

## Tema I

### **El Derecho Internacional Público. Su sistema de fuentes. La costumbre. Los actos unilaterales del Estado. El Derecho de las Organizaciones Internacionales. Los Principios Generales del Derecho. La doctrina. La jurisprudencia. Las normas imperativas: el «ius cogens» internacional.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. El Derecho Internacional Público. Su sistema de fuentes. 3. La costumbre. 3.1. *Elementos de la costumbre*. 3.2. *Clases de costumbre*. 3.3. *Interacción entre costumbre y tratado y costumbre-resoluciones de la Asamblea General de la ONU*. 4. Los actos unilaterales del Estado. 4.1. *Concepto y efectos*. 4.2. *Clases*. 5. El Derecho de las Organizaciones Internacionales. 6. Los Principios Generales del Derecho. 7. La doctrina. 8. La jurisprudencia. 9. Las normas imperativas: el “ius cogens” internacional

#### **I. Contextualización**

Para aludir al proceso de formación de las normas internacionales, tradicionalmente se ha recurrido al concepto de "fuentes del Derecho Internacional". En todo caso, hemos de recordar que esta expresión se aplica al Derecho Internacional Público de manera diferente al Derecho interno puesto que la comunidad internacional carece de un poder político superior a los Estados con competencias legislativas, es decir, con capacidad para dictar normas obligatorias para todos ellos. Sin embargo, la determinación de cuáles son las normas de Derecho Internacional Público que rigen las relaciones de los sujetos de Derecho Internacional es de gran relevancia para el ejercicio de la carrera diplomática.

En este tema abordaremos el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico internacional, para, a continuación, detenernos en cada una de las fuentes, salvo en los tratados, que son objeto de tratamiento aparte. De especial relevancia para un internacionalista es el conocimiento del concepto de normas imperativas o normas de *ius cogens*, las normas que ocupan un lugar especial en el Derecho Internacional Público.

#### **2. El Derecho Internacional Público. Su sistema de fuentes**

La determinación de cuáles son esas "fuentes del Derecho Internacional" se ha venido basando en lo dispuesto por el artículo 38.I del Estatuto del TIJ, que establece que el Tribunal, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) Las convenciones internacionales
- b) La costumbre internacional
- c) Los principios generales del Derecho y

d) Las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas, como medios auxiliares para determinar las reglas de Derecho.

Varias consideraciones deben tenerse en cuenta respecto de esta disposición. En primer lugar, hemos de recordar que dicho Estatuto del TIJ es aceptado generalmente por todos los Estados que son miembros de la ONU, ya que forma parte de la Carta de dicha organización. En segundo lugar, ciertos sectores de la doctrina consideran, en cambio, que los únicos procedimientos de creación de normas internacionales que poseen autonomía son los procedimientos consuetudinario y convencional. Formalmente, la jurisprudencia y la doctrina serían, por tanto, "medios auxiliares". No obstante, las especiales características del ordenamiento jurídico internacional les confiere una importancia extraordinaria.

En tercer lugar, el artículo 38.I no utiliza números sino letras para mencionar las distintas fuentes, puesto que no existe un orden o prelación entre ellas. Los únicos criterios aplicables en caso de conflictos entre fuentes serían los de *lex posterior derogat lex anterior*, y el de que la norma particular prima sobre la general. En todo caso, existe la excepción a estos criterios de las normas imperativas o de *ius cogens*, que prevalecen siempre.

Por último, hemos de mencionar que, en dicha enumeración faltan los actos unilaterales y las resoluciones de las organizaciones internacionales, que pueden crear derechos y obligaciones internacionales para los Estados.

### 3. La costumbre

Tradicionalmente, el Derecho Internacional ha sido un Derecho fundamentalmente consuetudinario, pero, en la actualidad, la costumbre sigue siendo relevante en nuestro ordenamiento, porque la actuación de los Estados en las organizaciones internacionales, sobre todo en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es expresión del consenso o convicción jurídica de la comunidad internacional<sup>1</sup>.

La costumbre es un procedimiento de creación espontánea no formalizada de normas del Derecho Internacional Público, surgido por la repetición constante de unas conductas uniformes de sus sujetos a lo largo del tiempo, las cuales se inician libremente, pero que en un momento indeterminado son consideradas para todos o por la mayoría de los que las practican como obligación jurídica.

#### 3.1. Elementos de la costumbre

Así pues, la costumbre se compone de dos elementos:

- a) la práctica de los Estados o elemento material u objetivo
- b) la convicción jurídica de su obligatoriedad u *opinio iuris* (elemento subjetivo o psicológico).

