el acuerdo de mediación versa sobre un litigio ya nacido, nos encontramos ante la conclusión de un «compromiso de mediación». En cambio, si el objeto del acuerdo o la convención de mediación comprende la obligación de las partes de someter a mediación los litigios que pudieran nacer o surgir en un futuro, estaríamos en presencia de una «cláusula de mediación».

La cláusula de mediación puede definirse como una estipulación que se inserta en un contrato que posee una completa autonomía jurídica y en virtud de la cual cada una de las partes se obliga, en el caso de que surja una controversia, a iniciar un proceso de mediación con la finalidad de negociar, bajo un mediador, los términos de una solución amigable al conflicto (arts. 327-61, 62, 63 y 64 del CDP).

Los requisitos de fondo exigidos en ambos supuestos, bajo sanción de nulidad, están referidos a la designación del mediador, a la fijación de las modalidades de su designación, así como a la determinación del objeto del litigio cuando se trate de un «compromiso de mediación».

⁴³⁷ Loi núm. 08-09 du 18 Safar 1429 correspondant au 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative. *Journal Officiel de la République Algérienne*, núm. 21, 23 de abril de 2008. A este particular, véase BENCHENEB, A., «La médiation dans l'espace maghrébin», *Revue d'arbitrage et de médiation*, Vol. 3, 2013, núm. 1, pp. 13- 24; RIYAD FAKHRI, M., «Quel régime juridique de la médiation dans les pays de la rive sud de la Méditerranée?», en OSMAN, F. (dir.), *La médiation en matière civile et commerciale*, Bruselas, Bruylant, 2012, pp. 232-250.

⁴³⁸ Véase, *La Médiation conventionnelle, Les Guides CGEM (Commission Règles de Médiation)*, Confédération Générale des Entreprises du Maroc. Guides d'information, mayo de 2009.

En cuanto a las modalidades de la designación del mediador, el art. 327-67 del CDP, dispone que la mediación puede ser confiada a una persona física o a una persona jurídica.

Cuando la mediación se organiza por las mismas partes, nos encontramos ante una mediación *ad hoc*. En esta modalidad de mediación, la convención de la mediación debe prever entre otros, el dispositivo de designación del mediador o mediadores, el procedimiento de la mediación, el pago de los honorarios, etc. En cambio, cuando la mediación se organiza a través de un Centro de mediación, nos encontramos en presencia de una mediación institucional. En este caso, el Centro elegido es quien designa al mediador y organiza todo el procedimiento con arreglo a su reglamento interno.

Tal como se desprende del conjunto de las disposiciones relativas a la regulación de la mediación convencional, uno de los principales retos de este instrumento alternativo de resolución de conflictos es evitar la escalada de conflictos y proteger la relación de las partes. A diferencia de un proceso judicial o arbitral, una mediación no se salda por la consagración de un ganador versus un perdedor y su objetivo fundamental es llegar a un acuerdo que deberá ser aceptado por las dos partes. Si las partes llegan a un acuerdo, concluyen «una transacción» que pone fin al litigio y en el caso de que no se alcance, el mediador extiende a las partes el documento de no transacción con su firma.

El acuerdo de «transacción» que debe ser firmado por el mediador y las partes en cuestión es la etapa final de toda mediación exitosa. Su validez y efectos se rigen por las disposiciones del Código marroquí de Obligaciones y Contratos y tiene fuerza de cosa juzgada (arts. 327-68 y 69 del CDP). Además de ello, y esto es una de las cuestiones que nos parecen más importantes de su regulación, es que el acuerdo alcanzado por las partes en el marco de la mediación, puede tener fuerza ejecutiva, estableciéndose expresamente para ello que el presidente del Tribunal territorialmente competente para conocer del litigio puede otorgar el correspondiente *exequatur*.

Desde la óptica del Derecho internacional privado, la eficacia del acuerdo de «transacción» alcanzado por las partes en la mediación reviste un carácter fundamental, a la hora de abordar la viabilidad de la mediación como un modo de solucionar las controversias que surjan en el ámbito comercial internacional. Es cierto, que la legislación marroquí, no abarca como hubiera sido deseable, la regulación de la mediación internacional, sin embargo, ello no obsta a que nos preguntemos acerca de la posible eficacia que podrían tener los acuerdos concluidos por las partes en Marruecos en nuestro país. Como señala Esplugues Mota, en este supuesto, habría que estar a lo dispuesto en el «régimen convencional existente en la materia y que vincula a nuestro país» y por lo tanto, en el Convenio de cooperación judicial en materia civil,

mercantil y administrativa, entre el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997⁴³⁹.

3. LA MEDIACIÓN INSTITUCIONAL: LA FUNCIÓN DE LAS CORTES Y CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

En los últimos años, las relaciones comerciales internacionales entre España y Marruecos se han ido intensificando, a medida que un número cada vez mayor de entidades, incluidas las pequeñas y medianas empresas (PYME), realizan operaciones que trascienden sus fronteras nacionales.

En el ámbito del desarrollo de las relaciones comerciales euromediterráneas, un papel esencial en el impulso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos es el que, actualmente, están llevando a cabo instituciones como la Corte Hispano Marroquí de Arbitraje⁴⁴⁰ y los Centros de Arbitraje y Mediación. Se trata de instituciones mixtas que incorporan en sus reglamentos diversas propuestas de resolución de conflictos, referidas fundamentalmente al arbitraje y la mediación. Una de estas instituciones es el Centro Atlántico de Arbitraje, el cual fue constituido con la finalidad de potenciar la seguridad jurídica y la confianza mutua en las transacciones internacionales, ofreciendo, a través del arbitraje y la mediación, respuestas y soluciones ágiles, equitativas y confidenciales a las posibles controversias que puedan surgir entre empresas del entorno atlántico y dentro de las cuales las relaciones entre empresas hispano-marroquíes cobran un especial protagonismo.

El Centro Atlántico de Arbitraje y Mediación se trata de una asociación sin ánimo de lucro constituida por tiempo indefinido a iniciativa de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de Canarias y al cual se incorporarían las Cámaras o Cortes de arbitraje de Rabat, Dakar, Cabo Verde o Guinea Bissau. Dicha Asociación fue inscrita en el Registro de Asociaciones Canarias, por Resolución de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Participación Ciudadana de 9 de julio de 2012. Paralelamente a esta iniciativa, hemos de poner de relieve, que el Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno de Canarias, las Cámaras de Comercio de Canarias, el Consejo Canario de Colegios de Abogados y el Consorcio Casa de África suscribieron el 10 de Junio de 2013, un Convenio de colaboración para facilitar y divulgar el uso de la mediación, la conciliación y el arbitraje en el ámbito mercantil, tanto nacional como internacional, como medios alternativos de solución de conflictos en el ámbito de las relaciones entre empresas. Este Convenio, a pesar de la infra utilización de la mediación en la práctica española y en la que apenas el 1 por 100 del tejido empresarial trata de resolver sus controversias fuera de los tribunales, pretende consolidar a Canarias por su enclave geográfico,

⁴³⁹ ESPLUGUES MOTA, C., *op. cit.*, nota 431, pp. 196-198.

⁴⁴⁰ <http://cortehispanomarroquidearbitraje.org/es/index.php/la-corte>.

como un punto estratégico para dirimir conflictos entre empresas que operan en el continente africano mediante el uso del arbitraje y la mediación. Se trata en definitiva, de una apuesta importante que, ciertamente, creemos que puede contribuir a difundir el conocimiento de la mediación y a garantizar la seguridad jurídica de las relaciones comerciales y de inversión entre esta región ultraperiférica de la Unión Europea y sus socios comerciales del continente africano, dentro de los cuales Marruecos ocupa un lugar muy destacado. Asimismo, en consonancia con lo expresado por la Comisión en su Comunicación sobre «Las regiones ultraperiféricas de la Unión Europea: hacia una asociación en pos de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»⁴⁴¹, hemos de tener en cuenta que las regiones ultraperiféricas, a fin de que puedan desarrollar su propio potencial, «tienen que integrarse mejor, no solo en el mercado único, sino también en su propia vecindad regional». Para ello, el impulso de oportunidades económicas mediante la cooperación entre las regiones ultraperiféricas, como es el caso de Canarias y Terceros Estados Vecinos como Marruecos, reviste una gran importancia. Uno de estos impulsos puede venir dado por una intensificación de los flujos comerciales, lo cual requiere que se genere una confianza entre las empresas de las regiones ultraperiféricas y las de los terceros países vecinos. A tales efectos, el hecho de que las Instituciones dedicadas al comercio internacional manifiesten su voluntad de favorecer y promover «el establecimiento de sistemas alternativos de resolución de litigios entre empresas», como la mediación, en las regiones ultraperiféricas y los terceros países vecinos, a través de una aproximación de los sistemas jurídicos implicados, es particularmente relevante y necesario.

4. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS DE BUENAS PRÁCTICAS EN EL USO DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Los Estados de la zona del Sur del Mediterráneo y del Norte de África constituyen actualmente un área prioritaria para los operadores jurídicos internacionales. Ello se debe a su atracción para llevar a cabo inversiones directas y potenciar relaciones comerciales por parte de empresas extranjeras y muy especial por las PYME, radicadas en países distintos, tanto dentro como fuera de la Unión Europea y cuya búsqueda de nuevas fuentes de crecimiento, como son los mercados de terceros países en expansión y en sectores como el turismo o las industrias creativas, «pueden representar para las mismas una oportunidad inestimable de desarrollo»⁴⁴².

⁴⁴¹ COM (2012) 287 final, Bruselas, 20 de junio de 2012, en particular, p. 19.

⁴⁴² Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Pequeñas empresas en un mundo grande: una nueva asociación que ayude a las PYME a aprovechar oportunidades globales», COM (2011) 702 final, Bruselas, 9 de noviembre de 2011.

La mediación juega un papel clave en el desarrollo de las relaciones euro-mediterráneas y especialmente, en el refuerzo de la cooperación internacional entre las pequeñas y medianas empresas en la región. La promoción del uso de un sistema de resolución alternativo de conflictos posibilita la generación de una mayor confianza entre los actores del comercio internacional, permitiendo la potenciación de iniciativas empresariales. A este respecto, un sistema de mediación fiable no cabe duda de que puede resultar sumamente ventajoso para los inversores nacionales y extranjeros.

La promoción del uso de la mediación en los conflictos comerciales internacionales viene a satisfacer una necesidad que se manifiesta cada vez más frecuentemente para responder a los intereses de las empresas que se encuentran en conflicto, en el marco del desarrollo de su actividad comercial en España o en un Tercer país extranjero como Marruecos. Así pensemos, por ejemplo, en un conflicto con un socio económico, un proveedor, un cliente, o una dificultad derivada de un contrato de arrendamiento comercial.

Con la finalidad de favorecer y promover la utilización de la mediación en el marco de controversias comerciales internacionales, realizaremos a continuación una serie de recomendaciones y de propuestas de buenas prácticas que a título orientativo, pueden contribuir a una práctica más exitosa de este modo alternativo de prevención y de resolución de conflictos y que genere un mayor grado de confianza en su aplicabilidad.

1. La previsión por la legislación marroquí de la mediación convencional, ciertamente es un primer paso importante para el reconocimiento jurídico de este método alternativo de resolución de conflictos. Pero estos esfuerzos legislativos resultan insuficientes si no van acompañados de medidas que incentiven el recurso a la mediación. Un sistema de mediación para que sea fiable y eficaz y contribuya a la potenciación de las relaciones euromediterráneas en el ámbito del comercio internacional requiere, una serie de actuaciones, dentro de las cuales, destacaríamos esencialmente las tres siguientes: a) un mayor esfuerzo de participación y de cooperación de los poderes públicos, de las empresas, de las instituciones dedicadas al comercio internacional y de los profesionales del derecho; b) una organización de la figura del mediador y c) la puesta en marcha de estructuras adecuadas que aseguren el éxito de este mecanismo en la práctica.

2. Para que la mediación comercial internacional despliegue una mayor eficacia en la práctica, es necesario la promoción de un clima cooperativo y participativo entre los diferentes actores implicados (instituciones gubernamentales, asociaciones de empresarios y profesionales, cámaras de comercio y centros de arbitraje y mediación en la región). En la actualidad, existe una multiplicidad de órganos públicos y privados con una disparidad de reglamentos que ofrecen sus servicios a las partes, particularmente a empresas, que puedan estar interesadas

en alcanzar una solución amigable de sus conflictos. Esta dispersión, no favorece la seguridad jurídica. Por ello, es recomendable la creación de modelos en red en los cuales participen aquellos Centros, Instituciones y foros especializados en la región mediterránea y que tengan voluntad de fomentar la mediación en materia comercial internacional. La realización de encuentros y reuniones periódicas entre estos organismos y demás actores implicados en la mediación, proporcionará a los usuarios que deseen recurrir a este mecanismo alternativo de conflictos un mayor grado de fiabilidad y de eficacia

3. Las partes que recurren a la mediación comercial internacional tienen un perfil diferente de las que intervienen en los asuntos civiles, ya que generalmente se trata de empresas o sociedades y de agrupaciones de interés económico. La mediación en estos supuestos, por la naturaleza comercial de los conflictos, requiere un tratamiento específico y el mediador debe ser un profesional especializado y experimentado en el conocimiento del mundo de los negocios, que acepte la observación de determinados códigos deontológicos, y que ofrezca servicios de buena calidad. Para ello, no sólo debe poseer habilidades psicosociales y comunicativas sino, habilidades sustantivas en el sector. Esta cualificación sustantiva creemos que es esencial en la mediación comercial. Además, los mediadores deben ser conscientes que en la mediación comercial internacional interactúan, en muchos casos, dos o más sistemas jurídicos y a fin de lograr que las partes encuentren una solución amigable, resulta conveniente considerar las legislaciones de los sistemas involucrados. Como se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, ciertamente, no es función del mediador prestar asesoramiento jurídico a las partes. Sin embargo, la posesión de conocimientos de los problemas y de las dificultades que se plantean en el ámbito de los negocios internacionales, estimamos que es un elemento que debe ser tenido muy en cuenta en la formación del mediador, ya que en las relaciones comerciales la confianza de las partes de ser asistidas por una persona experimentada (el mediador) que tenga conocimiento de sus actividades y de la naturaleza de los conflictos que puedan surgir, es un factor que juega un papel decisivo a la hora de recurrir a este mecanismo extrajudicial de controversias.

4. Un hecho observable en la actualidad, es que a pesar del interés de los legisladores europeos y del sur del Mediterráneo por introducir en sus respectivos ordenamientos jurídicos la figura de la Mediación y de darse a conocer y exponerse por parte de la doctrina las numerosas ventajas que ofrece este mecanismo de resolución de conflictos, lo cierto es que su visibilidad en la práctica es muy poco significativa y los datos estadísticos brillan por su ausencia. A este respecto, se puede afirmar, que resulta necesario desarrollar en nuestro entorno una cultura de la Mediación. A este fin, el fomento del estudio y la difusión de este mecanismo alternativo de resolver conflictos en los colegios profesionales de la abogacía es esencial, ya que en calidad de actores indirectos, los abogados juegan un

papel importantísimo en el asesoramiento a sus clientes acerca de las ventajas y conveniencia de recurrir a la mediación en el ámbito del comercio internacional.

5. Finalmente, de cara a la puesta en marcha y al desarrollo de estructuras eficaces de mediación, unas herramientas de especial interés y sumamente útiles para las empresas son las Guías de Buenas Prácticas, caracterizadas por ofrecer una descripción de principios y directrices orientadas a la promoción del uso de la mediación en materia comercial internacional y el establecimiento de protocolos de actuación. Asimismo, otros instrumentos no menos importantes, de *soft law*, que juegan un papel cada vez más relevante en el ámbito de los negocios transnacionales, por contribuir «al desarrollo de unas relaciones económicas internacionales armónicas» y que debemos tener presente en la promoción del uso de la mediación, son las Leyes modelo. Un ejemplo de esta técnica de codificación que no tiene un carácter obligatorio directo, es La Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional aprobada el 24 de junio de 2002 en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL) con el principal objetivo de fomentar el recurso a la mediación (conciliación en sentido amplio) y ofrecer más previsibilidad y certeza en su utilización. En concreto, se trata de un texto legal que se recomienda a los Estados para su incorporación al derecho interno y que «debe ser visto como un juego equilibrado de reglas autónomas que podrán ser incorporadas al derecho interno como una única ley o como parte de un régimen más amplio para la solución de las controversias».

5. CONSIDERACIONES FINALES

¿Puede la mediación constituir un mecanismo útil para la prevención y resolución de conflictos comerciales internacionales y contribuir a la promoción de los intereses de los países del sur y norte de la región del Mediterráneo?

La mediación es una técnica que garantiza la seguridad jurídica en las relaciones de comercio internacional y que pretende responder eficazmente a las expectativas y exigencias de los operadores económicos y de las partes en conflicto. En este contexto, es esencial señalar que el mediador no es ni juez ni árbitro sino más bien un «catalizador» quien tiene por objetivo facilitar las negociaciones entre las partes con el fin de ayudarlas a encontrar por si mismas una solución a su conflicto.

Gracias a la previsión de la mediación en la legislación marroquí, las empresas marroquíes disponen actualmente de un instrumento que les permite resolver de manera amigable sus diferencias comerciales y dirimir sus controversias contractuales en materia civil y mercantil fuera de la vía judicial. Si el recurso a la mediación comercial se visibiliza en Marruecos y en España, su práctica traerá consigo efectos positivos en el sector privado, al reducir considerablemente los

inconvenientes de los litigios comerciales, lo que, ciertamente, favorecería, además, una mayor atracción de inversión extranjera en ambos países. Sin embargo, las disposiciones contenidas en la legislación marroquí resultan insuficientes para asegurar el desarrollo y la promoción de las relaciones comerciales entre España y Marruecos. Desde nuestro punto de vista, uno de los principales obstáculos jurídicos deriva de la ausencia de una reglamentación de la mediación internacional aplicable a la resolución de conflictos en las relaciones comerciales en las que interviene un elemento de internacionalidad. Esta ausencia de reglamentación contrasta con la regulación que la ley marroquí hace de la institución del arbitraje, la cual en su sección II, introduce una regulación del Arbitraje internacional, definido como aquél que tiene por objeto «intereses del comercio internacional y una de las partes tiene al menos su domicilio o sede en el extranjero» (art. 327-40 del CPC).

Como ha subrayado la doctrina, si bien el arbitraje internacional ha sido objeto de regulación por numerosos instrumentos internacionales y ha sido considerado como «el niño mimado» de los modos alternativos de resolución de conflictos. Por el contrario la mediación internacional ocupa, aún hoy, un plano muy secundario. La aplicación práctica de la mediación por parte de las empresas y los profesionales del Derecho es poco significativa. Los motivos de ello, creemos que son muy diversos. Pero de todos ellos, destacaríamos esencialmente dos. En primer lugar, el desconocimiento de las ventajas y beneficios de la mediación, dentro de las cuales, su utilización como una herramienta que asegura que las partes en litigio se sientan validadas durante todo el proceso y que el conflicto pueda dirimirse mediante la adopción de soluciones «ganar-ganar», reviste una gran importancia, en cuanto permite a las partes continuar e intensificar sus relaciones comerciales una vez sus diferencias han sido resueltas.

En segundo lugar, la desconfianza de las partes en presencia hacia la persona del mediador, motivada entre otras razones, por la escasez de mediadores cualificados y especializados en el derecho comercial internacional y que puedan colaborar con eficiencia en la resolución de los conflictos empresariales.

La mediación, como un método alternativo de resolución de conflictos permite que las partes, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, busquen una solución segura gestionada por ellas mismas, en un periodo de tiempo muy breve y con un coste reducido, de forma confidencial, manteniendo o incluso ampliando los vínculos comerciales entre ellas y, sobre todo, conservando el control sobre la resolución final del conflicto. Sin embargo, a pesar de las bondades que presenta, su puesta en práctica requiere un cambio de mentalidad por las partes en conflicto, por los operadores jurídicos y por las propias instituciones que contemplan en sus estatutos y reglamentos el sistema de mediación. A tales efectos, los colegios profesionales de la abogacía, así como las Cámaras de Comercio,

deberían jugar un papel más activo en la labor de asesoramiento a sus clientes y en la promoción y sensibilización de recurrir a este mecanismo alternativo a la vía judicial de resolución de conflictos.

RESUMEN

La presente comunicación tiene como principal objetivo llevar un análisis jurídico de la regulación de la Mediación convencional prevista en la Ley marroquí publicada en el Boletín Oficial núm. 5584 de 6 de diciembre de 2007 y sus implicaciones en el ámbito del comercio internacional. Las disposiciones contenidas en la Ley relativa al Arbitraje y a la Mediación Convencional constituyen una pieza clave de la evolución experimentada por el sistema judicial marroquí en la gestión de modos alternativos de resolución de conflictos. Dentro de estos conflictos, la mediación puede mostrarse como un mecanismo potencialmente útil y eficaz en el ámbito de las relaciones comerciales entre España y Marruecos y muy en particular para la resolución de eventuales controversias entre empresas. A tales efectos, se establecen una serie de propuestas y recomendaciones encaminadas a favorecer y promover la utilización de la mediación en el marco de controversias comerciales internacionales y que pueden contribuir a una práctica más exitosa de este modo alternativo de prevención y de resolución de conflictos y que genere un mayor grado de confianza en su aplicabilidad.

MEDIACIÓN EN CONFLICTOS INTERNACIONALES DE FAMILIA: APORTACIONES DESDE LA PRÁCTICA CONVENCIONAL DE LA HAYA

Carmen Azcárraga Monzonís

Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
(Universitat de València)*

SUMARIO: 1. CONTEXTO: LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES.—2. LA MEDIACIÓN EN LOS TRABAJOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA.—3. LAS BASES DEL ÉXITO DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL: LECCIONES APRENDIDAS DE LOS TRABAJOS DE LA HAYA.—4. REFLEXIÓN FINAL.

PALABRAS CLAVE: Mediación internacional, Sustracción de menores, Conferencia de La Haya, Guía de Buenas Prácticas.

1. CONTEXTO: LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

Los conflictos privados internacionales presentan una especial complejidad que reclama un tratamiento específico por parte del legislador de los mecanismos disponibles para su resolución. En el ámbito concreto de las relaciones familiares, las dificultades que de normal se asocian a esta clase de conflictos se agravan aún más en los casos internacionales por la presencia de factores relacionados con la propia naturaleza de las situaciones vinculadas con varios países. Por ejemplo, la distancia geográfica entre las personas implicadas —y consecuente

* La presente contribución ha sido desarrollada en el marco de los Proyectos de investigación DER 2013-44749-R «Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia: integración, ‘globalización’, Derecho público y ODR como algunos de sus retos» y GV/2014/053 «Retos de la mediación en el s. XXI».

diferencia horaria, que dificulta la comunicación-, las diferencias idiomáticas, la eventual colisión de contextos culturales y religiosos basados en valores y principios diversos, la interacción de dos o más sistemas jurídicos, y la necesidad de acudir a la cooperación internacional para su resolución.

Tales factores pueden afectar a los conflictos surgidos en el Mediterráneo, área en la que conviven pueblos de diferentes culturas que entablan relaciones entre sí. Pero es posible extender su influencia a cualquier región del globo cuyos ciudadanos participen de los movimientos migratorios y entablen relaciones con gentes de otros países, que no siempre comparten modelos sociales y familiares basados en los mismos principios, por ejemplo, en cuanto a los roles de género dentro de la familia, la educación de los hijos, la mayor o menor consideración de la familia extensa, etc. Por ello, la especificidad de los conflictos transfronterizos requiere mecanismos de resolución de conflictos preparados para afrontar esas particularidades.

Dentro de las diferentes vías de resolución de controversias existentes, las estructuras judiciales y de cooperación civil no siempre se muestran eficaces, o al menos no son siempre suficientes, para lograr que se solucionen de forma satisfactoria ciertos casos particularmente complicados, como por ejemplo los supuestos de sustracción de menores que vinculan a países de diferentes culturas y respecto de los que no existe un marco jurídico común que proporcione las bases de dicha cooperación. Es evidente que la huella que deja esta clase de conflictos es aún más profunda cuando se ven involucrados determinados colectivos considerados más vulnerables, como los menores, por lo que en estas situaciones impera aún más la necesidad de conseguir resultados satisfactorios de la forma más rápida posible.

En este marco los sistemas extrajudiciales como la mediación se presentan especialmente atractivos frente a los tradicionales sistemas judiciales para abordar una clase de litigios que empiezan siendo privados pero que conllevan en ocasiones efectos penales, y que incluso pueden llegar a afectar en última instancia a las relaciones diplomáticas entre los Estados de los nacionales implicados. La práctica muestra cómo los conflictos privados transnacionales pueden llegar también a desestabilizar la convivencia internacional. Por ello es imprescindible fomentar el recurso a mecanismos más ágiles, de corte amistoso y dirigidos por profesionales con una particular formación que permitan solucionar los conflictos con mayor celeridad y al mismo tiempo con el menor impacto familiar y social posible, evitando así que la falta de acercamiento y de diálogo entre las partes derive en situaciones irreversibles que puedan afectar no sólo a intereses privados sino también a las relaciones entre Estados.

Por todo lo anterior, consideramos positivo que la mediación haya venido desarrollándose a nivel internacional en los últimos tiempos tanto en la práctica como en el plano legislativo. Además de los posibles acuerdos bilaterales que

determinados Estados hayan podido concluir entre sí que incluyan el fomento del uso de estos mecanismos⁴⁴³, nos gustaría destacar en este comentario la labor de determinadas organizaciones internacionales que han sido especialmente decisivas en el impulso de la mediación transfronteriza en asuntos civiles y mercantiles, lo que se ha reflejado en el desarrollo de diversas iniciativas, algunas de ellas vinculantes.

Es el caso, en primer lugar, de la Unión Europea (UE), que ha protagonizado ya un largo proceso de promoción de estos mecanismos⁴⁴⁴, interés que ha culminado con la adopción de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁴⁵, pero que venía plasmándose desde hace años en ámbitos como el consumo y las relaciones familiares⁴⁴⁶ habiéndose llegado incluso a adoptar en 2004 un Código de Conducta Europeo para Mediadores⁴⁴⁷. También la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha jugado un papel importante en el desarrollo de instrumentos sobre mecanismos alternativos de resolución de conflictos de importante éxito internacional, como el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de laudos extranjeros o las Leyes Modelo sobre arbitraje o conciliación⁴⁴⁸. Y en tercer lugar, cabe destacar igualmente las aportaciones del Consejo de Europa en la materia, organización que ha adoptado un conjunto de recomendaciones en ámbitos materiales diversos: mediación familiar, penal, administrativa y civil⁴⁴⁹.

Junto con la UE, la CNUDMI y el Consejo de Europa, la presente contribución persigue destacar la labor de una cuarta organización, la Conferencia de La

⁴⁴³ Es el caso, por ejemplo, del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores (*BOE*, núm. 150, de 24 de junio de 1997), que establece que las Autoridades Centrales de cada parte contratante deberán facilitar que se alcancen soluciones amistosas.

⁴⁴⁴ PALAO MORENO, G., «La mediación y su codificación en Europa: Aspectos de Derecho internacional privado», en BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Liber Amicorum Prof. Dr. Juan Montero Aroca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

⁴⁴⁵ *DOUE*, núm. L 136, de 24 de mayo de 2008.

⁴⁴⁶ Véanse art. 55.e) del Reglamento (CE) Núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DOUE*, núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003); art. 55.d) del Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DOUE*, núm. L 7, de 10 de enero de 2009).

⁴⁴⁷ Disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁴⁸ Instrumentos disponibles en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts.html (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁴⁹ Instrumentos disponibles en http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/mediation/default_en.asp (última visita 25 de mayo de 2014).

Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), que ha trabajado igualmente en las últimas décadas en la promoción de soluciones amistosas en el concreto ámbito de las relaciones familiares internacionales reguladas por los convenios adoptados en su seno. Algunos de los Convenios de La Haya de Derecho de familia internacional animan a recurrir a la mediación en sus respectivos campos de actuación. Además, se han redactado Guías de Buenas Prácticas para fomentar una aplicación efectiva de estos convenios, incluyendo el uso de la mediación internacional. Se ha valorado incluso la posibilidad de elaborar un instrumento propio sobre mediación transfronteriza en el ámbito familiar, iniciativa que ha empezado por abordar la ejecución internacional de acuerdos y que continúa hoy día vigente en la agenda del legislador de La Haya.

Proponemos adentrarnos en el siguiente apartado en la evolución de los trabajos elaborados por la HCCH en este campo, de los que posteriormente extraeremos algunas directrices sobre las que se sustenta el éxito de la mediación internacional en la resolución de controversias familiares internacionales según estos estudios.

2. LA MEDIACIÓN EN LOS TRABAJOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

La apuesta de la HCCH por el uso de mecanismos que fomenten «soluciones amigables» data de décadas atrás, cuando empezaron a introducirse disposiciones en este sentido en distintos convenios internacionales, como los relativos a sustracción internacional de menores (1980), medidas de protección de los niños (1996), protección de adultos (2000) y cobro internacional de alimentos (2007)⁴⁵⁰. No se trata por tanto de una materia nueva para esta organización; también se había hecho hincapié en la importancia de la promoción de acuerdos amistosos en distintas Guías de Buenas Prácticas desarrolladas en aplicación de ciertos convenios, si bien sí es posible fechar en el año 2006 el momento a partir del cual se dio por parte de la organización un mayor impulso o una mayor visibilidad a esta materia como objeto de estudio, esencialmente en el ámbito de la protección de menores y en particular en el de la sustracción internacional.

Fue en esa fecha, en abril de 2006, cuando en las Conclusiones de la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia se introdujo la Recomendación núm. 3, en virtud de la cual se invitaba a la Oficina Permanen-

⁴⁵⁰ Art. 7 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; art. 31 b) del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños; art. 31 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos; y arts. 6(2) d), 34(2) i) del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.

te de la organización a preparar un estudio de viabilidad sobre mediación transfronteriza en asuntos de familia, incluyendo la posibilidad de elaborar un instrumento sobre esta materia⁴⁵¹. Tal estudio de viabilidad, de marzo de 2007⁴⁵² (que incluye un estudio comparativo sobre esquemas de mediación en el contexto del Convenio de 1980 sobre sustracción)⁴⁵³, se presentó ante el Consejo de Asuntos Generales y Política de ese mismo año, el cual decidió invitar a los miembros de la Conferencia de La Haya a proporcionar comentarios sobre el mismo antes del final de 2007 con vistas a un posterior debate sobre este tema en la reunión del Consejo de 2008⁴⁵⁴. En éste se invitó a la Oficina Permanente a continuar desarrollando la labor sobre mediación transfronteriza en asuntos de familia, además de empezar a trabajar en una Guía de Buenas Prácticas sobre la materia⁴⁵⁵.

Como un primer paso, tal Guía debía desarrollarse en el marco del Convenio de 1980 sobre sustracción de menores para su consideración en la siguiente Comisión Especial de seguimiento de la aplicación práctica de dicho instrumento, que se celebraría en 2011. El Consejo de 2009 ratificaría tal encargo⁴⁵⁸, además de autorizar la creación de un grupo de trabajo para promocionar el desarrollo de estructuras de mediación que ayuden a resolver disputas transfronterizas sobre la custodia o visita de menores en el marco del denominado Proceso de Malta, tal y como se había solicitado en la Declaración de 26 de marzo de 2009 de la Tercera Conferencia de Malta⁴⁵⁷.

El Proceso de Malta, que acaba de cumplir 10 años desde su lanzamiento en marzo de 2004, se concibe como un diálogo entre jueces y funcionarios de, por un lado, distintos Estados contratantes de los Convenios de La Haya sobre sustracción de 1980 y protección de menores de 1996 y, por otro lado, Estados

⁴⁵¹ Conclusiones de la Comisión Especial de 3-5 de abril de 2006 sobre Asuntos generales y Política de la Conferencia, Doc. Prel. núm. 11, junio de 2006. Disponible en

http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd11e2007.pdf (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁵² Estudio de viabilidad sobre mediación transfronteriza en asuntos de familia. Doc. Prel. núm. 20, marzo de 2007. Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd20e2007.pdf (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁵³ VIGERS, S., «Note on the development of mediation, conciliation and similar means to facilitate agreed solutions in transfrontier family disputes concerning children especially in the context of The Hague Convention of 1980», Doc. Prel. núm. 5, octubre de 2006.

⁴⁵⁴ Recomendaciones y Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales y Política de 2007 (2-4 de abril de 2007). Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl2007e.pdf (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁵⁵ Recomendaciones y Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales y Política de 2008 (1-3 de abril de 2008). Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl08e.pdf (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁵⁶ Recomendaciones y Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales y Política de 2009 (31 de marzo-2 de abril de 2009). Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl09e.pdf (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁵⁷ Third Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues Hosted by the Government of Malta in Collaboration with the Hague Conference on Private International Law. Disponible en http://www.hcch.net/upload/maltadecl09_e.pdf (última visita 25 de mayo de 2014).

no contratantes de tales instrumentos cuyos sistemas jurídicos se basan o están influenciados por el Derecho islámico (o «Shariah»). El principal objetivo de esta iniciativa es mejorar la cooperación en la resolución de casos transfronterizos en los que se ven envueltos menores con vistas a encontrar soluciones en situaciones en que no resulta de aplicación el entramado legal existente. Desde su adopción se han celebrado varias Conferencias, siendo la tercera de marzo de 2009 aquella a la que nos referíamos con anterioridad, desde la cual surgió la propuesta de crear el grupo de trabajo que diseñara un plan de acción para el desarrollo de servicios de mediación que asistan en la resolución de disputas transfronterizas sobre custodia y visita de menores.

Fruto de la labor de este grupo cabría destacar la elaboración de dos cuestionarios a rellenar por los Estados participantes (un primero sobre legislación y estructuras existentes, y un segundo sobre ejecución de acuerdos de mediación)⁴⁵⁸ y la publicación en noviembre de 2010 de los Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del Proceso de Malta⁴⁵⁹. En los mismos se conmina a los Estados a designar lo que se han llamado «Puntos de Contacto Centrales» para la mediación familiar internacional, cuyas funciones se detallan en el mismo documento y que ya existen en algunos países⁴⁶⁰. Asimismo abordan cuestiones como las características de los mediadores y las instituciones de mediación que ha de tener en cuenta tal Punto de Contacto a la hora de proporcionar una lista de servicios, los principios aplicables al proceso de mediación y la eficacia de los acuerdos alcanzados en los sistemas jurídicos involucrados.

Para terminar con la evolución del tratamiento de la mediación en los trabajos de la HCCH, de forma paralela al Proceso de Malta, quedan por mencionar los últimos desarrollos y la agenda futura. Los Consejos de Asuntos Generales y Política de 2010 y 2011 continuaron dando cuenta de los trabajos realizados en este campo y animando a seguir adelante con su desarrollo, y el Consejo del 2012⁴⁶¹ relanzó la idea de elaborar un instrumento propio –vinculante o no-, sobre reconocimiento y ejecución internacional de acuerdos, incluyendo los de mediación, alcanzados en el curso de disputas internacionales sobre menores en el marco del Convenio de 1996.

⁴⁵⁸ Véanse los cuestionarios y las respuestas recibidas en http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21 (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁵⁹ Principles for the Establishment of Mediation Structures in the Context of the Malta Process. Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/mediationprinc_e.pdf (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁶⁰ Los países que ya han designado sus respectivos Puntos de Contacto Centrales para la mediación familiar internacional son Alemania, Australia, Francia, Holanda, Paquistán, Eslovaquia y Estados Unidos. Datos de contacto disponibles en http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=5360&dtid=52 (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁶¹ Recomendaciones y Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales y Política de 2012 (17-20 de abril de 2012). Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012concl_en.pdf (última visita 25 de mayo de 2014).

Tal iniciativa debía ser estudiada por un grupo de expertos creado al efecto (el grupo de expertos sobre reconocimiento y ejecución internacional de acuerdos de disputas internacionales sobre menores), que presentó ante el Consejo de Asuntos Generales y Política de 2014 un Informe sobre esta concreta parcela y sus recomendaciones para trabajos futuros⁴⁶². Además de animar a que continúe la labor de promoción de la mediación en el contexto del Proceso de Malta –ampliando las estructuras de mediación y el establecimiento de Puntos de Contacto Centrales en más países–, este último Consejo de 2014 ha invitado al grupo de expertos a que continúe estudiando el papel de los Convenios existentes sobre menores en el reconocimiento internacional de acuerdos en esta materia, así como el impacto que tendría un nuevo instrumento en la circulación internacional de este tipo de acuerdos⁴⁶³. De todo ello deberá reportar la Oficina Permanente al Consejo que se celebre en 2015.

3. LAS BASES DEL ÉXITO DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL: LECCIONES APRENDIDAS DE LOS TRABAJOS DE LA HAYA

De los trabajos relacionados en el apartado anterior es posible extraer una serie de directrices que se encuentran en la base del éxito de las experiencias mediadoras que constituyen su objeto. Entre las mismas hemos optado por destacar las cinco siguientes:

1.- *Aptitud para la mediación*. No todos los casos son aptos para mediar. En algunos países se prohíbe este mecanismo de forma explícita en algunas materias⁴⁶⁴, pero incluso en aquéllas en que se permite, es en ocasiones más conveniente o incluso necesario dependiendo de las circunstancias resolver la controversia ante los tribunales, por lo que resulta imprescindible que ésta se someta a una evaluación previa acerca de su aptitud para la mediación. Ello permite evitar, si se intenta una mediación en casos no aptos, que se pierda tiempo, además del impacto negativo que pueda tener tal intento fallido en las expectativas para solucionar el problema e incluso para la integridad física y mental de las partes. Son diversos los factores que pueden llevar a considerar que la disputa no es apta para la mediación, como la constatación de violencia familiar, el abuso de alcohol o de drogas, la excesiva

⁴⁶² Report on the experts' group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in international child disputes (from 12 to 14 December 2013) and recommendation for further work, Doc. Prel. núm. 5, marzo de 2014. Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd05_en.pdf (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁶³ Recomendaciones y Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales y Política de 2014 (8-10 de abril de 2014). Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl_en.pdf (última visita 25 de mayo de 2014).

⁴⁶⁴ Es lo que ocurre por ejemplo en España en los casos de violencia de género. Véase art. 87ter LOPJ, en redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

polarización de las posturas de las partes o un desequilibrio severo de sus poderes de negociación⁴⁶⁵.

2.- *Elección del tipo de mediación.* Una vez que se ha considerado que la disputa es apta para ser sometida a mediación, resulta imprescindible valorar el tipo de mediación más conveniente para lograr el objetivo perseguido. Existen diferentes clases de mediación atendiendo a distintos factores, y resulta decisivo optar por una u otra correctamente en aras a conseguir los mejores resultados posibles. Entre otras, es posible diferenciar la mediación directa –con la presencia de ambas partes- frente a la indirecta –con reuniones por separado⁴⁶⁶; la mediación simple –sólo un mediador- frente a la llamada co-mediación –dos mediadores⁴⁶⁷; y, de especial trascendencia en los litigios transfronterizos, la mediación bicultural –mediadores conocedores de las dos culturas implicadas- y/o bilingüe –mediador/es competentes en las lenguas maternas involucradas⁴⁶⁸.

3.- *Formación de los mediadores.* La formación de los mediadores se erige como uno de los pilares del éxito de la mediación, tanto interna como internacional. Centrándonos en la segunda, los Estados difieren acerca de los estándares de formación, pero compartimos con los textos de la HCCH que las particularidades de los conflictos transfronterizos exigen la intervención de profesionales con un determinado perfil que comprenda ciertos conocimientos y habilidades que se sumen a los exigidos a todo mediador. Nos referimos en particular a aspectos como la aptitud intercultural, la habilidad idiomática y, aunque el asesoramiento jurídico no forme parte de su labor, el conocimiento de los instrumentos jurídicos aplicables, tanto internacionales como nacionales.

4.- *Participación de niños y terceros.* La participación de los niños en la mediación familiar es una cuestión controvertida sujeta al mismo tiempo a la legislación aplicable al concreto proceso. No existe una posición unánime sobre la conveniencia de su intervención ni sobre la concreción de la edad y madurez

⁴⁶⁵ La evaluación de la aptitud debería encomendarse a profesionales con formación en mediación familiar internacional y habilidades para reconocer este tipo de circunstancias.

⁴⁶⁶ La mediación directa es más recomendable, por ejemplo, cuando ambas partes se encuentran en el mismo país y además tienen similares poderes de negociación. Por el contrario, deberá optarse por una mediación indirecta cuando las partes se encuentren en países distintos y no haya voluntad de trasladarse al país donde se halla el otro o a uno neutral; o aún habiendo voluntad por una de las partes de viajar al país en que se encuentre la contraparte, la primera no haya podido obtener el visado correspondiente para entrar en el mismo, o en supuestos de violencia familiar (si el caso ha sido considerado apto para mediación). En estos mismos supuestos sería conveniente valorar el uso de nuevas tecnologías.

⁴⁶⁷ Se entiende que la co-mediación puede resultar beneficiosa en algunos casos porque suma la experiencia, los conocimientos y la metodología de dos mediadores. Permite además que las partes no se queden a solas durante el proceso e incluso que puedan identificarse de alguna manera con el espíritu de colaboración de los mediadores. La intervención de dos mediadores, sin embargo, encarece los costes del proceso.