**El elemento material** se llama práctica y consiste en los comportamientos reiterados en el tiempo, interrelacionados entre ellos, en relación con cualquier tema concreto (Derecho del Mar, Derecho Aéreo, Relaciones Diplomáticas...etc.). Dichos comportamientos forman parte de un proceso.

<sup>1</sup> Un ejemplo muy claro lo podemos hablar en el asunto Yerodia ante el TIJ. En éste, el TIJ acudió al Derecho consuetudinario para establecer la ausencia de excepciones respecto de la regla general que establece la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de los ministros de asuntos exteriores en ejercicio, y ello a pesar de la existencia de convenios multilaterales sobre relaciones diplomáticas y consulares (Sentencia de 14 de febrero de 2002 en el Caso de la Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), CIJ, Rec. 2002, párrs. 51-52 y 58-59. Se puede consultar la versión en español en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/136.pdf>

A la hora de analizar la práctica de los Estados hay que tener en cuenta que los comportamientos que constituyen el elemento material de la costumbre pueden ser:

- positivos (acciones)
- o negativos (omisiones).

Existen costumbres negativas que obligan a los Estados a abstenerse de actuar, siempre que al elemento material se una el elemento espiritual (conciencia jurídica del deber de abstenerse)<sup>2</sup>.

La práctica ha de ser **CONSTANTE** y **UNIFORME**, requisitos que excluyen las respuestas contradictorias y exigen, por un lado, una identidad entre las distintas conductas de cada Estado<sup>3</sup>. Por último, ha de ser una práctica **GENERAL**, es decir, ha de ser seguida de forma general, pues la costumbre se consolida mediante la generalización de una determinada conducta. Pero que la práctica sea general no quiere decir que todos los Estados realicen el comportamiento en cuestión, sino que basta con que actúen los Estados interesados.

La formación de una costumbre internacional requiere el transcurso de un determinado período de **TIEMPO** para que se consolide la práctica o elemento material y cristalice la *opinio iuris*. Sin embargo, para que ello ocurra no es necesaria una práctica muy antigua<sup>4</sup>. De hecho, cada vez se forman las costumbres internacionales más rápidamente, para responder a la necesidad de dinamismo y la fluidez de las relaciones internacionales.

**El elemento espiritual u *opinio iuris sive necessitatis*** es la convicción expresada de forma pública de que los precedentes de la práctica se tienen que continuar llevando a cabo porque hay una obligación jurídica de hacerlo. La *opinio iuris* debe desprenderse, pues, del propio comportamiento de los Estados<sup>5</sup>.

Son muchos los actos que pueden servir para inducir la existencia de la *opinio iuris*: actos unilaterales de los Estados, correspondencia diplomática, legislación de los Estados, decisiones de tribunales nacionales, resoluciones de Organizaciones Internacionales,

---

<sup>2</sup> En 1926, Turquía procedió a iniciar un juicio contra un ciudadano de nacionalidad francesa que estaba al mando de un buque francés que colisionó con una nave con pabellón de Turquía en alta mar. Producto del abordaje murieron ocho individuos de nacionalidad turca. Francia protestó, alegando que las autoridades turcas no tenían jurisdicción. La Corte Permanente de Justicia Internacional se preguntó sobre la existencia en el derecho internacional de alguna regla que prohibiera a Turquía el ejercicio de su jurisdicción para conocer de hechos que habían ocurrido fuera de su territorio, resolviendo a favor de Turquía por cuanto las consecuencias del hecho ilícito se habían hecho sentir en una embarcación turca. (TPJI, sentencia del asunto Lotus (Francia-Turquía/1927). El TPJI constató que, si bien los Estados se habían abstenido de enjuiciar en asuntos similares, tal abstención no era obligatoria en tanto que norma consuetudinaria, pues faltaba la convicción del deber de abstenerse. Para la consulta de este caso en español, ver: <https://www.dipublico.org/10984/s-s-lotus-1927-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-10/>

<sup>3</sup> TIJ, Sentencia en el asunto anglo-noruego de pesquerías (CIJ, Rec. 1951, párr.131). Consultar el caso en español en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/14.pdf>

<sup>4</sup> Como afirmó el TIJ en la sentencia de los asuntos de la plataforma continental del mar del Norte (Alemania-Dinamarca y Países Bajos/1969), el hecho de que no haya transcurrido más que un breve período de tiempo no constituye necesariamente por sí mismo un obstáculo para la formación de una nueva norma consuetudinaria. Consultar el caso en español en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/44.pdf>

<sup>5</sup> En la sentencia del asunto de la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine (Canadá-Estados Unidos/1984), el TIJ afirmó que la existencia de la *opinio iuris* se prueba por vía inductiva, partiendo del análisis de una práctica suficientemente amplia, y no por vía deductiva, partiendo de unas ideas preconcebidas. Ver el caso en español en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/74.pdf>

decisiones de tribunales internacionales, práctica de las Organizaciones y Conferencias internacionales, doctrina...