⁴⁶⁸ La intervención de mediadores de perfil y/o formación cultural –e idiomática- determinada puede generar confianza en las partes por comunicarse con profesionales de su mismo contexto cultural al mismo tiempo que permite al/los mediador/es entender mejor las posturas de las partes.

suficientes en los que apoyar el derecho del niño a ser escuchado, lo que requiere de un análisis caso por caso tanto de los aspectos sociales y psicológicos que conlleva esta decisión como de los aspectos jurídicos relacionados con la futura ejecución del acuerdo en los sistemas legales implicados⁴⁶⁹. La participación de terceros en el proceso merece una reflexión similar. Se trata de personas que no estarían legitimadas para intervenir ante un tribunal pero cuya cooperación puede resultar decisiva para alcanzar un acuerdo amistoso. La flexibilidad de la mediación permitiría la participación, por ejemplo, de la nueva pareja de las partes, los abuelos de los menores o, en algunos contextos culturales, del representante de la comunidad o etnia.

5.- *Importancia del asesoramiento jurídico.* Aunque la formación de los mediadores debe incluir aspectos jurídicos, éstos no son asesores legales. Esta labor corresponde a los abogados de las partes y deviene esencial durante todo el proceso, pero sobre todo en el momento de adoptar el acuerdo y fijar sus términos con vistas a su posterior ejecución⁴⁷⁰. Esta cuestión es esencial, y compleja, en los casos transfronterizos ya que el acuerdo debe necesariamente ser ejecutable en dos o más sistemas jurídicos. Siendo ésta una de las cuestiones clave para el éxito de este mecanismo extrajudicial en las relaciones transfronterizas, cabe recordar que ya existen instrumentos regionales e internacionales que pueden servir de cauce para la circulación internacional de acuerdos de mediación –sería interesante impulsar la negociación de convenios con países que quedan aún hoy fuera de esta red de normas- y que la HCCH se encuentra trabajando en la posibilidad de adoptar un nuevo instrumento sobre el reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación.

4. REFLEXIÓN FINAL

Los conflictos privados internacionales exigen un tratamiento específico de los mecanismos disponibles para su resolución. La mediación debe tenerse en cuenta en este contexto ante las ventajas que presenta frente al sistema judicial para aquellos litigios que se consideren aptos para ser mediados, pudiendo resultar su recurso beneficioso en cualquier momento de la relación familiar pero especialmente interesante para prevenir. Su éxito en el caso concreto dependerá, no obstante, de factores como la evaluación previa de la aptitud del caso para mediar, la correcta elección del tipo de mediación, la adecuada formación de los mediadores, y, fundamental en este tipo de procesos con proyección internacional, un asesoramiento jurídico adecuado para asegurar la eficacia de los acuerdos

⁴⁶⁹ Por ejemplo, puede que la ejecución del acuerdo alcanzado en un país concreto exija que se haya escuchado al niño durante el proceso de mediación.

⁴⁷⁰ La necesidad de que el acuerdo final se adecúe a la legislación de dos o más países hace especialmente interesante la figura del «memorando de entendimiento», pacto provisional previo al acuerdo que se somete a la revisión de los respectivos abogados.

alcanzados en todos los sistemas jurídicos implicados, lo que a su vez dependerá también de los cauces existentes para su reconocimiento internacional, en aplicación tanto de instrumentos vigentes como de aquéllos que se vayan adoptando en el futuro, como la iniciativa que estudia hoy la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

RESUMEN

La mediación internacional ha sido abordada en las últimas décadas por un conjunto de organizaciones internacionales, entre las que se encuentra la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La Conferencia de La Haya viene impulsando el uso de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos desde el articulado de los convenios internacionales que ha ido adoptando en su seno, pero también por medio de otros instrumentos como la Guía de Buenas Prácticas elaborada en el marco del Convenio sobre sustracción de menores o los estudios preparatorios de un futuro convenio sobre la ejecución internacional de acuerdos. De los documentos proporcionados por la organización es posible extraer algunas lecciones que pueden ayudar al éxito de la mediación internacional, como la necesidad de determinar con carácter previo la conveniencia de recurrir a la mediación para una concreta disputa, la formación de los mediadores o el asesoramiento legal que garantice la ejecución final del acuerdo alcanzado.

ALCANCE Y RETOS DE LA MEDIACIÓN EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: PAÍSES NO CONTRATANTES DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

María del Carmen Chéliz Inglés

Doctoranda en el Área de Derecho Internacional Privado
(Universidad de Zaragoza)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO ADECUADO EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.—3. RETOS DE LA MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA: LEY APLICABLE Y EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN.—3.1 Ley aplicable al acuerdo de mediación.—3.2 Eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación.—4. LA TRANSPOLACIÓN DE LAS BUENAS PRÁCTICAS DICTADAS POR LA CONFERENCIA DE LA HAYA COMO PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA.—5. CONCLUSIONES.

PALABRAS CLAVE: Mediación internacional, Sustracción internacional de menores, Convenio de la Haya de 1980.

1. INTRODUCCIÓN

La sustracción internacional de menores es un fenómeno que, potenciado por la globalización y el aumento de los matrimonios mixtos y su posterior ruptura, está afectando a miles de niños cada año en la región mediterránea⁴⁷¹. Al tratarse de un problema global, en el que entran en juego los ordenamientos jurídicos de distin-

⁴⁷¹ Según datos del Ministerio de Justicia, entre el año 2008 y el 2013 se han denunciado en España mil ciento sesenta y seis casos de sustracción internacional de menores, cifra cercana a la de supuestos producidos durante toda la década anterior (mil doscientos cinco).

tos Estados, la solución al mismo deviene compleja, pudiéndose plantear diversos conflictos concernientes a los tres sectores del Derecho Internacional Privado⁴⁷². Esta problemática ha creado una gran conciencia social, y se ha tratado de atajar a través de diversos instrumentos jurídicos, tanto internacionales como regionales o bilaterales, siendo uno de los principales el Convenio de La Haya de 1980.

Pese a que el Convenio no ha resultado infalible para resolver de manera satisfactoria la totalidad de los supuestos de sustracción de menores en el ámbito de su aplicación, debido en cierto modo al excesivo uso de las causas de denegación de la restitución del menor⁴⁷³, sí que ha proporcionado un marco jurídico internacional en el que encuadrar los supuestos de sustracción de menores, y ha permitido en numerosas ocasiones la pronta restitución del menor sustraído.

Ahora bien, si atendemos al conjunto de Estados que forman la región mediterránea, se puede observar que, si bien algunos de ellos son asimismo Estados contratantes del Convenio de La Haya⁴⁷⁴, hay otros que no lo son. Dentro de este segundo grupo de Estados, se encuentran países como Egipto, Argelia, Túnez, Libia, Jordania, Siria, Arabia Saudí o Líbano, por lo que con base en el carácter *inter partes* del Convenio, no se podrá aplicar éste en aquellos supuestos de sustracción internacional que afecten a alguno de estos Estados.

Así, surge el problema de que en un importante número de sustracciones internacionales de menores producidas en la región mediterránea, no se podrá acudir al Convenio de la Haya de 1980, siendo necesario examinar otras vías para lograr la inmediata restitución del menor. Atendiendo al caso concreto de España, no se ha firmado ningún convenio bilateral sobre sustracción internacional de menores con ninguno de los Estados anteriormente citados⁴⁷⁵, ni por supuesto podrán aplicarse otros instrumentos jurídicos⁴⁷⁶ que regulan las

⁴⁷² Realiza un completo análisis sobre algunos de estos problemas PALAO MORENO, G., «La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española», *Revista de Derecho de Familia*, 2002, núm. 16, pp. 251-282.

⁴⁷³ Pone de manifiesto las debilidades en el funcionamiento del Convenio de la Haya de 1980 NGA-BONZIZA, D., «La médiation dans les disputes familiales internationales. Le rôle futur des conventions de la Haye», en DETRICK, S. y VLAARDINGERBROEK, P. (eds.), *Globalization of Child Law. The role of the Hague Conventions*, La Haya, Martinus/Nijhoff, 1999, p. 66.

⁴⁷⁴ Dentro de este grupo se encuentran países como España, Italia, Francia, Grecia, Croacia, Turquía, Israel, Malta, o Albania. Entre las más recientes adhesiones al Convenio, se encuentra la de Marruecos, país con el que España firmó un Convenio bilateral en 1997.

⁴⁷⁵ Aunque España no ha firmado ningún Convenio bilateral con ninguno de estos países, sí que lo han hecho otros Estados de la región mediterránea como Bélgica, Francia, Suecia o Suiza, que han firmado acuerdos bilaterales con Túnez; Argelia, Egipto, Líbano y Túnez; Egipto y Túnez; y Líbano respectivamente. Dichos acuerdos están disponibles en http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=5215&dtid=28.

⁴⁷⁶ En lo referente a sustracción internacional de menores queda también descartada la aplicación de instrumentos como el Convenio de 20 de mayo de 1980 (Convenio de Luxemburgo), el Reglamento 2201/2003 (Reglamento Bruselas II bis), o el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996; puesto que los Estados a los que anteriormente se ha hecho referencia, tampoco son Estados contratantes de los mismos. Más allá de estos instrumentos tampoco existen otros Convenios que pudieran resultar aplicables a los supuestos que nos ocupan.

relaciones paternofiliales o el fenómeno de la sustracción internacional, por lo que ante la ausencia de un marco jurídico regional o internacional aplicable, será necesario acudir a las normas de producción interna. Frente a esta coyuntura, las posibilidades que tiene el progenitor no sustractor se reducen a tratar de obtener en el Estado en que se encuentra el menor tras la sustracción el exequátur de la sentencia que le concede la custodia del niño, o directamente litigar ante los tribunales de dicho Estado con el fin de obtener una resolución favorable. Junto a ello, el progenitor también puede acudir a la vía penal o la vía diplomática o consular.

Todas estas vías cuentan con numerosas dificultades para finalizar con éxito. Por un lado, cabe destacar que la mayoría de países en los que se puede dar esta situación, son países de tradición islámica donde coexiste una concepción de la familia muy diferente a la de los países occidentales, obstaculizando aún más la conjunción de los ordenamientos intervinientes para obtener una solución satisfactoria⁴⁷⁷. Ello va ligado al «nacionalismo judicial», siendo todavía más evidente en los casos en que hay manifiestas diferencias culturales. Por otro lado, se suma el hecho de que, aun en el supuesto en que la restitución se consiguiera a través de alguna de estas vías, posiblemente haya transcurrido un largo periodo de tiempo desde que se produjo la sustracción, lo que perjudicaría al menor que probablemente ya se haya adaptado a su nueva residencia y no ha tenido un contacto regular con el progenitor al que se ha privado de la compañía del menor.

Por lo tanto, una vez descartadas estas posibilidades, resulta fundamental buscar un mecanismo que favorezca la pronta restitución del menor sustraído, con garantías para ambos progenitores y que proteja el interés superior del niño. Dicho mecanismo puede ser la mediación, que deviene un recurso especialmente adecuado en la resolución de tales supuestos, desempeñando asimismo un importante papel preventivo.

2. LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO ADECUADO EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Si se atiende al fenómeno de la sustracción internacional de menores desde una perspectiva genérica, se puede reparar en una apuesta decidida en los

⁴⁷⁷ Destacan el papel que puede desempeñar en el fenómeno de la sustracción internacional de menores la diferente concepción de la familia en los países occidentales y en los países de tradición islámica GOSSELAIN, C., *Child abduction and transfrontier access: bilateral convention and islamic states. A research paper.*, Permanent Bureau of the Conference, La Haya, 2002, Preliminary Document núm. 7, agosto; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, 2011, núm. 1, marzo, p. 56; y DIAGO DIAGO, M. P., «Secuestro internacional de menores: marco jurídico», *Aequalitas*, 2001, núm. 7, p. 21.

diversos instrumentos jurídicos por favorecer una solución amigable de estos supuestos⁴⁷⁸, convirtiéndose la mediación en un mecanismo apropiado para ello.

En efecto, las ventajas que puede ofrecer la mediación ante la sustracción internacional de un menor, son muy numerosas. Entre otras consecuencias positivas⁴⁷⁹, la mediación permite que sean los propios padres los que decidan, de una manera más rápida y menos costosa, la restitución o no del menor, así como otras cuestiones concernientes al ejercicio de la responsabilidad parental en un futuro. Ello favorece a su vez una mejor protección del interés del menor, ya que se está evitando que se produzcan eventuales traslados de éste, en un breve periodo de tiempo, de un Estado a otro⁴⁸⁰.

Estos efectos positivos genéricos de la mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores, son todavía más acusados en aquellos casos en que no se puede aplicar el Convenio de la Haya ni ningún otro instrumento internacional o regional. Ante esta situación, a las ventajas ya mencionadas cabría añadir la rapidez de este mecanismo, en el supuesto de que se lograra un acuerdo, lo que junto a las pocas probabilidades de éxito del resto de vías y la demora en el tiempo que supondrían, sitúan a la mediación en una posición más adecuada para poner fin al conflicto. Además, en ausencia de previsiones al respecto en la normativa interna de los Estados afectados, el traslado ilícito del menor podría repercutir en un cambio de su residencia habitual, afectando a la competencia judicial internacional y la ley aplicable en los supuestos de responsabilidad parental, lo que puede ser intencionalmente empleado por el progenitor sustractor para obtener una resolución que le favorezca. Que la alteración de este punto de conexión produzca esos efectos es algo que hay que tratar de evitar, en línea con lo establecido en el Convenio de la Haya de 1980⁴⁸¹. El uso de la mediación es

⁴⁷⁸ Véase el art. 7.2.c) y 10 del Convenio de la Haya de 1980 y el art. 4.2.c) del Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, donde se establece la función de las Autoridades Centrales de tratar de obtener una solución amistosa y la restitución voluntaria del menor. En este sentido, el considerando 25 del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 (Reglamento Bruselas II bis) establece que en el ámbito de la responsabilidad parental las Autoridades Centrales deben facilitar la solución amistosa de los conflictos, y en el art. 55.e. se refieren expresamente a la mediación como vía para facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental y la cooperación transfronteriza.

⁴⁷⁹ Resaltan las ventajas que la mediación podría proporcionar ante un supuesto de sustracción internacional de menores FREEMAN, M., HUTCHINSON, A. M. y SETRIGHT, H., «Child Abduction - A Role for Mediation?», *International Family Law*, 2002, p. 107; REQUEJO ISIDRO, M., «Mediación, secuestro internacional de menores y violencia de género», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 679-681.

⁴⁸⁰ A modo de ejemplo, si un menor es sustraído ilícitamente y se impone su restitución al Estado en el que tenía la residencia habitual con anterioridad a la sustracción, puede ocurrir que una vez allí se obtenga una resolución sobre el fondo del asunto que permita al progenitor sustractor trasladar consigo al menor, de tal forma que éste habrá sufrido innecesariamente tres desplazamientos.

⁴⁸¹ Que no sean competentes para pronunciarse sobre el fondo los tribunales del Estado en que se encuentra el menor tras la sustracción ilícita es una garantía fundamental que resguarda, por ejemplo, el Convenio de la Haya de 1980 en sus artículos 16 y 19, el Convenio de la Haya de 1996 en su art. 7, y el Convenio hispano-marroquí de 1997 en su art. 10.2.

especialmente adecuado para la consecución de tal fin, al permitir que las partes pacten cuestiones de responsabilidad parental.

Conscientes de estos beneficios, tanto instituciones internacionales⁴⁸², como parte de la doctrina⁴⁸³, se han posicionado acerca de la conveniencia del empleo de la mediación especialmente ante estos supuestos. En esta línea, una de las organizaciones internacionales que ha participado más activamente en esta promoción de la mediación es la Conferencia de la Haya, a través de la puesta en marcha del conocido como «Proceso de Malta»⁴⁸⁴ y de la creación de su Guía de buenas prácticas⁴⁸⁵, en la que dedica un apartado específico al uso de la mediación como medio para conseguir una solución amigable en los casos fuera del ámbito de aplicación del Convenio de la Haya, y recomienda la aplicación de la Guía también a estos supuestos⁴⁸⁶.

No obstante, pese a los numerosos efectos positivos que podría suponer la mediación cuando se ha producido una sustracción internacional de menores fuera del ámbito del Convenio de la Haya, es necesario analizar los problemas que pueden plantearse en el marco de una mediación internacional de estas características y que deben ser resueltos para lograr la eficacia de este mecanismo de resolución de conflictos, e impulsar su uso.

⁴⁸² Está desempeñando un importante papel al respecto, además de la Conferencia de la Haya, el Parlamento Europeo, a través de la figura del mediador europeo. Además, organizaciones como *Reunite* en Reino Unido, han centrado parte de su labor e investigación en estos concretos supuestos.

⁴⁸³ Véase FREEMAN, M., «When the 1980 Hague Child Abduction Convention does not apply: The UK-Pakistan Protocol», *International Family Law*, 2009, pp. 184-185; PÍAS GARCÍA, E., «Funcionamiento de la Autoridad Central española en la aplicación de los Convenios relativos a la sustracción internacional de menores», en ADAM MUÑOZ, M^a. D. y GARCÍA CANO, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 77-78; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores», en VV.AA., *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, y 20 aniversario del Convenio de nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 372-373.

⁴⁸⁴ Toda la información sobre el «Proceso de Malta» y las conferencias a las que se ha hecho referencia, disponibles en http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=5214&dtid=46#malta.

⁴⁸⁵ Se puede acceder al texto completo de la Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del año 2012. Disponible en http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=5568&dtid=3.

⁴⁸⁶ En la p. 12 establece que la Guía está destinada a asistir también a los Estados que no sean parte de los diferentes Convenios de la Haya en la materia, pero estén considerando la mejor manera de desarrollar estructuras eficaces para promover la mediación transfronteriza en el marco de controversias familiares. Posteriormente, en la p. 100 reitera específicamente la aplicación de las buenas prácticas fijadas en la Guía en los casos fuera del ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1980.

3. RETOS DE LA MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA: LEY APLICABLE Y EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

El conocimiento de la ley aplicable al acuerdo de mediación y la posibilidad de que éste pueda ser ejecutado en los ordenamientos jurídicos implicados, devienen dos elementos esenciales en el marco de una mediación transfronteriza. De nada serviría un acuerdo que no se adecua a la legislación pertinente, o que no va a poder ser efectivo en alguno de los Estados en cuestión. Sin embargo, la inexistencia de un marco jurídico internacional o regional aplicable a las mediaciones producidas entre los Estados de la región mediterránea que son contratantes del Convenio de la Haya y los que no, añaden complejidad a la cuestión.

Esta complejidad se ve incrementada por el hecho de que los Estados no contratantes de dicho Convenio, no forman parte de la Unión Europea, lo que imposibilita asimismo la aplicación de los instrumentos jurídicos que regulan la competencia judicial internacional, ley aplicable, y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras sobre ciertas materias a las que puede afectar el acuerdo de mediación⁴⁸⁷. Se trata de una dificultad añadida con la que no cuentan las mediaciones que se pueden producir en el contexto del resto de Estados de la región mediterránea que sí forman parte del Convenio de la Haya de 1980 y de la Unión Europea, a excepción, por supuesto, de Marruecos.

3.1 Ley aplicable al acuerdo de mediación

La relevancia de esta cuestión se debe a que la autonomía de la voluntad que consagra la mediación va a encontrar límites provenientes de la disponibilidad de los derechos y deberes sujetos a mediación internacional, y por la obligación, en muchas ocasiones, de someter a una ley concreta el contenido del acuerdo de mediación⁴⁸⁸.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que únicamente se puede mediar respecto a derechos y obligaciones que sean *libremente disponibles por las partes*. Es un tema de vital importancia ya que se trata de una cuestión sobre la que es habitual que haya diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos, más aún al tratarse de Derecho de familia y teniendo los Estados involucrados con-

⁴⁸⁷ Así, no resultan aplicables por ejemplo el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis), o el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos.

⁴⁸⁸ Véase el completo análisis sobre el papel de la autonomía de la voluntad en la mediación de PALAO MORENO, G., «La autonomía de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales», en CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado (Tomo V)*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 915- 941.

cepciones de la institución familiar tan dispares como los Estados occidentales y los islámicos⁴⁸⁹. Ello puede ocasionar que en una mediación de estas características surjan situaciones en las que se vean involucrados varios ordenamientos con disposiciones diferentes, incluso incompatibles, al respecto, lo que podría hacer peligrar la ejecución del acuerdo en el Estado que no reconoce la disponibilidad de las materias objeto de su contenido.

Siguiendo la solución dada por la doctrina⁴⁹⁰ a esta cuestión en lo relativo a las mediaciones transfronterizas en el marco europeo, la disponibilidad o no de un derecho u obligación debe precisarse conforme a la ley que determinen las correspondientes normas de Derecho Internacional Privado que regulen la materia concreta de que se trate. En consecuencia, puede ocurrir que un mismo acuerdo de mediación se rija por diversas leyes en función de las materias sobre las que se pacte, puesto que la ley aplicable a cada una de estas materias vendrá determinada por normas conflictuales distintas.

Por otro lado, en el caso de España, para determinar, por ejemplo, qué ley rige la disponibilidad de los derechos en materia de responsabilidad parental, habrá que acudir al Convenio de la Haya de 1996, que emplea la conexión de la residencia habitual del menor o, excepcionalmente, otra ley estrechamente vinculada con el caso concreto⁴⁹¹. De igual modo, si la cuestión se planteara ante los tribunales de otro Estado, éstos tendrían que aplicar sus leyes de Derecho Internacional Privado sobre la materia para determinar qué ley rige la cuestión, pudiendo llegar a la aplicación de una ley distinta, consecuencia de la ausencia de un instrumento jurídico que armonice las soluciones dadas por los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados de la región mediterránea.

Esta posibilidad de que las normas de Derecho Internacional Privado de los distintos Estados empleen puntos de conexión distintos puede ocasionar problemas en cuanto al reconocimiento y la ejecución de un acuerdo que, aplicando las normas de conflicto de un Estado versa sobre derechos y obligaciones dispo-

⁴⁸⁹ Conscientes de esta cuestión y de los problemas que puede suscitar, la asociación británica *Reunite*, realizó un proyecto, publicado en el año 2005, en el que analizaron los sistemas jurídicos de 40 Estados de tradición islámica, en lo relativo a la sustracción internacional y responsabilidad parental. Entre esos Estados se encuentran los países de la región mediterránea a los que se ha hecho referencia anteriormente, esto es, Egipto, Argelia, Túnez, Libia, Jordania, Siria, Arabia Saudí o Líbano. Los resultados del proyecto disponibles en http://www.reunite.org/pages/islamic_information_resource.asp.

⁴⁹⁰ Véase al respecto el análisis de DIAGO DIAGO, M. P., «Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado», en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E., *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 265-298, especialmente pp. 286-289; y PALAO MORENO, G., «La mediación familiar internacional», en LLOPIS GINER, J. M. (coord.), *Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2003, pp. 84-86. En relación con lo anterior también CONFERENCIA DE LA HAYA, *Feasibility study on cross-border mediation in family matters, preliminary document*, 2007, núm. 20, Marzo.

⁴⁹¹ Concretamente el art. 15.1 establece que los tribunales de los Estados contratantes aplicarán su propia ley, lo cual, debido a la determinación de la competencia judicial internacional mediante el foro de la residencia habitual del menor, nos lleva a que ésta será asimismo el punto de conexión.

nibles, pero aplicando las del otro Estado no es así. A modo de ejemplo, podría darse el siguiente supuesto:

Según las normas de conflicto del Estado A resulta aplicable la ley de la nacionalidad del menor, que es la ley Estado A, según la cual los derechos no son disponibles. Atendiendo a las normas conflictuales del Estado B sería aplicable la ley de la residencia habitual del menor, esto es, la ley Estado B, según la que los derechos sí son disponibles. Si el acuerdo de mediación se adecua a la ley del Estado B, el tribunal de dicho Estado lo podrá, en su caso, homologar, reconocer y ejecutar, puesto que es materia disponible. Por contra, si ese acuerdo se trata de homologar, reconocer o ejecutar en el Estado A, al ser allí materia no disponible, pueden surgir problemas a la hora de homologarlo, reconocerlo o ejecutarlo por los tribunales de dicho Estado.

Por otro lado, estrechamente relacionado con el punto anterior, aparece el límite de la *ley aplicable a las posibilidades de acuerdo de las partes*. De nuevo, y siguiendo el análisis de María Pilar Diago Diago⁴⁹² en esta materia, se puede entender que lo más adecuado es que la ley aplicable al acuerdo resultante de la mediación venga determinada por las normas de conflicto reguladoras de la institución concreta de que se trate⁴⁹³, por lo que se pueden plantear los mismos conflictos a los que se acaba de hacer referencia.

Todo ello, obliga a que los operadores jurídicos sean internacionalprivatistas expertos en estas materias⁴⁹⁴ y presten una especial atención a la ley o leyes aplicables al fondo del acuerdo, puesto que son éstas las que van a limitar la autonomía de la voluntad de las partes y su observancia va a ser imprescindible para lograr el reconocimiento y ejecución del acuerdo en todos los Estados intervinientes.

3.2 Eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación

En el desarrollo y asentamiento de la mediación como método de resolución de los supuestos de sustracción internacional de menores, deviene fundamental

⁴⁹² Véase al respecto DIAGO DIAGO, M. P., «Modelos normativos para una regulación de los MARC (mecanismos alternativos de resolución de conflictos)», en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Estudios sobre la contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 151-178; y DIAGO DIAGO, M. P., *op. cit.*, nota 490, pp. 265-298.

⁴⁹³ Mantienen asimismo esta posición PALAO MORENO, G., «El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 64, 2012, núm. 2, pp. 315-320, concretamente p. 320; y ESPLUGUES MOTA, C., «El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2006, de 6 de julio», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2013, núm. 136, pp. 192-193.

⁴⁹⁴ Sobre la importancia de la formación específica de los mediadores en materia de sustracción internacional de menores, hay que destacar que en el ámbito europeo se ha creado una Red de mediadores familiares internacionales. Las instituciones que la crearon son: Child Focus (Bélgica), la Universidad Católica de Lovaina (KULeuven) y la ONG Alemana MIKK (Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten), con el apoyo del Centro holandés para casos de Sustracción internacional de menores.

que una vez las partes lleguen a un acuerdo, éste se pueda reconocer, y en su caso ejecutar, en todos los países intervinientes. Por lo tanto, el objetivo a lograr es crear un marco jurídico seguro, que permita la efectiva ejecución de un acuerdo resultante de mediación⁴⁹⁵, más aún si en él se han pactado el ejercicio de los derechos de custodia y visita, supuesto en el que ha de primar el interés superior del menor y se debe evitar que el impedimento de la ejecución dé lugar a una nueva sustracción.

En primer lugar, la mayoría de países de la región mediterránea no reconocen la eficacia ejecutiva directa del acuerdo resultante de la mediación. En el caso de España, la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles exige, en su art. 25, que para que el acuerdo sea ejecutable es necesaria su previa homologación judicial o elevación a escritura pública⁴⁹⁶. Además, al tratarse de materias de Derecho de familia en las que está en juego el interés superior del menor, es bastante probable que se requiera la aprobación judicial del acuerdo para que éste sea ejecutable. Una vez que los progenitores han pactado los términos del acuerdo de mediación, para que éste adquiera carácter ejecutivo en otro Estado, habrá que atender a lo que establezca la legislación del Estado al que se cursa la solicitud.

La ausencia de una armonización al respecto hace que cada país aplique sus correspondientes normas internas, siendo necesario que el contenido del acuerdo no sea contrario al Derecho del Estado en que se solicita la ejecución; por ende, la legislación de dicho Estado debe prever el carácter ejecutivo del contenido del acuerdo. Se trata de una cuestión importante habida cuenta de las grandes divergencias en la concepción de la familia entre los Estados occidentales y los islámicos, y su consiguiente reflejo en la legislación, lo que podría ocasionar que las autoridades competentes de un Estado denieguen su ejecución alegando la excepción de orden público internacional.

Esta situación puede frenar a los progenitores a cumplir el acuerdo, y es que el progenitor sustractor puede tener miedo a restituir al menor y que una vez en el Estado de origen el otro progenitor incumpla el acuerdo, que puede no haber adquirido el carácter ejecutivo, e inicie procedimientos legales para lograr la custodia del niño. Al contrario, el progenitor privado de la compañía del menor puede desconfiar de aceptar que la nueva residencia del menor se establezca en

⁴⁹⁵ Véase el análisis de SANTA-CROCE, M., «L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux international et Européen», *Gazette du Palais*, 2001, junio; y PALAO MORENO, G., «La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa», en CANO BAZAGA, E. (dir.), *La Libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Sevilla, Centro de Documentación Europea de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 231-241.

⁴⁹⁶ El art. 25 de la Ley 5/2012 de mediación establece que para que un acuerdo sea ejecutable ha de homologarse judicialmente si se ha alcanzado en el marco de un proceso, o elevarse ante escritura pública. Esto último se exige también a los acuerdos de mediación transfronterizos que no hayan sido declarados ejecutables en el Estado de origen (art. 27).

el Estado en el que éste se encuentra tras la sustracción, alterando así las soluciones establecidas por las normas de conflicto que suelen emplear la residencia habitual como punto de conexión, haciendo probablemente competentes a los tribunales de dicho Estado y arriesgándose a que el progenitor sustractor inicie procedimientos judiciales con vistas a lograr la custodia del menor, si no se ha concedido el carácter ejecutivo al acuerdo.

Por todo ello, resulta fundamental resolver estas cuestiones en aras de garantizar a ambos progenitores que el acuerdo al que han llegado va a poder ejecutarse en los Estados intervinientes y no se van a ver perjudicados por el cumplimiento del mismo, logrando promover la utilización de la mediación ante los supuestos de sustracción internacional de menores.

4. LA TRANSPOLACIÓN DE LAS BUENAS PRÁCTICAS DICTADAS POR LA CONFERENCIA DE LA HAYA COMO PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Tal y como se ha señalado anteriormente, la Conferencia de La Haya recomienda la aplicación de su Guía de buenas prácticas sobre mediación, también a los supuestos en que se produce una sustracción internacional de menores donde alguno de los Estados intervinientes es un Estado no firmante del Convenio de La Haya de 1980. Con base en esta recomendación, una de las posibilidades para resolver los problemas planteados sería aplicar en estos supuestos las buenas prácticas que aconseja la Conferencia de La Haya, y que se van a analizar a continuación con el fin de determinar la viabilidad o no de esta vía de resolución.

Fundamentalmente, las recomendaciones que realiza la Conferencia de La Haya para poner fin o mitigar la problemática que plantea la mediación transfronteriza en lo que atañe a la ley aplicable al acuerdo de mediación y la eficacia extraterritorial de éste, son cuatro⁴⁹⁷:

1. Resulta imprescindible que las partes en la mediación, una vez finalizado el acuerdo, reciban asesoramiento jurídico especializado⁴⁹⁸, que les permita conocer las consecuencias jurídicas del acuerdo, así como si su contenido cumple con

⁴⁹⁷ Véase la *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, pp. 86-95.

⁴⁹⁸ Desde la doctrina siempre se ha recalado la importancia de que las partes reciban asistencia jurídica de expertos con el fin de que las partes conozcan cuál es la ley o leyes aplicables al acuerdo y éste cumpla con los requisitos en ella establecidos. Concretamente, en estos supuestos de sustracción internacional de menores en los que intervienen distintos sistemas jurídicos, y en los que se pueden generar complejos conflictos de Derecho Internacional Privado, sería importante que la asistencia jurídica la proporcionaran expertos internacional privatistas. En este sentido véase: YBARRA BORES, A., «Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, núm. 23, junio, pp. 15-17.

la ley aplicable en los distintos sistemas jurídicos involucrados, y qué medidas deben adoptarse para otorgarle efecto vinculante y ejecutorio en los mismos. Esta recomendación es perfectamente aplicable a los supuestos en que interviene un Estado no contratante de la Conferencia de la Haya y sin duda ayudaría a que los acuerdos finalmente pactados por las partes se adecuaran a las leyes aplicables correspondientes y aumentarían las posibilidades de que se tornara ejecutorio en los distintos Estados afectados.

2. Como remedio para evitar que una vez ha comenzado la implementación práctica del acuerdo éste no sea aprobado por un tribunal, con los consiguientes perjuicios que podría causar a alguna de las partes⁴⁹⁹, la Conferencia de la Haya recomienda que se haga depender la validez del acuerdo de su aprobación por el tribunal, y que ésta aprobación se produzca con anterioridad a la implementación práctica del acuerdo. De nuevo se trata de una recomendación asumible en el contexto en que nos encontramos, puesto que es simplemente una práctica que depende de los progenitores adoptarla o no.

3. Con el objetivo de garantizar la ejecutoriedad del acuerdo en las distintas jurisdicciones, se recomienda que las autoridades administrativas y judiciales de los distintos Estados cooperen entre ellas. Se trata de lograr que los tribunales apoyen la sustantibilidad del acuerdo de mediación en los Estados intervinientes, y para ello la Conferencia de la Haya hace referencia a instrumentos como las «órdenes espejo» u «órdenes de puerto seguro»⁵⁰⁰, el empleo de las redes judiciales y las comunicaciones judiciales directas⁵⁰¹.

En este punto, destaca la importancia de la Red Internacional de Jueces de La Haya, especializados en materia de familia, que cuenta con más de ochenta jueces de más de cincuenta y cinco Estados de todos los continentes. Pese a que en la actualidad no hay ningún juez designado de ninguno de los Estados de la región mediterránea no firmantes del Convenio de la Haya de 1980, sí que cabe esta posibilidad. Así, la Conferencia de la Haya alienta la designación de Jueces

⁴⁹⁹ Un progenitor se podría ver perjudicado como se ha analizado con anterioridad, en tanto que en el acuerdo se ha podido fijar la nueva residencia habitual del menor con las consecuencias que ello implica. De esta forma, si se produce el traslado del menor al Estado que han acordado las partes, y posteriormente el acuerdo no es aprobado por el tribunal competente, el cambio de residencia habitual del menor puede ser intencionalmente utilizado por uno de los progenitores para obtener una resolución que le sea favorable, perjudicando así al otro progenitor.

⁵⁰⁰ Las órdenes espejo han sido bastante empleadas en el ámbito de la *common law*, y se refieren a una orden emitida por los tribunales del Estado requirente, idéntica o similar a una orden emitida en el Estado requerido, mientras que las «órdenes de puerto seguro» son las emitidas por un tribunal del Estado requirente con el propósito de garantizar los términos de la restitución.

⁵⁰¹ La Conferencia de La Haya ya se habría referido con anterioridad a la posibilidad de emplear estos mecanismos en el contexto de una sustracción internacional de menores, en su Guía de buenas prácticas sobre ejecución en virtud del Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, especialmente pp. 38-39. Disponible en <http://www.hcch.net/upload/guide28enf-s.pdf>.

para la Red en Estados que no son Parte de los Convenios de La Haya relativos a los niños⁵⁰². En este sentido, supondría un avance en la lucha contra la sustracción internacional de menores en estos supuestos, que los Estados de la región mediterránea, que son asimismo miembros de la Conferencia de la Haya⁵⁰³, designaran Jueces para la mencionada Red, facilitando así la cooperación judicial entre las autoridades de los distintos Estados y suponiendo un ahorro de tiempo y mejor empleo de los recursos disponibles⁵⁰⁴. Esta posibilidad permite también la transpolación de esta recomendación de la Conferencia de la Haya a aquellos Estados no firmantes del Convenio de la Haya de 1980, miembros de la Conferencia de la Haya.

4. Finalmente, se aconseja a los Estados que faciliten procedimientos simples a través de los que los acuerdos puedan ser aprobados o declarados ejecutorios por la autoridad competente y, de no existir dichos procedimientos, examinar la conveniencia de introducir disposiciones regulatorias o legislativas al respecto. De nuevo, al tratarse de una elección que ha de realizar cada Estado, sería posible aplicar esta práctica en los supuestos referidos anteriormente, siempre y cuando los Estados implicados tengan la voluntad de facilitar la ejecutoriedad de los acuerdos.

Mediante la aplicación de estas buenas prácticas, recomendadas por la Conferencia de la Haya, se podrían resolver o cuanto menos mitigar algunos de los problemas que se plantean desde el punto de vista internacional privatista en las mediaciones tendentes a resolver supuestos de sustracción internacional de menores en los que uno de los Estados intervinientes no es contratante del Convenio de la Haya de 1980.

Esta labor podría llevarse a cabo en el marco de la Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo, lo supondría un gran avance en la materia, aumentando

⁵⁰² Véase el documento de la Conferencia de la Haya relativo a las comunicaciones judiciales directas, p. 9. Disponible en http://www.hcch.net/upload/brochure_djc_es.pdf.

⁵⁰³ Actualmente, únicamente Egipto y Jordania pertenecen al grupo de Estados de la región mediterránea no firmantes del Convenio de la Haya de 1980, que sí son miembros de la Conferencia de la Haya. No obstante, Libano en el año 2010 fue admitido para ser miembro de la Conferencia de la Haya, y Túnez el 1 de octubre de 2014 solicitó su inclusión como miembro.

⁵⁰⁴ Tal y como se establece en el citado documento «los miembros de la Red desempeñan dos funciones de comunicación principales. La primera función de comunicación posee carácter general y consiste en compartir información general de la Red Internacional de La Haya o de la Oficina Permanente con sus colegas de jurisdicción y a la inversa, compartir información proveniente de sus colegas de jurisdicción con la Red Internacional de La Haya o con la Oficina Permanente. Asimismo, podrá comprender la participación en seminarios judiciales internacionales. La segunda función de comunicación consiste en comunicaciones judiciales directas relativas a casos específicos, siendo el objetivo de estas comunicaciones paliar la falta de información que el juez competente pudiera tener acerca de la situación y las implicancias legales en el Estado de residencia habitual del niño. A modo de ejemplo, los miembros de la Red pueden arbitrar los medios necesarios a efectos de la restitución rápida y segura del niño, entre los que se incluye la adopción de medidas urgentes y/o provisionales de protección y la provisión de información acerca de cuestiones de custodia o visita, o de posibles medidas destinadas a abordar acusaciones de violencia doméstica o abuso».

la seguridad jurídica y el empleo de la mediación en tales casos en la región mediterránea.

5. CONCLUSIÓN

La mediación puede resultar, en numerosas ocasiones, la única vía disponible para lograr la pronta restitución del menor sustraído, especialmente cuando se trata de una sustracción internacional en la que el Estado en el que residía el menor con anterioridad a la sustracción, o aquel el que se encuentra tras la misma, no forman parte del Convenio de la Haya de 1980, situación que puede ocurrir frecuentemente dentro del marco de la región mediterránea. En contraste con los costes, tanto económicos como de tiempo, que supondría el acceder a la vía judicial, la mediación se presenta como un mecanismo rápido a través del cual, además de pactar la restitución o no del menor, se pueden pactar otras cuestiones íntimamente ligadas a ésta como el ejercicio futuro de la responsabilidad parental, o los derechos de alimentos, evitando otra eventual sustracción y favoreciendo el interés superior del menor.

Pero más allá de los efectos positivos que puede desempeñar la mediación en este ámbito, hay que ser conscientes de los problemas que desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado pueden plantearse. Estos problemas pueden surgir por un lado, debido a la adecuación del contenido del acuerdo resultante de la mediación a la correspondiente ley (o leyes) aplicable. Así, el acuerdo debe versar sobre derechos y obligaciones libremente disponibles por las partes y no debe ser contrario a Derecho, todo ello conforme a la ley aplicable determinada por las normas de conflicto correspondientes. La ausencia de una normativa internacional o regional común aplicable en estos supuestos ha impedido que se produzca una armonización, lo que unido a las grandes diferencias en Derecho de familia material entre los diferentes Estados, especialmente acusadas en el caso de que se trate de Estados occidentales y Estados islámicos, puede hacer surgir problemas a su vez en lo relativo a la ejecutoriedad del acuerdo.

Por otro lado, la necesidad en determinados ordenamientos jurídicos de que el acuerdo de mediación sea homologado judicialmente, plantea asimismo problemas de competencia judicial que deberán resolverse de nuevo aplicando la normativa de Derecho Internacional Privado correspondiente, y que también puede afectar a la eficacia extraterritorial del acuerdo.

Como propuesta para la resolución, o cuanto menos mitigación, de estas cuestiones, sería posible realizar una transpolación de las buenas prácticas recomendadas por la Conferencia de la Haya en su Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Estas buenas prácticas resultan plenamente aplicables a los supuestos de sustracción en los que interviene un Estado

no contratante del citado Convenio, y su implementación permitiría facilitar la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación, aumentando la seguridad jurídica y la confianza de los progenitores en acudir a la mediación como mecanismo de resolución de estos conflictos.

En esta línea, una de las principales medidas que podrían tomarse, sería el fomento de la cooperación entre las autoridades administrativas y judiciales de los distintos Estados intervinientes, lo que se podría lograr a través de la inclusión, por parte de aquellos Estados que fueran miembros de la Conferencia de la Haya, de jueces en la Red Internacional de Jueces de La Haya.

La aplicación por parte de los Estados no firmantes del Convenio de la Haya de 1980 de estas buenas prácticas podría suplir la problemática causada por la ausencia de un marco jurídico internacional o regional aplicable a las mediaciones producidas en este contexto. Es fundamental que los Estados promuevan el empleo de la mediación y una buena manera sería favoreciendo que, siempre que sea posible, el acuerdo al que han llegado las partes se torne ejecutorio en todos los Estados intervinientes.

En este sentido, la Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo resulta el marco idóneo para la adopción y puesta en práctica de las medidas mencionadas, y para impulsar el empleo de la mediación en la región mediterránea como mecanismo adecuado para la resolución de los supuestos de sustracción internacional de menores en los que al menos uno de los Estados afectados no es firmante del Convenio de la Haya de 1980.

RESUMEN

El alcance y la relevancia del trágico fenómeno de la sustracción internacional de menores, potenciado por la globalización y el incremento de parejas mixtas, condujo en 1980 a la elaboración del Convenio de la Haya sobre sustracción de menores, cuyo objetivo es lograr la rápida restitución del menor, a través de un sistema basado en las Autoridades Centrales establecidas al respecto. Dentro del conjunto de países que forman la región del Mediterráneo, parte de ellos son Estados contratantes del Convenio, como España, Italia, Francia o Grecia. Sin embargo, hay otros países que no son parte de este instrumento (Egipto, Libia o Líbano), lo que da lugar a que, por el carácter inter partes del Convenio, no se pueda aplicar éste en el supuesto de que uno de los Estados intervinientes en la sustracción no sea contratante. Ello provoca que en estos casos únicamente se pueda acudir a la vía civil, diplomática o penal, vías todas ellas costosas, complejas y dilatadas en el tiempo.

Ante esta ausencia de un marco jurídico regional o internacional aplicable, la mediación deviene un recurso especialmente adecuado en la resolución de

tales supuestos, favoreciendo la pronta restitución del menor, y desempeñando asimismo un importante papel preventivo. Por ello, resulta conveniente que las buenas prácticas fijadas por la Conferencia de la Haya en su guía del año 2012, sean también aplicables a este tipo de mediaciones y sirvan como base para la resolución de los potenciales problemas que se puedan plantear, en aras a que todo acuerdo amistoso que se obtenga sea jurídicamente vinculante y ejecutorio en los ordenamientos jurídicos implicados. Esta solución desembocaría en la aplicación de un sistema uniforme de buenas prácticas en todos los Estados de la región del Mediterráneo, garantizando la eficacia de la mediación en estos supuestos.

EL EXEQUÁTUR DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN ENTRE PARTICULARES EN LA REGIÓN MEDITERRÁNEA

Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor

Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
(Universidad de las Islas Baleares)

SUMARIO: 1. LA TEORÍA GENERAL DEL EXEQUÁTUR APLICADA A LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN.—2. EL EXEQUÁTUR DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN ENTRE PAÍSES DE LA REGIÓN MEDITERRÁNEA PERTENECIENTES A LA UNIÓN EUROPEA.—3. EL EXEQUÁTUR DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN ENTRE PAÍSES DE LA REGIÓN MEDITERRÁNEA PERTENECIENTES A LA UNIÓN EUROPEA Y NO PERTENECIENTES A LA UNIÓN EUROPEA.—3.1 Sistema convencional (art. 951 LEC).—3.2 El sistema de control autónomo (art. 954 LEC) en defecto de Convenio bilateral o multilateral.—4. EL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN.

PALABRAS CLAVE: Mediación transfronteriza, Reconocimiento y declaración de ejecutividad de los acuerdos de mediación, Exequátur.

1. LA TEORÍA GENERAL DEL EXEQUÁTUR APLICADA A LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN

El éxito de la mediación, como sistema para la resolución de conflictos entre particulares residentes en países de la región mediterránea, reside en la fuerza vinculante y ejecutiva que dichos acuerdos puedan tener más allá del Estado en el que han sido dictados. Para que un acuerdo de mediación despliegue sus efectos más allá del territorio en el que ha sido adoptado es necesario someter dicho acuerdo a un previo *reconocimiento* y, en caso necesario, a una *declaración de*

ejecutividad, lo que se conoce como exequátur. Una vez convertido el acuerdo de mediación dictado en el extranjero en título ejecutivo, mediante la concesión del efecto ejecutivo a través de la declaración de ejecutividad, ya es posible ejercitar el *proceso de ejecución*.

El régimen legal aplicable vendrá determinado en función del *Estado de origen* que haya dictado el acuerdo, así como del *Estado requerido* en el que se quiera otorgar los efectos del acuerdo de mediación. En el contexto de la mediación en la resolución de los conflictos en el Mediterráneo, partimos de una concepción amplia, que acoge todos los Estados ribereños y los que limitan con el espacio mediterráneo, desde Marruecos, Argelia, Grecia, Túnez, Eslovenia, Croacia, Turquía, Italia, España, etc., por lo que el régimen legal se configura en función de la pertenencia o no pertenencia del Estado de origen-Estado requerido a la Unión europea. Así, la mediación en asuntos civiles y mercantiles entre países europeos se encuentra armonizada gracias a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁰⁵ –en adelante, Directiva 2008/52/CE–, lo que ha supuesto un gran impulso para la implantación de la mediación entre países de la Unión europea. En materia de exequátur, la Directiva remite al régimen contenido en la normativa europea que, en términos generales, y aras a garantizar la libre circulación de las resoluciones entre países miembros, contempla el reconocimiento y declaración de ejecutividad *automáticas*. Sería el caso, por ejemplo, de que un acuerdo de mediación dictado en Italia o Grecia, tuviera que surtir efectos en España. De tratarse, sin embargo, de un acuerdo de mediación dictado en un Estado de la región mediterránea no perteneciente a la Unión europea y que pretenda surtir efectos en un país perteneciente a la Unión europea, el régimen legal se vuelve más exigente, siendo necesario, como norma general, el reconocimiento y declaración de ejecutividad *jurisdiccional*. Sería el caso de un acuerdo dictado en Marruecos o Túnez, que pretenda desplegar sus efectos en España.

El régimen legal aplicable al exequátur de un acuerdo de mediación dictado en un país de la región mediterránea será el determinado en la legislación del Estado requerido y siempre en función del Estado de origen que haya dictado el acuerdo. Siendo España el Estado requerido, la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁰⁶, que incorpora la Directiva 2008/52/CE, comprende los acuerdos fruto de una mediación de carácter nacional o interno, o bien fruto de un conflicto transfronterizo⁵⁰⁷ y remite, en materia de exequátur, a las fuentes ya existentes en relación con las resoluciones judiciales y extrajudiciales.

⁵⁰⁵ DOUE, núm. L 136/3, de 24 de mayo de 2008.

⁵⁰⁶ BOE, núm. 162, de 7 de julio de 2012.

⁵⁰⁷ En relación al carácter transfronterizo del conflicto sometido a mediación, véase art. 3 de la Ley 5/2012: «Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside

El despliegue de los efectos de un acuerdo de mediación más allá del territorio en el que ha sido adoptado está lleno de matices determinados, como se ha mencionado, en función del Estado de origen que haya dictado el acuerdo, así como del Estado requerido, si bien queda sometido a la teoría general del exequátur de las resoluciones extranjeras, que se basa en una serie de ideas⁵⁰⁸. La fundamental es la distinción entre el *reconocimiento* y la *declaración de ejecutividad*, que son actos procesales independientes que tienen distintas funciones y de los que se derivan efectos distintos. La obtención del reconocimiento de un acuerdo de mediación despliega una serie de efectos jurídicos, como puede ser el efecto de cosa juzgada material. Desde la perspectiva del Derecho procesal civil español, se aplica la *teoría de la extensión de los efectos*, la cual considera que el ordenamiento jurídico del Estado de origen (esto es, el Estado en el que radica el órgano jurisdiccional que ha adoptado la resolución que pretende ser reconocida y declarada ejecutiva en España) es el que determinará los efectos que desplegará la resolución, extendiéndose éstos al Estado requerido en virtud del reconocimiento. Siendo así, el reconocimiento de un acuerdo de mediación dictado en el extranjero desplegará en España los efectos que el ordenamiento jurídico del Estado de origen otorga a dicho acuerdo. En este sentido, el ordenamiento jurídico español entiende que el acuerdo de mediación y la transacción participan de una misma naturaleza jurídica, por lo que la doctrina hace extensible la eficacia del acuerdo transaccional –novatoria y excluyente–, muy próxima a la eficacia de cosa juzgada de las sentencias firmes aunque no idéntica⁵⁰⁹. Por otro lado, la declaración de ejecutividad de un acuerdo de mediación concede a éste el efecto ejecutivo, esto es, lo convierte en título ejecutivo necesario para ejercitar el proceso de ejecución. Dicha conversión puede llevarse a cabo bien a través de un procedimiento jurisdiccional específico o bien de forma automática. En ambos casos el acuerdo de mediación deberá cumplir con una serie de condiciones fijadas por la normativa aplicable en materia de declaración de ejecutividad.

habitualmente en un Estado distinto a aquel en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable». Sobre la mediación transfronteriza, véase GÓMEZ JENÉ, M., «El carácter transfronterizo del conflicto sometido a mediación», en LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F. (coord.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 205 y ss.; ARENAS GARCÍA, R., «La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Derecho internacional privado», *Arbitraje*, Vol. 6, 2013, núm. 1, pp. 175-182. Véase también PALAO MORENO, G., «Mediación y Derecho internacional privado» y MORENO CORDERO, G., «La mediación en las situaciones transfronterizas: una aproximación crítica al proyecto de ley sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», ambos trabajos en VÁZQUEZ GÓMEZ, E. M., ADAM MUÑOZ, M. D., CORNAGO PRIETO, N., *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 649-674 y pp. 695-706, respectivamente.

⁵⁰⁸ Véanse GARAU SOBRINO, F. F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992; y GARAU SOBRINO, F. F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma, Universitat de les Illes Balears, 2008, p. 119.

⁵⁰⁹ Véase SENÉS MOTILLA, C., «El acuerdo de mediación y su ejecución», en LOPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F. (coord.), *op. cit.*, nota 507, p. 30 y ss.

La segunda idea es que el reconocimiento de un acuerdo de mediación es *presupuesto* de su declaración de ejecutividad.

La tercera idea es que los acuerdos de mediación con pronunciamientos meramente *constitutivos o declarativos* desplegarán sus efectos con el simple reconocimiento; mientras que *los acuerdos con pronunciamientos ejecutivos*, esto es, con pronunciamientos de condena, requieren el reconocimiento y de una declaración de ejecutividad.

Y por último, los *documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales* únicamente precisan de la declaración de ejecutividad y no del reconocimiento⁵¹⁰. Siendo así, resulta imprescindible conocer la naturaleza del acuerdo de mediación que pretenda ser ejecutado en un país distinto al de aquel en el que fue dictado: si el contenido del acuerdo resultante de la mediación adquiere su carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional, éste debe someterse al reconocimiento y declaración de ejecutividad. Sin embargo, si lo hace mediante un documento público con fuerza ejecutiva, como pueda ser una escritura pública, sólo es necesaria la declaración de ejecutividad y no del reconocimiento.

2. EL EXEQUÁTUR DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN ENTRE PAÍSES DE LA REGIÓN MEDITERRÁNEA PERTENECIENTES A LA UNIÓN EUROPEA

Los países europeos cuentan con la Directiva 2008/52/CE, lo que supone un marco armonizado en materia de mediación. Ello debería haber impulsado con más éxito la mediación transfronteriza⁵¹¹, sin embargo, la realidad es que, transcurridos cinco años y medio desde la adopción de la Directiva 2008/52/CE, existe una desconexión entre los beneficios de la mediación y su uso tan limitado en los Estados miembros⁵¹².

En materia de exequátur, la Directiva 2008/52/CE establece que los acuerdos de mediación quedan sometidos al régimen del reconocimiento y declaración de

⁵¹⁰ En el ámbito europeo, dicha teoría encuentra su reflejo en el art. 57 del Reglamento 44/2001: «Los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado miembro, serán declarados ejecutorios, a instancia de parte, en otro Estado miembro, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 38 y siguientes», los cuales se refieren exclusivamente a la declaración de ejecutividad y no al reconocimiento.

⁵¹¹ La Directiva define litigio transfronterizo en el art. 2 como «aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que: a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio; b) un tribunal dicte la mediación; c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o d) a efectos del art. 5, se remita una invitación a las partes».

⁵¹² En febrero de 2014 se publicó el estudio «*Rebooting*» *the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the Lumber of mediations in the EU*», que verifica uso limitado de la mediación en los Estados miembros. Véase PÉREZ MORIONES, A., «En torno a la paradoja de la mediación», *La Ley*, 2014, núm. 8316, 22 de mayo (Sección Doctrina).

ejecutividad de las resoluciones, conforme a la legislación europea aplicable. Así lo determina el art. 6.4: «*Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo de conformidad con el apartado 1*». En este contexto, existe un Derecho europeo armonizado que facilita y agiliza el exequátur, cualquiera que sea el país europeo de la región mediterránea del tándem Estado de origen- Estado requerido. Las principales disposiciones que deben tenerse en cuenta, según la materia objeto de mediación, son fundamentalmente el Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵¹³ –en adelante, Reglamento 44/2001–, teniendo presente que, a partir del 10 de enero de 2015, el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵¹⁴ –en adelante, Reglamento 1215/2012- sustituirá al anterior. En el caso de que se tratase de un acuerdo de mediación con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados en materia civil y mercantil, cabe la opción de acudir al Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados⁵¹⁵. En el caso de que el acuerdo de mediación verse sobre materia matrimonial o responsabilidad parental, el reconocimiento y declaración de ejecutividad de dicho acuerdo deberá someterse a lo dispuesto en el Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁵¹⁶ -en adelante, Reglamento 2201/2003-.

⁵¹³ El Reglamento 44/2001 se aplica siempre que se trate de un acuerdo de mediación en materia civil y mercantil, con la excepción de las materias sobre el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; la seguridad social y el arbitraje (art. 1); Debe tratarse de un acuerdo de mediación dictado en un Estado de la Unión Europea (art. 1.3 e.r. con art.32; se aplica también en Dinamarca en virtud del Acuerdo Unión Europea-Dinamarca); y que dicho acuerdo hubiera sido formalizado con posterioridad al 1 de marzo de 2002 (art. 66 e.r. con art. 76).

⁵¹⁴ *DOUE*, núm. L 351 de 20 de diciembre de 2012. El Reglamento 1215/2012 se aplicará siempre que se trate de un acuerdo de mediación en materia civil y mercantil, con la excepción de las materias sobre el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; la seguridad social y el arbitraje (art. 1); Debe tratarse de un acuerdo de mediación dictado en un Estado de la Unión Europea (art.36; se aplica también en Dinamarca en virtud del Acuerdo Unión Europea-Dinamarca); y que dicho acuerdo hubiera sido formalizado con posterioridad al 10 de enero de 2015 (art. 66 e.r. con art. 81).

⁵¹⁵ *DOUE*, núm. L 143, de 30 de abril de 2004. Dicho Reglamento se aplica a las resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados en materia civil y mercantil (art. 2 e.r. con art. 3 y art. 4) adoptados en un Estado de la Unión europea (art. 2.3) con posterioridad al 21 de enero de 2005 (art. 33).

⁵¹⁶ *DOUE*, núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003. El Reglamento Bruselas II se aplica siempre que se trate de un acuerdo de mediación en materia matrimonial y de responsabilidad parental (art. 1); Tén

Con carácter general, las disposiciones de ámbito europeo contemplan un sistema de reconocimiento y declaración de ejecutividad *automáticos*, en la línea de lo establecido en el art. 81 TFUE (antiguo art. 65 TCE)⁵¹⁷. El *reconocimiento automático* supone que los acuerdos de mediación serán reconocidos en el Estado requerido sin necesidad de recurrir a procedimiento jurisdiccional alguno, si bien todo acuerdo deberá cumplir con una serie de condiciones (presupuestos del reconocimiento y motivos de denegación del reconocimiento) para proceder de forma automática a su reconocimiento. Por su parte, la *declaración de ejecutividad automática* supone que los acuerdos de mediación serán declarados **ejecutivos** en el Estado requerido sin necesidad de recurrir a procedimiento jurisdiccional alguno, lo que sin duda aportará una mayor celeridad a la hora de proceder a la ejecución de los acuerdos de mediación. Téngase en cuenta que no todas las normas de la UE contemplan la declaración de ejecutividad automática⁵¹⁸, así por ejemplo, el Reglamento 44/2001, mediante el cual la declaración de ejecutividad del acuerdo de mediación se realizará siempre mediante un procedimiento jurisdiccional. Cierto es que la tendencia del legislador europeo va en la línea de suprimir el procedimiento jurisdiccional, no en vano, el Reglamento 1215/2012, en vigor a partir del 10 de enero de 2015, establece la declaración de ejecutividad automática tanto de las resoluciones judiciales como de los documentos públicos y transacciones judiciales⁵¹⁹. Este sistema implica la supresión de la declaración de ejecutividad como proceso jurisdiccional en el Estado de ejecución, si bien en la mayoría de los casos es alternativo frente a una declaración de naturaleza jurisdiccional; implica también que el control de la resolución se realiza en el Estado de origen que, tras comprobar que concurren los presupuestos correspondientes, emite el correspondiente certificado que le dota de fuerza ejecutiva. Téngase en cuenta que este planteamiento general puede encontrar matices en

gase en cuenta que debe tratarse de un acuerdo de mediación dictado en un Estado de la Unión Europea (art. 2.3 e.r con art. 21) y que dicho acuerdo hubiera sido formalizado con posterioridad al 1 de marzo de 2005 (art. 64 e.r con art. 72). Dicho Reglamento contempla la declaración de ejecutividad automática únicamente de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor. Véanse arts. 40 y ss.

⁵¹⁷ El art. 81 TFUE establece que «La Unión Europea desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

⁵¹⁸ El sistema de declaración de ejecutividad automática lo contempla el Reglamento 2201/2003 (arts. 41.1, 42.1) para las resoluciones judiciales en materia de derecho de visita y de restitución de un menor), el Reglamento núm. 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados y Reglamento 1215/2012 (arts. 39; 58 y 59).

⁵¹⁹ Véanse art. 39: «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva»; art. 58: «Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen gozarán también de la misma en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva»; y el art. 59: «Las transacciones judiciales que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán ejecutadas en los demás Estados miembros en las mismas condiciones que los documentos públicos».

función de la fuente aplicable al acuerdo en cuestión⁵²⁰. Si bien el éxito de la cooperación judicial en el ámbito de las resoluciones judiciales es ya una realidad (el Reglamento 1215/2012 es un claro ejemplo de avance en dicha materia), lo cierto es que en el ámbito de las resoluciones extrajudiciales, como puedan ser los documentos públicos, todavía queda camino por recorrer, por apreciarse una falta de unificación e incluso, en ocasiones, de coherencia⁵²¹.

La teoría general del exequátur de las resoluciones extranjeras, aplicada a los acuerdos de mediación, obliga a tener presente las relaciones que las principales disposiciones antes citadas en materia de exequátur puedan tener con otros instrumentos, como es, en el caso que nos ocupa, con la Directiva 2008/52/CE y las transposiciones de la misma a los respectivos ordenamientos. Así, tomando como referencia el Reglamento 44/2001 y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 67 («*El presente Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulan la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones contenidas en los actos de la Unión o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos*»), entendemos que las condiciones que debe cumplir un acuerdo de mediación en la región euromediterránea serán las contempladas en la Directiva 2008/52/CE, reflejadas en las correspondientes transposiciones.

Siendo así, por un lado, las condiciones para el reconocimiento de un acuerdo de mediación serían las siguientes: que el acuerdo de mediación haya sido adoptado conforme a la calidad que exige la propia Directiva⁵²² y que se haya respetado en el principio de confidencialidad en el Estado de origen⁵²³. Por otro lado, por lo que a la declaración de ejecutividad de un acuerdo de mediación se refiere, será necesario que dicho acuerdo haya obtenido el carácter ejecutivo en el Estado de origen por un órgano jurisdiccional u autoridad competente para ello⁵²⁴. Cabe advertir que, en el seno de los países de la Unión Europea, el carácter ejecutivo

⁵²⁰ Tómese como referencia el régimen del Reglamento 44/2001: Si el acuerdo resultante de la mediación que pretende ser ejecutado en España adquirió su carácter ejecutivo en su Estado de origen en virtud de *sentencia, resolución o acto auténtico* emanado de un órgano jurisdiccional, se estará a lo dispuesto en los arts. 39 y ss. De tratarse de un acuerdo de mediación que adquiere su fuerza ejecutiva a través de un *documento público* se podrá solicitar a la autoridad competente del Estado de origen que, tras la comprobación de que concurren los requisitos necesarios para ser considerado auténtico (art. 58.2), emita el certificado que le dota de fuerza ejecutiva (art. 60).

⁵²¹ Véase en este sentido, AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Revista Electrónica De Estudios Internacionales*, 2013, núm. 25, p. 25. Sobre el documento público véase también FONT I MAS, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión europea*, Barcelona, Bosch Editor, 2014.

⁵²² Véase el art. 4 de la Directiva 2008/52/CE en relación a la calidad de la mediación.

⁵²³ Véase el art. 7 de la Directiva 2008/52/CE en relación a la confidencialidad de la mediación.

⁵²⁴ Para conocer los órganos jurisdiccionales u autoridades competentes en cada Estado miembro, téngase en cuenta el art. 6.3 de la Directiva: «Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud de conformidad con los apdos. 1 y 2», así como el art. 10: «La Comisión hará accesible públicamente, por los medios que

de los acuerdos adoptados no queda en todo caso garantizado por la Directiva 2008/52/CE, que remite a la legislación de cada Estado miembro para determinar su carácter ejecutivo⁵²⁵. Si bien el ordenamiento jurídico español declara la ejecutividad de los acuerdos de mediación alcanzados en un procedimiento de mediación sustanciado en España (art. 25 Ley 5/2012)⁵²⁶, para los acuerdos logrados en otro Estado se deberá atender a la naturaleza que se le haya otorgado ese Estado de origen.

De ser España el Estado requerido, se deberá en todo caso atender a lo previsto en la Ley 5/2012, la cual precisa dos condiciones para poder declarar ejecutivo un acuerdo de mediación que haya sido adoptado fuera de España y que pretenda ser ejecutado en España:

a) Que tenga fuerza ejecutiva derivada de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas (art. 27, párr. primero). En el caso en que no se cumpla tal requisito, la Ley permite la elevación del acuerdo a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o una de ellas con el consentimiento expreso de las demás, lo cual le dota de la fuerza ejecutiva necesaria para poder declarar ejecutivo el acuerdo de mediación. (art. 27, párr. segundo). Entendemos que ello será posible siempre y cuando el Estado de origen haya determinado la naturaleza ejecutoria de los acuerdos de mediación adoptados en ese Estado⁵²⁷.

b) Que no resulte manifiestamente contrario al orden público español (art. 27, párr. tercero).

En todo lo no dispuesto en la Directiva y en las correspondientes transposiciones nacionales en materia de exequátur, se deberá atender a lo dispuesto en los principales Reglamentos de la UE. Con ello entendemos que todo lo referido a los trámites de control en el Estado requerido, con el objeto de comprobar que en ella concurren las condiciones necesarias para el reconocimiento y en su caso, la declaración de ejecutividad del acuerdo de mediación, así como otros aspectos procesales (como pueda ser la competencia de los tribunales para conocer una

considere oportunos, la información sobre los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes que le hayan comunicado los Estados miembros de conformidad con el art. 6, apdo. 3».

⁵²⁵ Véase art. 6 en relación con el considerando núm. 19. En ambos se declara el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación, a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.

⁵²⁶ En España, la Ley 5/2012, contempla además el supuesto en el que el acuerdo de mediación dictado en el extranjero no tuviera el carácter ejecutivo. En tales casos, el art. 27.2 determina que sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento de las demás.

⁵²⁷ Véase art. 6 de la Directiva 2008/52/CE, en relación con el considerando núm. 19. En ambos se declara el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación, a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.

solicitud de declaración de ejecutividad o las modalidades para presentar dicha solicitud⁵²⁸) vendrán determinados por los Reglamentos europeos aplicables en función de la materia objeto del acuerdo.

3. EL EXEQUÁTUR DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN ENTRE PAÍSES DE LA REGIÓN MEDITERRÁNEA PERTENECIENTES A LA UNIÓN EUROPEA Y NO PERTENECIENTES A LA UNIÓN EUROPEA

Este supuesto puede resultar más complejo por la multiplicidad de fuentes susceptibles de ser aplicadas en función de la combinación Estado de origen- Estado requerido. En todo caso, se deberá atender a lo establecido en la legislación del Estado requerido en materia de exequátur.

Así, de ser España el país requerido, el reconocimiento y declaración de ejecutividad de una resolución extranjera en España (y, en consecuencia, de un acuerdo de mediación) viene regulado por los sistemas que contempla la *Ley de Enjuiciamiento civil de 1.881* (arts. 951 a 954)⁵²⁹. En primer lugar, se deberá atender al *sistema convencional o basado en normas de origen no interno* (art. 951); en su defecto se deberá atender al *sistema de reciprocidad* (arts. 952 y 953)⁵³⁰; finalmente y en defecto de los anteriores se atenderá al *sistema de control autónomo* (art. 954). Una gran parte de las normas convencionales ratificadas por España, así como los arts. 952 a 954 LEC otorgan el reconocimiento de manera conjunta con la declaración de ejecutividad, de tal forma que regulan un único procedimiento jurisdiccional a través del cual se reconoce y/o declara ejecutiva la resolución extranjera.

3.1 Sistema convencional (art. 951 LEC)

España ha ratificado convenios bilaterales en materia de exequátur con países de la ribera mediterránea como Marruecos, Túnez, Israel y Argelia. Dichos convenios, aplicables al reconocimiento y declaración de ejecutividad de los acuerdos de mediación en la medida en que la legislación de los países en cuestión así lo regule, impulsarán, sin duda alguna, la resolución de conflictos a través de este sistema.

Las relaciones entre Marruecos y España cuentan con un importante convenio bilateral que puede resultar favorecedor a la mediación transfronteriza entre

⁵²⁸ Véase como referencia los artículos 39 y 40 del R.44/2001.

⁵²⁹ Dichos artículos continúan aplicándose hasta que se apruebe la *Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil*. Véase la disposición derogatoria única, apdo. 1, inciso 3º de la nueva LEC.

⁵³⁰ El denominado sistema de reciprocidad ha quedado hoy en día desplazado, en la práctica, por el sistema de control autónomo.

ambos países. Se trata del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997⁵³¹. El convenio comprende la asistencia judicial en materia civil, mercantil y administrativa pero también el reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, sentencias arbitrales y documentos auténticos. En Marruecos, el acuerdo de mediación se equipara a un acuerdo transaccional con eficacia de cosa juzgada y carácter ejecutivo⁵³². Siendo así, los acuerdos de mediación tendrían cabida a través de este Convenio, que contempla una serie de condiciones para obtener el reconocimiento y/o declaración de ejecutividad jurisdiccional (art. 23), tales como la fuerza ejecutiva del acuerdo en el Estado de origen y que no sea contrario al orden público del Estado en que se solicita la ejecución.

Interesa también la regulación existente entre España y la República Tunecina, como país soberano situado en la costa mediterránea del norte de África. Así, el Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001⁵³³, que contempla un proceso jurisdiccional basado en el cumplimiento de una serie de condiciones establecidas en el mismo, como pueden ser que la competencia del órgano jurisdiccional para dictar la resolución en el Estado de origen, que la resolución sea firme y con fuerza ejecutiva en el Estado que dictó la resolución, etc. (art. 17).

Por su parte, Israel y España cuentan con el Convenio entre España e Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de *sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Jerusalén, el 30 de mayo de 1989*⁵³⁴, aplicable a la homologación de acuerdos de mediación civil y mercantil entre ambos países. La mediación en Israel está regulada como método alternativo a la vía judicial para la resolución de conflictos desde el año 2003, dotando de fuerza ejecutiva a los acuerdos alcanzados⁵³⁵. Según establece el Convenio, las sentencias dictadas en materia civil y mercantil por los tribunales de una de las partes contratantes se reconocerán y declararán ejecutivas en el territorio de la otra parte contratante conforme las condiciones que establecen el propio Convenio. A los efectos del convenio se entiende por «sentencia» cualquier resolución de los Tribunales, sea cual fuere su denominación, incluyendo decisiones, decretos, órdenes y transacciones judiciales. El ordenamiento jurídico español entiende que el acuerdo

⁵³¹ BOE, núm. 151, de 25 de junio de 1997.

⁵³² Ley Marroquí de arbitraje y de mediación convencional de 30 de noviembre de 2007 (Ley núm. 08-05), arts. 327-55 y ss. Dahir n° 1-07-169 du 19 kaada 1428 (30 de noviembre de 2007) portant promulgation de la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile (*Bulletin Officiel* n° 5584, jueves 6 de diciembre de 2007).

⁵³³ BOE, núm. 52, de 1 de mayo de 2003.

⁵³⁴ BOE, núm. 3, de 3 de enero de 1991; corr. de errores, BOE, núm. 20, de 23 de enero de 1991.

⁵³⁵ Ley núm. 12 de 2006 (núm. provisional 37 de 2003).

de mediación y la transacción participan de una misma naturaleza jurídica⁵³⁶, por lo que el reconocimiento y declaración de ejecutividad de los acuerdos de mediación tendrían cabida, en principio, en dicho convenio. El texto convencional regula un procedimiento jurisdiccional a través del cual se reconocerá y/o se declarará ejecutivo el acuerdo de mediación, estableciendo una serie de condiciones como pueda ser la competencia del Tribunal de origen; la firmeza de la resolución; y la fuerza ejecutiva de la misma (art. 2) a las que se añadirán las posibles condiciones de denegación del reconocimiento o declaración de ejecutividad, como puedan ser la contrariedad con el orden público del Estado requerido (art. 4).

Por último, cabe destacar el Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho en Madrid el 24 de febrero de 2005⁵³⁷. El Convenio regula la asistencia judicial entre ambos países y también el reconocimiento y declaración jurisdiccional de las decisiones dictadas por la jurisdicción de las Partes contratantes y de documentos públicos, como puedan ser las escrituras notariales. En Argelia, la mediación viene regulada en el *Code de Procedure Civile et Administrative*⁵³⁸ y en él se determina que el acuerdo de mediación viene refrendado siempre por un juez, que otorga al acuerdo fuerza ejecutiva. Siendo así, la homologación del acuerdo de mediación podrá regularse a través de dicho convenio, atendiendo a las condiciones previstas en el articulado, como pueden ser que no exista litispendencia o que no sea contrario al orden público del Estado requerido, entre otras (art. 16).

3.2 El sistema de control autónomo (art. 954 LEC) en defecto de Convenio bilateral o multilateral

La homologación de un acuerdo de mediación entre países de la región mediterránea que no hayan celebrado un convenio en dicha materia deberá atender a lo establecido en la legislación del Estado requerido. De ser España el país requerido, se atenderá al sistema de control autónomo, contemplado en el art. 954 LEC, que consiste en comprobar que el acuerdo cumple unos determinados requisitos, la mayoría contemplados en el propio art. 954 en relación a las resoluciones, aplicables a los acuerdos de mediación, como puede ser el examen de la competencia de la autoridad de origen que haya dictado el acuerdo; la fuerza ejecutoria en el Estado de origen y el respeto al orden público del Estado requerido, entre otros.

⁵³⁶ Véase SENÉS MOTILLA, C., *op. cit.*, nota 509, p. 30 y ss.

⁵³⁷ BOE, núm. 103, de 1 de mayo de 2006.

⁵³⁸ *Livre V: Des modes alternatifs de règlement des litiges; Titre I; Chapitre II: De la médiation*, arts. 994-1005.

Con independencia de que el exequátur en España de los acuerdos de mediación venga regulado por un Convenio bilateral entre países de la región mediterránea o atiendan al sistema de control autónomo (art. 954 LEC 1.881), se deberá atender a lo previsto en la Ley 5/2012, la cual precisa dos condiciones para poder declarar ejecutivo un acuerdo de mediación que haya sido adoptado fuera de España y que pretenda ser ejecutado en España: que tenga fuerza ejecutiva derivada de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas (art. 27, párr. primero) y que no resulte manifiestamente contrario al orden público español (art. 27, párr. tercero).

4. EL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

En España, el proceso de ejecución de un acuerdo de mediación previamente reconocido y/o declarado ejecutivo, atenderá a lo dispuesto en el Título V (Ejecución de los acuerdos) de la Ley 5/2012, la cual regula bajo un mismo título la *ejecución de los acuerdos*, ya sean fruto de una mediación de carácter nacional o interno, o bien fruto de un conflicto transfronterizo⁵³⁹.

La ejecución forzosa del auto de homologación se solicitará y despachará en los mismos términos y condiciones que convienen a cualquier otro acuerdo alcanzado en el proceso jurisdiccional (art. 415.2 LEC). En cambio, si el procedimiento de mediación se desarrolla al margen del proceso y concluye con el acuerdo de las partes (mediación para la *evitación* del proceso), la tutela jurisdiccional a la que éstas pueden aspirar es la ejecución del acuerdo de mediación *en sí mismo*, en los términos y con los requisitos que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁴⁰. Atendiendo a la Disposición final tercera, todo ello ha supuesto la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En concreto comprende la modificación de los preceptos necesarios para la inclusión del acuerdo de mediación como título que da derecho al despacho de la ejecución. Con estas modificaciones se articula la adecuada interrelación entre la mediación y el proceso civil⁵⁴¹.

Por su parte, un proceso de ejecución en el extranjero de un acuerdo de mediación dictado en España deberá atender a lo establecido en las normas procesales del país requerido (esto es, el país o Estado en el que se quiere otorgar efectos

⁵³⁹ Véase un comentario al respecto del título V de la Ley 5/2012: FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., «Reconocimiento y declaración de ejecutividad de los acuerdos de mediación transfronterizos», en LOPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F. (coord.), *op. cit.*, nota 507, p. 214 y ss.

⁵⁴⁰ Véase SENÉS MOTILLA, C., *op. cit.*, nota 509, p. 30 y ss.

⁵⁴¹ Véase MARTÍN PASTOR, J., «La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-Ley 5/2012», *La Ley*, 2012, núm. 7862 (Sección Tribuna), 21 de mayo; MORENO VELASCO, V., «La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales. Una propuesta de solución», *La Ley*, 2012, núm. 7899 (Sección Tribuna), 11 de junio.

a un acuerdo de mediación extranjero), si bien la Ley 5/2012 determina una serie de requisitos *formales* que deberá cumplir un acuerdo de mediación adoptado en España que pretenda ser ejecutado en otro Estado. La Ley española asegura el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación adoptados en España. Así, prevé la formalización del título ejecutivo bien mediante la homologación por un tribunal del acuerdo de mediación adoptado después de iniciar un proceso judicial, con la consiguiente finalización del proceso jurisdiccional y la obtención de una resolución judicial –auto– (art. 25.4); o bien mediante la elevación del mismo a escritura pública ante un notario, acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento (art. 25.1, 2 y 3). Además, la Ley establece que se deberá cumplir con los «requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea» (art. 25. 3 Ley 5/2012)⁵⁴².

RESUMEN

La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos entre particulares en la región mediterránea nos sitúa en el contexto de la mediación transfronteriza, lo cual lleva aparejada la necesaria homologación del acuerdo si el mismo pretende surtir efectos más allá del territorio en el que fue dictado. El marco legal susceptible de regular el exequátur debe ser analizado caso por caso, en función del Estado de origen- Estado requerido, lo que sin duda, conlleva el juego de diferentes regulaciones aplicables al exequátur del acuerdo de mediación.

⁵⁴² Tomando como referencia el Reglamento 44/2001/ Reglamento 1215/2015 se atendería a los siguientes requisitos: a) la parte que invoque el reconocimiento o solicite el otorgamiento de la ejecución debe presentar *copia auténtica* del acuerdo de mediación (art. 53.1 Reglamento 44/2001; art. 37 Reglamento 1215/2015); b) la parte que solicite el otorgamiento de la ejecución deberá presentar una *certificación* conforme al formulario normalizado que contempla el propio Reglamento 44/2001 (arts. 54 y 55); art. 37 Reglamento 1215/2015; c) Asimismo, si el tribunal o autoridad competente lo exigiere, será necesaria la *traducción* del acuerdo de mediación (art. 55.2 Reglamento 44/2001; art. 37 Reglamento 1215/2015).

LA MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA TRAS LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA 2008/52/CE: BREVE ESTUDIO DE LA LEY 5/2012

Esther Gómez Campelo
Profesora Contratada Doctora (acreditada a PTU)
de Derecho Internacional Privado
(Universidad de Burgos)

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. CONTENIDOS DE LA LEY 5/2012.—2.1 Concepto de mediación transfronteriza. Elementos determinantes de su naturaleza.—2.2 Circunstancias que permiten la aplicación de la Ley española como reguladora de la mediación.—2.3 La ejecución del acuerdo y los criterios para la determinación de la competencia.—2.4 La calificación jurídica del acuerdo de mediación y su carácter ejecutivo.—2.5 Tratamiento uniforme de los acuerdos transfronterizos.—3. FINAL.

PALABRAS CLAVE: Mediación transfronteriza, Directiva, Transposición, Derecho español.

1. ANTECEDENTES

Los Estados miembros son conscientes de las dificultades que entraña obtener una sentencia en litigios transnacionales, así como los costes, dilaciones y dificultades de toda índole relacionados con la acción judicial; no obstante, y sin apartarse de esta vía, han introducido en sus normativas procesos civiles simplificados para demandas de escasa cuantía a fin de facilitar el acceso a la justicia⁵⁴³;

⁵⁴³ Reglamento (CE) 861/2007, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. *DOUE*, núm. L 199, 31 de julio de 2007. Facilita el reconocimiento y la ejecución sencilla y rápida, de sentencias dictadas en el proceso europeo de escasa cuantía en otro Estado miembro.

esta teleología se observa en el ámbito del Espacio Judicial Europeo en materia civil y mercantil, no sólo impulsando y garantizando la tutela judicial efectiva a los ciudadanos comunitarios en cualquier Estado miembro, sino también potenciando mecanismos de resolución al margen de la jurisdicción. Para lograrlo, se postulan modalidades alternativas de solución de conflictos -preferentemente transfronterizos- buscando armonizar las diferentes tipologías a partir de la redacción del Libro Verde⁵⁴⁴ para generar soluciones menos confrontadas y obtenidas con mayor grado de consenso⁵⁴⁵.

Tras la Directiva 2008/52/CE⁵⁴⁶ nuestro legislador ha mostrado análogas preocupaciones⁵⁴⁶. El texto limita su objetivo a establecer un panorama de normas mínimas dirigidas a potenciar el mecanismo mediador frente a la vía jurisdiccional, posibilitando que las normas estatales se configuren como régimen general aplicable a los procesos de mediación suscitados en cada territorio, a fin de producir efectos jurídicos vinculantes⁵⁴⁸. Veamos seguidamente algunas consecuencias de su transposición a nuestro Derecho.

2. CONTENIDOS DE LA LEY 5/2012⁵⁴⁹

La Exposición de Motivos apuesta por la mediación como fórmula extraprocésal, como «*instrumento eficaz para la resolución de controversias*» conectado con el ámbito de la jurisdicción, pero sin tratarlo como alternativa secundaria al proceso judicial.

⁵⁴⁴ Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, Bruselas, 19 de abril de 2002, COM (2002) 196 final. También, Código de Conducta Europeo para mediadores, julio de 2004.

⁵⁴⁵ El Parlamento europeo, periódicamente, pide a la Comisión reforzar la Red Extrajudicial Europea (EEJNet) para que los Estados elaboren normativas armonizadas y bajo garantías procesales comunes. Conclusión núm. 25 del Consejo europeo de Laeken (diciembre de 2001) «(...) insiste en la importancia de prevenir y resolver los conflictos sociales y muy especialmente los conflictos transnacionales, mediante mecanismos voluntarios de mediación (...)». OPPETIT, B., «Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique», *Justices*, 1995, núm. 1, p. 56. También, ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Irrupción del movimiento ADR en las relaciones transfronterizas», *Revista de la Corte española de Arbitraje*, 2005, pp. 89-115.

⁵⁴⁶ Directiva 2008/52/CE del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. *DOUE*, núm. L 136, 24 de mayo de 2008.

⁵⁴⁷ http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL_143.PDF#page=23 y http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL_143.PDF#page=24 (última fecha de consulta, 15 de mayo de 2014).

⁵⁴⁸ ROGEL VIDE, C., «Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles», en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (dir.), *Mediación Civil y Mercantil. Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, Reus, 2012, p. 10.

⁵⁴⁹ Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *BOE*, núm. 162, 7 de julio de 2012; 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*, 2013, núm. 136.

La Ley se ciñe a la Mediación, eludiendo toda referencia a la Conciliación y al Arbitraje, dejando la descripción al genérico art. 3 de la Directiva, cuyo supuesto de hecho se redacta con la amplitud que requiere una norma que ha ser integrada sin oposición en las legislaciones de los Estados miembros. La concreción última acerca de qué ha de entenderse por «mediador»⁵⁵⁰ y «mediación» se relega a cada normativa (art. 1 Ley) por lo que muy posiblemente, a corto plazo, surjan situaciones de homonimia jurídica, en las que se apreciarán perfiles y contenidos diferentes de un conflicto presentado bajo la misma denominación.

La Ley regula -pero sólo lo imprescindible- el conflicto transfronterizo. Esta parvedad se justifica por estar ante una norma autónoma dirigida a resolver situaciones de naturaleza interna, frente a las disposiciones de la Directiva (art. 1,2) cuyo objetivo es el conflicto habido más allá de un único ordenamiento.

Desde el punto de vista material, relativo al contenido excluido (mediación penal, con las Administraciones públicas y en consumo), recordemos que el Anteproyecto rescataba el contrato internacional de trabajo. Ahora, el art. 2,2 excluye expresamente la mediación laboral⁵⁵¹. Nada obsta, sin embargo, a considerar el ámbito del conflicto familiar incluido en este marco aplicable, en tanto no se le excluye expresamente (es seguro que la mediación de base intercultural generará una interesantísima casuística).

2.1 Concepto de mediación transfronteriza. Elementos determinantes de su naturaleza

El calificativo «transfronterizo» enmarca la naturaleza internacional del conflicto, sobre plurales elementos objetivos vinculados a diversos ordenamientos.

Para ubicar correctamente el supuesto, para saber cuándo una mediación ostenta este carácter, el art. 3,1 requiere diverso domicilio o residencia habitual entre las partes implicadas y que resolución y ejecución deban verificarse en Estados diferentes (una adición del texto final, no recogido en las propuestas previas) como consecuencia de un ulterior cambio de domicilio.

Define el litigio transfronterizo para dibujar sus perfiles y evitar la inseguridad que proporcionaría un concepto jurídico indeterminado; opta por una pers-

⁵⁵⁰ La figura del mediador se concreta en el RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012. En vigor desde 27 de marzo de 2014.

⁵⁵¹ MONTOYA MELGAR, A. y GARCÍA PIÑEIRO, N., «La mediación en el ámbito laboral», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (dir.), *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Coruña, Netbiblo, 2010. Véanse también BORRAJO INIESTA, S., «Datos sobre el uso de los sistemas de solución de conflictos de trabajo en España», *Actualidad laboral*, 2010, núm. 8, abril, pp. 867-873; y ALFONSO MELLADO, C., «El papel de los conciliadores mediadores en los procedimientos de solución de conflictos laborales», en VV.AA., *IX Jornadas Nacionales de Sistemas de Solución Autónoma de Conflictos Laborales*, Valladolid, Servicio de Relaciones Laborales de Castilla y León, 2005, pp. 25-53.

pectiva amplia, mediante el empleo alternativo de las dos mencionadas conexiones y omite la del lugar donde se produce la mediación⁵⁵². Ahora bien, otorgar al acuerdo carácter transfronterizo por la decisión de una de las partes de cambiar su domicilio y, en consecuencia, el lugar de ejecución, puede provocar inseguridad jurídica sobrevenida en la otra afectada que verá cómo una mediación interna se transforma en internacional por decisión unilateral de la otra parte.

Curiosamente, en ningún caso se apela a la nacionalidad de los intervinientes -ya sean las partes o el mediador- a estos efectos, irrelevante.

Pero aunque la Ley incorpora la Directiva al Derecho español, su definición de conflicto transfronterizo va más allá; así, mientras que el art. 2 de ésta circunscribe su aplicación a partes domiciliadas o con residencia habitual *en diferentes Estados miembros*, excluyendo conexiones fuera del territorio UE, el texto español es más ambiguo. Su art. 3,1 habla sólo de domicilio o residencia habitual «*en un Estado distinto*», aludiendo a personas provenientes de terceros países; mientras, su apartado 2 concreta los litigios transfronterizos entre residentes en distintos Estados miembros UE, precisión que nos permite avalar la idea extensiva que el legislador español ha querido dar al precepto. No hay objeción que hacer; puestos a regular una mediación de esta naturaleza, resulta más que oportuno prever todos los supuestos internacionales con los que pueden enfrentarse las autoridades españolas.

Por último, si ninguna de las partes dispusiera de domicilio o residencia habitual en España, el precepto no se plantea el posible ejercicio de la autonomía de la voluntad que podría conducir a someter sus discrepancias a un mediador ubicado en otro país. Esta posibilidad de «crear» otra modalidad de mediación transfronteriza -que sí estaba en el art. 3,1 del Anteproyecto- quizá no debió obviarse en el texto vigente.

2.2 Circunstancias que permiten la aplicación de la Ley española como reguladora de la mediación

El párr. 2 del art. 2,1 indica que será aplicable la Ley española (si, al menos una de las partes está domiciliada en España y la mediación se realiza en territorio español) salvo decisión de someterse expresa o tácitamente a un ordenamiento distinto. Es decir, la Ley sólo resulta aplicable en defecto de elección. El art. 3,3 del Anteproyecto no daba entrada a la autonomía de la voluntad, de forma que cuando acumulativamente concurrían las dos conexiones, nuestra normativa resultaba aplicable.

⁵⁵² Tal y como se recogía en el Anteproyecto: «(...) cuando la mediación tenga lugar en un Estado distinto a aquel en el que las partes a las que afecta estén domiciliadas».

La determinación de la ley aplicable a conflictos transfronterizos no recurre a la norma conflictual, sino que prefija cuáles van a ser las conexiones que permitirán aplicar nuestro Derecho. Y así, la norma autónoma conocerá de un conflicto de tráfico jurídico externo cuando los implicados así lo pacten (importancia de la autonomía de la voluntad en un ámbito en el que debe resolverse bajo consenso) pero también, aun sin acuerdo, cuando al menos una tenga en España su domicilio y aquí deba realizarse el procedimiento de mediación.

Podemos entender que si las partes deciden recurrir a la Ley española, aun sin mediar vinculación alguna con el objeto, la causa o los sujetos, debería aceptarse y, en consecuencia, aplicarla. De esta forma, no es preciso que exista un elemento relevante situado en territorio español (como igualmente indica el art. 3 del Reglamento Roma I).

Sólo cuenta la libre elección de los intervinientes y su decisión voluntariamente asumida: «*la libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales*»⁵⁵³. Nuestra Ley comparte esta filosofía, aunque conviene recordar que el Anteproyecto no mencionaba la autonomía de la voluntad como elemento regulador.

La sumisión, pues, no exige requisitos anejos que permitan vincularla al hecho mismo de la mediación o al asunto que la origina: sobre cualquier materia de libre disposición cabrá elegir la Ley española sin alegar elementos objetivos o subjetivos que la avalen. Ahora bien, si no ha habido acuerdo, aplicar la ley interna ha de justificarse en condiciones objetivas: *lex domicilii* y *lex loci meditationis*. Esta segunda opción doble, subsidiaria, sí busca un elemento que conecte el supuesto de hecho con el ordenamiento aplicable y ese factor es el domicilio y el *locus*. El problema es que ambas conexiones concurrirán acumulativamente, es decir que si ninguna parte está domiciliada en España, aunque la mediación se desarrolle aquí, no podrá ser de aplicación la Ley española. Para resolverlo hubiera bastado introducir un vínculo de proximidad, que diera relevancia a la Ley española como el ordenamiento que guarda mayor vinculación con el supuesto: el órgano aplicador valoraría las circunstancias concurrentes que permitirían el recurso fundado a la norma patria.

Resumiendo. Es aplicable la Ley en diferentes situaciones que buscan, en el primer caso, respetar la sumisión -expresa o tácita- y en el segundo, una localización más adecuada del supuesto en atención a los vínculos que mantiene con el ordenamiento regulador⁵⁵⁴. En un segundo momento, las conexiones actúan

⁵⁵³ Considerando 11 del Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008 (Roma I) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

⁵⁵⁴ DIAGO DIAGO, P., «Modelos normativos para una regulación de los MARC (Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos)», en CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 151-178.

supletoriamente, sólo en defecto de acuerdo *inter partes* y lo hacen previendo la aplicación del texto interno mediante doble exigencia acumulativa: domicilio y acto de mediación en territorio español. Significa que la mera actividad del mediador en España no promueve *per se* la aplicación de la Ley, necesitada del elemento domiciliario para activarse. El doble requerimiento parece evidenciar el rechazo a cualquier criticable atisbo de *legeforismo* y dificultar el recurso a una elección fraudulenta de norma en la que las partes podrían optar por un mediador en atención a las ventajas del ordenamiento aplicable.

2.3 La ejecución del acuerdo y los criterios para la determinación de la competencia

Aunque la mediación es una solución extrajudicial, la presencia de un órgano jurisdiccional no es infrecuente; no sólo porque a veces es él quien propone remitir a las partes a la mediación⁵⁵⁵ sino, sobre todo, porque su intervención es preceptiva para proceder a la ejecución.

El que sea un órgano jurisdiccional u otra autoridad con competencia quien otorgue ejecutividad al acuerdo se determina por los Estados miembros (art. 6,2 Directiva). Y es que, frente al proceso europeo de escasa cuantía, cuyas resoluciones judiciales no requieren declaración de ejecutividad para su reconocimiento y ejecución (Reglamento 861/2007), aquí sí es necesario si se pretenden reconocer y ejecutar los acuerdos transaccionales en territorio europeo en las condiciones fijadas para resoluciones judiciales y sentencias.

El art. 6,3 de la Directiva entiende que serán los Estados quienes decidan sobre «*los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes para recibir una solicitud*» de ejecución, circunstancia que se comunicará a la Comisión para hacerlo público (art.10) y preservar la necesaria seguridad jurídica.

El acuerdo también puede originarse en una opción de los interesados de acudir a un mecanismo resolutorio sin precisar proceso judicial. Su voluntad y la intervención del mediador propician una decisión con valor de título ejecutivo tras su elevación a escritura pública (art. 23,3 *in fine*) con intervención de notario. Éste, verificará que el acuerdo adoptado cumple los requisitos exigidos por la vigente normativa española y que su contenido es ajustado a Derecho. De esta forma, para los sujetos involucrados, el acuerdo debidamente formalizado produce efectos de cosa juzgada.

⁵⁵⁵ El art. 5.1 de la Directiva indica que el órgano jurisdiccional «(...) podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio». Hay quien duda acerca de esta facultad, porque un juez está obligado a resolver siempre sobre las pretensiones que se le formulen (prohibición de *non liquet*, art. 11.3 LOPJ). Así lo expresa ZAMBRANA TÉBAR, N, *La nueva directiva sobre mediación: primeros interrogantes (y II)*, *LegalToday.com*, junio de 2008. Disponible en <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/la-nueva-directiva-sobre-mediacion-primeros-interrogantes-y-ii>.

2.4 La calificación jurídica del acuerdo de mediación y su carácter ejecutivo

Es más que probable que los acuerdos resultantes sean voluntariamente acaudados por quienes se sometieron a ellos; los beneficios son indudables, más aún cuando el litigio es transfronterizo. No obstante, los interesados pueden solicitar que el contenido del acuerdo amistoso sobre la resolución del conflicto tenga fuerza ejecutiva, siempre que la ejecutividad sea compatible con la legislación del país donde se hizo la solicitud.

La Ley (Exposición de Motivos) reconoce al acuerdo carácter de título ejecutivo, con valor de cosa juzgada, aunque para su ejecución deba acudirse ante los Tribunales⁵⁵⁶.

Puede resultar llamativo que un proceso sujeto al control y voluntad de las partes requiera de un Tribunal para darle ejecutividad si bien, no es menos cierto que la necesidad de homologación judicial o de un acta autenticada para atribuir carácter ejecutivo a la decisión, garantiza el respeto al principio de seguridad jurídica⁵⁵⁷. Y aunque así se lee en la Directiva, su art. 6,2 ofrece amplias posibilidades para dotar al acuerdo de carácter ejecutivo: no será precisa una sentencia, sino que podría bastar un acto auténtico emanado de autoridad con competencia, conforme a la normativa del Estado requerido, en el que fue formulada la solicitud⁵⁵⁸.

En la Directiva, el acuerdo de mediación tiene fuerza de cosa juzgada *inter partes* -es un procedimiento con poder ejecutivo-; mientras que en el art. 27 de la Ley se indica a los interesados que soliciten que el acuerdo obtenido tenga carácter obligatorio así como ejecutivo, para garantizar su ejecución forzosa. Aunque el art. 6 de la Directiva recoge la garantía otorgada a las partes de que «*el contenido del acuerdo se hará ejecutivo*» en el Estado miembro donde se formule la solicitud, también permite impedir tal ejecutividad si su legislación

⁵⁵⁶ «(...) reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo (...) cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales». La Ley habla exclusivamente de Tribunales de Justicia, frente a la Directiva y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», COM(2004) 718 final-2004/0251(COD) (2005/C 286/01), en el que se indica que «son los órganos jurisdiccionales, y no sólo los Tribunales de justicia, los que pueden proponer la mediación, y también que no son solo éstos los que pueden asegurar el cumplimiento del acuerdo de la mediación, sino que puede hacerlo cualquier entidad pública que, según la legislación nacional, esté habilitada para ello». COLMENERO GUERRA, J. A., «Consideraciones sobre los Anteproyectos de Ley de mediación y de reforma de la Ley de Arbitraje», *Códigos de Conducta*, 17 de marzo de 2010, p. 2 y ss. Disponible en www.codigosdeconducta.com.

⁵⁵⁷ El citado Libro Verde (*op. cit.*, nota 546) dejaba claro que «resulta paradójico que el objetivo de evitar el pleito, consustancial a las ADR, pueda desembocar en un recurso ante el juez para conferir fuerza ejecutiva a los acuerdos obtenidos».

⁵⁵⁸ El art. 6.2 de la Directiva exige «(...) sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente (...)».

no contempla el carácter ejecutivo del acuerdo o si éste ha resultado contrario a su Derecho. Es decir, solicitar la ejecutividad no implica necesariamente su garantía y efectividad, lo que ha permitido a la Ley imponer algunos requisitos de ejecutividad sobre los acuerdos alcanzados⁵⁵⁹.

Esquemáticamente, la ejecución de una resolución mediadora transfronteriza abarca dos posibilidades:

1.^a Si el acuerdo goza de fuerza ejecutiva en su país de origen, los demás le darán reconocimiento y ejecución. La exigencia para activar la ejecución persigue que la autoridad extranjera que le otorgó tal fuerza tenga equivalencia funcional a la desempeñada por las autoridades patrias (art. 27,1).

Al Reglamento 44/2001⁵⁶⁰ se acudirá cuando el contenido de un acuerdo de mediación haya sido declarado ejecutivo en un Estado miembro, lo que permitirá que también lo sea en los demás Estados. Ello no obsta para que cada país establezca mecanismos de control y garantías sobre los principios de transparencia, imparcialidad, eficacia, legalidad o contradicción. La exigencia de requisitos anejos no cuestiona que el resultado de la mediación tenga, *per se*, incontestables efectos jurídicos. Pero si, además, lo que se pretende es dotarle de efectos ejecutivos, es un recurso sencillo exigir su plasmación en escritura pública o en cualquier otro documento que satisfaga las requeridas formalidades legales⁵⁶¹.

2.^a Si el acuerdo carece de fuerza ejecutiva en el país emisor (el art. 27,2 habla de «*acuerdo no declarado ejecutable por una autoridad extranjera*») la ejecución sólo se efectuará tras intervención de notario y previa solicitud de los interesados. A falta de normativa institucional/convencional, cabe ejecución en España mediando intervención de un fedatario público español, que elevará el acuerdo a escritura pública. Con todo, la voluntad de los interesados, o de uno con el consentimiento expreso del resto, es el requisito impulsor de la actividad notarial.

En el ya citado art. 6 Directiva, «*Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación*» se indican los casos de falta de ejecutividad, aunque referidos al país de ejecución: cuando no presenta carácter ejecutivo -se entiende que por no obtenerlo del Estado de emisión- o cuando el contenido del acuerdo pueda resultar contrario a Derecho. Es decir, se reconoce la ejecutividad del acuerdo procedente de país extranjero si en él ya ha obtenido idéntica consideración. La carencia de fuerza ejecutiva será fruto del criterio adoptado por el país de origen:

⁵⁵⁹ GÓMEZ CAMPELO, E., «Comentarios al art. 27», en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (dirs.), *op. cit.*, nota 548, pp. 369-376.

⁵⁶⁰ Sustituido por el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Aplicable desde 10 de enero de 2015.

⁵⁶¹ MARTÍN PASTOR, J., «La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-Ley 5/2012», *La Ley*, 2012, núm. 7862 (Sección Tribuna), 21 de mayo.

no cabe atribuir a un acto extranjero otros efectos más allá de los que como mínimo le reconoce el ordenamiento de donde emanó.

2.5 Tratamiento uniforme de los acuerdos transfronterizos

Así como en el art. 6,1 Directiva el contenido del acuerdo puede llegar a ser ejecutivo por sentencia, resolución o acto auténtico según legislación del país donde se formule la solicitud «*a menos que (...) el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud*», en la Ley la homologación judicial y la ejecución del acuerdo se deniegan si su contenido resulta contrario al orden público (art. 27,3).

Uno de los límites al reconocimiento se encuentra en la tutela de los intereses básicos del sistema jurídico del Estado requerido pero no queda claro si la contradicción con el Derecho del Estado -al que se refiere la Directiva- ha de hacerse equivaler al concepto de orden público contemplado en la Ley.

Cuando el acuerdo de mediación afecta a países miembros, la armonización tras la Directiva conduce al reconocimiento y ejecución en ellos sin que quepa oposición y sin que sea precisa declaración de ejecutabilidad⁵⁶².

Sin embargo, si tal acuerdo proviene de un Estado tercero y las partes no son sólo ciudadanos europeos, la intervención del notario puede, en gran medida, garantizar que su tenor resulte conforme a Derecho (art. 25,2) pero ¿es esta una referencia al orden público o a cualquier tipo de norma? Y, bajo hipotética lesión al orden público ¿puede un notario denegar o poner trabas a la ejecución de una decisión transfronteriza?

Respecto al requisito subsidiario de elevación a escritura pública de un acuerdo sin fuerza ejecutiva en el país emisor, para proceder a su ejecución en España, el Libro Verde (punto 87) es claro: los actos resultantes de una *Alternative Dispute Resolution* emitidos por autoridad con fuerza ejecutiva, podrían constituir escrituras públicas conforme al Reglamento 44/2001 que, sin embargo, no sería aplicable si el acuerdo es resultado de la mera voluntad *inter partes* y no ha sido sancionado por autoridad pública, juez o notario⁵⁶³.

⁵⁶² Directiva 2008/52/CE (Considerando 20): «El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ejemplo sobre la base del Reglamento (CE) 44/2001(...) o del Reglamento (CE) 2201/2003 (...)».

⁵⁶³ En la sentencia TJCE, de 17 de junio de 1999, asunto *Unibank AS c. Fleming G. Christensen*, C-260/97, Rec. I, p. 3715, se dice «que un título ejecutorio en virtud del derecho del Estado de origen, cuya autenticidad no hubiese sido establecida por una autoridad pública o cualquier otra autoridad habilitada para ello por dicho Estado, no constituye una escritura pública con arreglo a lo dispuesto en el art. 50 del Convenio de Bruselas».

Por último, si no se alcanza una decisión pactada, queda libre el acceso al sistema judicial -quizá iniciado con anterioridad-; es frecuente ver cómo planteada la cuestión transnacional ante un Tribunal y comenzado el proceso, las partes deciden acogerse a un mecanismo alternativo, solicitando la suspensión del proceso judicial. Y si el acuerdo no se logra, aquella vía deberá retomarse en el momento en que se produjo la interrupción (art. 4: «... *se reanudará el cómputo de los plazos*»).

3. FINAL

Pese a nuestra asentada falta de tradición mediadora la redacción de la Ley 5/2012 provocó gran expectación. Objetivo declarado era que sus destinatarios conocieran la eficacia, imparcialidad y competencia de un mecanismo que garantiza la autonomía de las partes para alcanzar acuerdos y ejecutarlos; de no ser posible, deja expedita la vía judicial o el arbitraje.

Sin embargo, la regulación de la mediación transfronteriza en la Ley española es marcadamente escueta, casi simplista; el marco jurídico creado por la Directiva fomenta la participación cooperativa en la gestión y la resolución de conflictos al margen de los tribunales, remitiendo a lo que cada legislador interno promueva pero animando a que sus pautas sean tenidas en cuenta en las mediaciones nacionales. De esta forma se avalan procedimientos adaptados a las necesidades de las partes, buscando el equilibrio entre mediación y proceso judicial pero se limita notablemente la deseable convergencia.

RESUMEN

El Espacio Judicial Europeo reclama desde hace tiempo que los ciudadanos vean garantizada la resolución de sus conflictos mediante modalidades alternativas, recalcando la importancia de resolver una controversia de forma consensuada, especialmente en los litigios transfronterizos, al proporcionar soluciones menos costosas, menos confrontadas y con mayor grado de consenso.

Tras el Libro Verde (2002) la Unión Europea estaba en condiciones de redactar un texto que armonizara las diferentes tipologías de solución alternativa de conflictos. Ese objetivo se ha percibido también en nuestro país, tras la entrada en vigor de la Directiva 2008/52/CE pues, con su transposición, la Ley 5/2012 apuesta por la mediación como fórmula extraprocésal, cauce complementario de resolución de controversias conectado en su ejercicio con el ámbito de la jurisdicción, pero sin tratarlo como alternativa secundaria al proceso judicial.

Se exponen los ámbitos de aplicación de la Ley, su adecuación a la norma europea y sus exclusiones materiales, qué papel tiene el mediador y qué requisitos se le exigen (RD 980/2013), cómo se determina la ley aplicable, quién ostenta

la competencia judicial en la ejecución de acuerdos transfronterizos y en qué medida se activa la presencia del orden público en la resolución de conflictos de tráfico externo.

JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN, COMO POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE CRISIS MATRIMONIALES ENTRE PAREJAS MIXTAS EN LA REGIÓN DEL MEDITERRÁNEO

Ivana Larrosa Ibáñez

Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Zaragoza
Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado
(Universidad de Zaragoza)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN: CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN. SU REGULACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL.—3. NORMAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN.—4. LA MEDIACIÓN: FORMA DE RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS RELACIONALES Y DE CONVIVENCIA FAMILIAR ENTRE PAREJAS MIXTAS EN LA REGIÓN DEL MEDITERRÁNEO. PROCEDIMIENTO.—4.1 Contenido del Acta de Mediación. Eficacia transfronteriza del acuerdo de mediación. Relaciones parentales.—5. CONCLUSIONES.

PALABRAS CLAVE: Mediación, Matrimonios mixtos, Violencia de género, Mediación familiar, Guarda y custodia.

1. INTRODUCCIÓN

Los crecientes procesos migratorios a Europa, de nacionales procedentes de países del Mediterráneo, preferentemente musulmanes, han dado como resultado un incremento considerable de matrimonios mixtos o dispares. En la actualidad, y fruto en gran medida de las divergencias culturales y religiosas y de las diferentes concepciones familiares entre sus miembros, nos encontramos con

un incremento de situaciones de crisis conyugales⁵⁶⁴. Muchas de las cuales han generado un clima de violencia y concluido en un conflicto de violencia machista, dando lugar a la incoación de un proceso judicial penal por violencia de género. De este modo, una vez iniciado un proceso de violencia de género, nada puede ser igual para todos los integrantes del grupo familiar. La adopción en el proceso de medidas penales (privación de libertad, prohibición de residencia y/o comunicación, salida del domicilio conyugal) y civiles (modificación, suspensión e incluso supresión del régimen de guarda y custodia respecto de los hijos menores), conllevan graves repercusiones personales y económicas para todos los integrantes del grupo familiar: quebrantamiento de medidas cautelares, desavenencias inconciliables, que hacen a veces peligrar la vida del otro cónyuge, así como la sustracción de menores por parte, en la mayor parte de los casos del padre, no custodio.

En la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009, sobre eliminación de la violencia contra la mujer, se insta a los Estados miembros a que mejoren sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer y emprendan acciones destinadas a combatir las causas de la violencia contra las mujeres. La Cuarta Conferencia Mundial de Pekín de 1995, definió el problema de la violencia contra la mujer, como un problema público, instando a los Estados miembros, a adoptar medidas para erradicarla. La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 48/104 del 20 de diciembre de 1993 (CEDAW)⁵⁶⁵, sobre eliminación de la violencia contra la mujer, establece en la conclusión del párr. 23 de su anexo, que la violencia contra la mujer en la familia y en la sociedad se ha generalizado y trasciende las diferencias de ingresos, clases sociales y culturas, y debe contrarrestarse con medidas urgentes y eficaces para eliminar su incidencia. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y que entrará en vigor el 1 de agosto de 2014, prevé en su capítulo V que los Estados contratantes tipifiquen como delito determinadas conductas, como la violencia psicológica y física, el acoso, incluido el sexual, la violencia sexual, incluida la violación, el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina, el aborto y la esterilización forzosos. Fruto de estas recomendaciones y Convenios procedentes de organismos internacionales, nació en España, la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género –en adelante, LIVG- el 28 de enero de 2005.

Igualmente en Marruecos y tras la ratificación en 1993 de la CEDAW, y tras elaborar en el 2002 el Gobierno Marroquí la Estrategia Nacional de lucha contra la violencia contra las mujeres, se han sucedido diferentes programas multise-

⁵⁶⁴ RUÍZ SUTI, C. y RUEDA VALDIVIN, R. (coords.), *La situación jurídico familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2008.

⁵⁶⁵ Resolución de la Asamblea General de la ONU 48/104, del 20 de diciembre de 1993, art.4.a. Disponible en http://www.2.ochchr.org/spanish/law/mujer_violencia.html.

toriales⁵⁶⁶ y reformas legislativas tendentes a la prevención, erradicación y solución de la violencia contra la mujer. De este modo se elaboró un nuevo Código de familia en 2004, diferentes proyectos de reforma del Código Penal, con el objetivo de limitar ciertas conductas de Violencia de Género, destacando el proyecto de ley 103-13 contra la violencia doméstica y de Género elaborado por el Ministerio de Desarrollo Social, de la Familia y de la Mujer, y la Solidaridad en colaboración con el Ministerio de Justicia⁵⁶⁷.

Sin embargo, en todas las relaciones de pareja, se entremezclan sentimientos de amor, desamor, odio, celos y complicidad, que son muy difíciles de encuadrar y sobre todo de juzgar. Estas pertenecen al ámbito más íntimo y privado de la persona. No obstante los Estados, se ha convertido en garantes y protectores de la mujeres, adoptando medidas y resoluciones que sustituyen su voluntad, limitan de este modo su capacidad de decisión y afectan a su vida personal y familiar. De este modo, estas relaciones han pasado de ser una cuestión privada a convertirse en públicas.

Es cierto que en determinados supuestos de violencia machista, los más «sangrantes», algunos de ellos entre matrimonios mixtos o dispares, existe un desequilibrio de poderes entre el hombre y mujer, que exige la protección y empoderamiento de la mujer y la adopción de medidas punitivas frente al agresor, que puedan hacer cesar, en principio la violencia. Sin embargo existen otros supuestos en los que a consecuencia de un deterioro de la relación, se puede producir una discusión entre hombre y mujer, cruzándose insultos, palabras hirientes, llegando incluso a la violencia física recíproca, sin embargo puede que no exista ese desequilibrio, y a pesar de ello las legislaciones penales, de algunos Estados, se limitan a imponer las medidas punitivas convencionales (prisión, multa), que no reparan a la víctima, limitando su voluntad, y su capacidad de volver a rehacer su vida personal y familiar⁵⁶⁸.

Es en esos supuestos donde podría tener cabida la Justicia Restaurativa⁵⁶⁹, y por ende la mediación, para rehabilitar, restaurar y reparar a las partes. Siendo estas, los que de forma voluntaria tomarían el timón de su situación de crisis matrimonial y familiar en la que se encuentran inmersos, adoptando las decisiones y medidas que creyesen convenientes para ellos y para sus hijos.

⁵⁶⁶ Programme Multisectoriel de lutte contre les violences fondées sur le genre par l'autonomisation des femmes et des filles au Maroc, 2009.

⁵⁶⁷ <http://www.medias24.com/DROIT/5913-Projet-de-loi-dragueurs-harceleurs-hommes-violents-voici-ce-que-vous-risque.html#>

⁵⁶⁸ La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LIVG) establece en su Exposición de Motivos que «el ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales y asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones».

⁵⁶⁹ PELIKAN, C., «On the efficacy of Victim-Offender-Mediation in cases of Partnership Violence in Austria, or: Men don't Get better, but Women get stronger: Is still true? Outcomes of an empirical study», Vol. 16, *European Journal Criminal Policy and Research*, núm. 1, 2010.

Por otro lado, habría que tener en cuenta además que las legislaciones de muchos de los países musulmanes de área del mediterráneo, como ocurre en Marruecos, son proclives a la mediación familiar, ya que intentan mantener la unidad familiar. Así el nuevo código de familia marroquí de 2004, reconoce el derecho al divorcio cuando la relación conyugal se vuelve imposible, pero manteniendo la preceptiva y previa «reconciliación» al momento de dictar la sentencia de divorcio. Es por tanto en esos supuestos en los que existen desavenencias irreconciliables, donde se podría intentar la Mediación entre las partes.

2. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN: CONCEPTO⁵⁷⁰ Y FUNDAMENTACIÓN. SU REGULACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La Justicia Restaurativa, a través de la mediación, trata de encontrar «soluciones que obliguen a quienes están implicados a escuchar en vez de usar la fuerza, buscar arreglos en vez de dar órdenes, soluciones que fomenten la compensación en vez de represalias y que, en términos pasados de moda, animen a los hombres a hacer el bien en vez de, como en la actualidad, hacer el mal»⁵⁷¹.

La Justicia Restaurativa constituye, en definitiva, una apuesta por una forma no vertical de resolver problemas, superador del modelo consistente en que alguien investido de autoridad formal decide por los demás lo que éstos precisan.

Para entender los fundamentos de la Justicia Restaurativa partiremos de sus orígenes, tan ancestrales como las primitivas civilizaciones. Así han existido formas extraordinariamente civilizadas y no violentas de resolver gravísimos problemas en tribus mal llamadas primitivas. La Biblia recoge formas restaurativas de evitar «la muerte del delincuente y de procurar que se corrija y viva»⁵⁷². En los Evangelios aparecen citas explícitas: «busca un arreglo con el que te pone pleito mientras vais de camino, no sea que te entregue al juez, y el juez al guardia, y te metan en la cárcel»⁵⁷³. En el Corán aparecen continuas ci-

⁵⁷⁰ DIAGO DIAGO, M. P., «Aproximación de la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado», en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUÍZ, E. (dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, Colex, 2008.

⁵⁷¹ FERNÁNDEZ BERMEJO, M., «La mediación como solución alternativa al proceso y su significación respecto a la víctima», *Estudios Jurídico. Ministerio Fiscal*, 2000, núm. 2, p. 423 y ss.

⁵⁷² En el antiguo derecho bíblico, además de acudir al *mispat* o procedimiento dialéctico entre tres (ofendido, ofensor y juez), cuando existían fuertes vínculos existenciales entre las partes enfrentadas se acudía al *rib*, que se distancia del enjuiciamiento en que busca el reconocimiento de mal causado, la reparación de la ofensa, la reconciliación, la paz y el restablecimiento de los vínculos religiosos, comunitarios y sociales. Véase MARTINI, C. M. y ZAGREBELSKY, G., *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006.

⁵⁷³ Lucas 12:58 y Mateo 5:25.

tas del perdón. La escuela del pensamiento ibadí, apuesta por el diálogo como forma no violenta de resolución de conflictos⁵⁷⁴.

3. NORMAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN

En el ámbito de la Justicia Restaurativa y la mediación tanto el Consejo de Europa como las Naciones Unidas cuentan con una serie de normas mínimas sobre las mismas. En el ámbito de la Unión Europea habría especialmente que destacar la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. En ella se reconoce expresamente, los servicios de Justicia Reparadora (la mediación entre víctima e infractor, las conferencias del grupo familiar y los círculos de sentencias), como: «medio de ayuda para la víctima, aunque adoptando garantías para evitar la victimización secundaria, represalias y amenazas. Igualmente en los citados servicios deberá fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional⁵⁷⁵. También mencionar Las Reglas Mínimas sobre medidas no privativas de libertad (1990), Los principios básicos sobre la utilización de los programas de la justicia restaurativa en asuntos penales (2002) y el Proyecto de Convenio sobre Justicia y Apoyo a las víctimas del Delito y Abuso del Poder. Por último destacar la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación civil y mercantil y que a su vez fue traspuesta a nuestra legislación por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

⁵⁷⁴ Neutralidad y diálogo ante cualquier conflicto. Es la filosofía que se practica en Omán durante siglos y que ha mantenido al país alejado de las tentaciones del extremismo religioso. La esencia de esta peculiaridad es el ibadismo, una rama del islam que no se adscribe ni al sunismo ni al chiísmo.

⁵⁷⁵ El art. 12 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; «Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora».

4. LA MEDIACIÓN: FORMA DE RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS RELACIONALES Y DE CONVIVENCIA FAMILIAR ENTRE PAREJAS MIXTAS EN LA REGIÓN DEL MEDITERRÁNEO.⁵⁷⁶ PROCEDIMIENTO.

Como ya hemos adelantado, es habitual, ver diariamente en los Juzgados de Guardia y en los de Violencia de Género, matrimonios y parejas enfrentadas por una situación familiar conflictiva que en muchos de los casos termina con una denuncia, dando lugar al inicio de un procedimiento penal por un delito de violencia de género del hombre contra la mujer.

Sin embargo, en algunos de los casos, el Juez o Tribunal puede considerar que los hechos no son constitutivos de ilícito penal⁵⁷⁷ archivando el procedimiento.

Pero el archivo no supone el fin del conflicto, todo lo contrario. En la mayor parte de los casos, el problema es de fondo, estructural, se encuentra enconado dentro del grupo familiar, por lo que éste persiste, adoptando a veces una envergadura mayor con graves repercusiones no sólo para la mujer sino para todo el conjunto familiar⁵⁷⁸. En países como en Marruecos, los matrimonios extranjeros, siguen sometidos al Dahir de 1913 que aplica la ley nacional a sus demandas de divorcio cuando existe un problema estructural, pero se exige la reconciliación como norma procedimental de carácter público⁵⁷⁹.

En estos casos, la derivación a una Mediación Familiar, podría convertirse en el instrumento adecuado para resolver los problemas estructurales derivados de una situación de deterioro familiar. Así como una solución, para resolver el obstáculo que existe en el acceso a la justicia, en países como Marruecos derivado de la mentalidad conservadora y excesivamente patriarcal de los jueces y autoridades, y del alto grado de analfabetismo general y del lenguaje jurídico del pueblo, a la hora de acceder a la justicia. De este modo al acudir a la Mediación, serían las propias partes, de la mano siempre de un mediador de origen y conocedor de la legislación de sus países de origen, de sus iden-

⁵⁷⁶ Las reflexiones planteadas en este epígrafe se realizan partiendo del proyecto piloto sobre la aplicación de la mediación familiar en casos archivados de violencia doméstica (VIDO) llevado a cabo por parte del centro de Mediación de Derecho Privado en Cataluña y desarrollado en el Servicio de Mediación Familiar de L'Hospitalet (Barcelona) en el año 2008 y que se toma como ejemplo para poder ser utilizado en otros supuestos de conflictos relacionales y de convivencia familiar entre parejas mixtas de la región del mediterráneo.

⁵⁷⁷ En esa línea se pronunció la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, en la Sentencia de fecha 3 de enero de 2013, resolviendo el Recurso de Apelación núm. 314/2012. En la que se absolvió al condenado en segunda instancia al considerar que la actitud recriminatoria del hombre sobre la mujer no podían encuadrarse en el tipo delictivo del art. 153 del Código Penal Español.

⁵⁷⁸ TARRAGÓ PÉREZ, M., «Violencia de Género, una materia mediable», *La Ley*, núm.174, 2 de julio de 2012, pp. 1-10.

⁵⁷⁹ ZEKRI, H., «La violencia de género en Marruecos: problemática y soluciones», en VV.AA., *Manual del Master en Derecho de la UE-Marruecos*, Granada, 2013, pp. 233-245.

tidades culturales, religiosas, las que a través del encuentro, la restauración progresiva del diálogo, la comunicación, y la confianza, pudiesen identificar el origen del problema y aportar soluciones entendibles. Sobre todo en aquellas entre españoles/as y nacionales de la región del mediterráneo, en los que la diferencias culturales, religiosas, legislativas y la existencia de hijos comunes, que a menudo adquieren las nacionalidades de sus progenitores y la influencia de sus respectivas familias de origen, pueden crear de nuevo graves problemas, de violencia familiar, económicos, de guarda y custodia, reclamación de alimentos, y/o incluso el desplazamiento o retención indebida de menores por parte generalmente del progenitor no custodio a países en los que no tenían su residencia habitual, con el consiguiente impacto psicológico y traumático para los mismos.

Con el auto de archivo y sobreseimiento libre dictado por el Juez de Violencia de Género, se salva la prohibición de mediación penal para los procedimientos de Violencia de Género, pudiéndose derivar el asunto a Mediación Familiar. Procedimiento extrapolable a los demás países del mediterráneo máxime cuando en los mismos se sigue exigiendo la previa reconciliación como norma procedimental.

El proceso de mediación estará presidido por los principios de voluntariedad, libre disponibilidad, igualdad de partes e imparcialidad, gratuidad y neutralidad del mediador. Al inicio de la mediación el mediador valorará la idoneidad de la mediación, de manera que si apreciase el desequilibrio de poderes entre las partes (dependencia, miedo, sumisión o la existencia de una enfermedad patológica) que impidiese el proceso de mediación no dará comienzo al proceso o en su caso pondrá fin al mismo.

Conforme las partes empiecen a comunicarse, a dialogar, se desarrollará en las siguientes sesiones, la posibilidad de establecer un nuevo marco de convivencia familiar, si es posible, o las condiciones de su separación y divorcio.

El proceso concluirá con el Acta Final de Mediación, que contendrá los acuerdos, firmados por las partes y el mediador. Se entregará a las partes un ejemplar y se remitirá al Juez que hubiese derivado el asunto a Mediación Familiar.

4.1 Contenido del Acta de Mediación. Eficacia transfronteriza del acuerdo de mediación. Relaciones parentales

En el Acta de Mediación las partes podrán fijar las cláusulas que ha de regir el Convenio Regulador, tanto para el caso de una Separación de Hecho como Separación Judicial y Divorcio, relaciones parentales, entre otros (titularidad y ejercicio de la patria potestad, régimen guarda y custodia, régimen de visitas, entre otros. Derechos y Obligaciones que se incluirían en el concepto de responsabili-

dad parental)⁵⁸⁰ Se entregará a cada una de las partes, una copia del acta, para que en su caso, lo pongan en manos de un abogado, y así elevarlo bien a Escritura Pública con la intervención de un Notario con efectos meramente contractuales, o bien para que sea homologado judicialmente como Convenio Regulador, junto con la demanda de separación y divorcio judicial presentada de mutuo acuerdo.

Al tratarse de parejas que residen en territorio español, tanto en el momento de iniciarse el procedimiento penal, como durante el proceso de Mediación Familiar, y en su caso el de presentación de la demanda de divorcio judicial de mutuo acuerdo, serán los tribunales españoles los competentes para conocer de estos procesos de mediación familiar, de acuerdo con los artículos núm. 3,6,8 y 12 del Reglamento(CE), núm.2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, Relativo a la Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de las Resoluciones Judiciales en materia matrimonial y de Responsabilidad Parental.⁵⁸¹

Estos acuerdos, conllevarán menores índices de infracción y quebrantamiento, ya que han sido fijados por la propias partes, de forma voluntaria y libremente, tras el restablecimiento del diálogo y con el reconocimiento de la existencia de un conflicto familiar y /o de pareja previo entre ellos. Además la intervención del mediador conecedor de la legislación nacional de las partes, facilitará el reconocimiento y ejecución de los acuerdos adoptados. Nadie mejor que ellos, con la intervención de un mediador conecedor, de sus identidades y costumbres personales, culturales y religiosas, serán los que determinen los términos de su acuerdo que puedan regir tanto en su ámbito personal como en sus obligaciones y derechos respecto de sus hijos,. Se evitarán de este modo conflictos largos y costosos en casos internacionales, al pretender su reconocimiento y ejecución⁵⁸², así como intentar evitar en la medida de lo posible los tan temidos casos de sustracción internacional de menores.

5. CONCLUSIONES

El creciente índice de violencia familiar entre parejas de diferentes nacionalidades en nuestro país ha ido en constante incremento. Las medidas penales de naturaleza represivas, no solucionan en muchos de los casos, el problema

⁵⁸⁰ El art. 1.2 y 1.3 y 2.7 de R2201/2003, define la «responsabilidad parental» como: «El conjunto de derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, pro ministerio de la Ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor».

⁵⁸¹ Art.3 del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia general en los asuntos relativos al divorcio, separación, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

⁵⁸² En el caso de eficacia en Marruecos del acuerdo de Mediación familiar alcanzado en España y homologado judicialmente, se aplicaría el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Re

familiar de trasfondo que se oculta bajo ese acto que en un primer momento se califica como violento y constitutivo de un ilícito penal.

El archivo del procedimiento penal por violencia de Género y su derivación a un proceso de Mediación familiar, libre y voluntario, prevendría en muchos de los casos, no sólo nuevas actuaciones violentas, sino incumplimientos reiterados de las obligaciones parentales impuestas por un organismo judicial con los consiguientes problemas a nivel internacional.

En definitiva con esta vía abierta a la Mediación y la Justicia Restaurativa, no sólo se da cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE sobre mediación civil y mercantil, sino se abre un halo de esperanza al diálogo, a la reparación, a la restauración y la rehabilitación no sólo de la víctima, sino de todo el grupo familiar.

RESUMEN

El presente trabajo estudia la posibilidad de utilizar la Mediación y la Justicia Restaurativa para resolver los problemas familiares derivados de las crisis de parejas o matrimonios mixtos, en los que ha existido un clima de violencia. De este modo, iniciado un proceso de violencia de género, este se archiva, derivándose a un proceso de Mediación Familiar en las que las partes pueden llegar, a través de la mano de un mediador conocedor de las identidades culturales y legislación de los países de origen de las partes, a un acuerdo sobre diferentes aspectos de su vida familiar y conyugal, entre ellos la guarda y custodia de sus hijos, fijación de alimentos, y evitar el secuestro internacional de los menores.