### 3.2. Clases de costumbre

En la costumbre cabe distinguir, por su amplitud territorial, dos grandes grupos:

**-costumbres generales o universales**

**-costumbres particulares.** Dentro de estas últimas cabe, a su vez, diferenciar entre:

-las regionales

-y las locales o bilaterales.

Las costumbres generales tienen ámbito universal y obligan en principio a todos los Estados, salvo que se hayan opuesto a la misma en su período de formación de manera inequívoca y expresa (regla de la objeción persistente). Por tanto, el litigante que se oponga a que le sea aplicada una costumbre general habrá de probar que la ha rechazado en el período de formación, recayendo sobre él la carga de la prueba (*onus probandi*)<sup>6</sup>.

Dentro de las costumbres particulares, podemos hablar de las costumbres regionales, que son aquellas que han nacido entre un grupo de Estados con características propias. Las referidas costumbres, en caso de un litigio internacional, habrán de probarse por la parte que las alega<sup>7</sup>. Igualmente, podemos mencionar las costumbres de carácter local, cuyo ámbito de aplicación es más reducido que las anteriores y puede llegar a afectar solamente a dos Estados<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> El T.I.J., en su sentencia en el Caso anglo-noruego de pesquerías, en el que entre otras cosas se discutía si la regla del límite de las diez millas como anchura máxima permitida para la boca de una bahía jurídica era o no una costumbre, manifestó: “De todas maneras, la regla de las diez millas aparece inoponible a Noruega, en cuanto que se ha opuesto siempre a su aplicación en la costa noruega” (C.I.J, Rec. 1951, párr. 131). Consultar el caso en español en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/14.pdf>

<sup>7</sup> El T.I.J., en el Caso del derecho de asilo, dijo al respecto: “La Parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra Parte” (C.I.J., Rec. 1950, párr. 276). El origen del litigio colombiano-peruano relativo al derecho de asilo fue el asilo concedido el 3 de enero de 1949 por el Embajador de Colombia en Lima al Sr. Víctor Raúl Haya de la Torre, dirigente de un partido político peruano, la Alianza Popular Revolucionaria Americana. El 3 de octubre de 1948 estalló en el Perú una rebelión militar, y Haya de la Torre fue perseguido como responsable de haberla instigado y dirigido. Fue buscado en vano por las autoridades peruanas y, después de haberse asilado, el Embajador de Colombia en Lima solicitó un salvo-conduto que permitiera a Haya de la Torre, al que calificó de refugiado político, abandonar el país. El Gobierno del Perú lo denegó, alegando que Haya de la Torre había cometido delitos comunes y no podía beneficiarse del asilo. No pudiendo ponerse de acuerdo, los Gobiernos de Colombia y del Perú sometieron a la Corte ciertas cuestiones relativas a la controversia que había surgido entre los dos países, en particular, si existía una norma consuetudinaria regional referente a la concesión del asilo diplomático. Consultar el caso en español en: <https://www.dipublico.org/116040/caso-relativo-al-derecho-de-asilo-fallo-de-20-de-noviembre-de-1950/>

<sup>8</sup> El T.I.J., en su sentencia sobre el Caso del derecho de paso por territorio indio (fondo), abordó afirmativamente este problema. El Tribunal se manifestó en los términos siguientes: “[...] se alega en nombre de la India que ninguna costumbre local puede constituirse entre dos Estados. Es difícil ver el por qué el número de Estados entre los que puede constituirse una costumbre local sobre la base de una política prolongada deba ser necesariamente superior a dos. El Tribunal no ve razón para que una práctica aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones no constituya la base de derechos y obligaciones entre ellos”

### 3.3. Interacción entre costumbre y tratado, y costumbre-resoluciones de la Asamblea General de la ONU

En cuanto a la interacción entre tratado y costumbre que puede llevar a que existan dos normas con el mismo contenido: una convencional y otra consuetudinaria, es de destacar que: ambas conservan su naturaleza propia (art. 43 de la CV), y que se pueden dar tres efectos: efecto declarativo, efecto cristalizador, efecto constitutivo.

1. Efecto declarativo: una costumbre ya existente es recogida en un tratado; este hecho sirve como prueba suficiente de la presencia del elemento espiritual (opinio iuris).
2. Efecto cristalizador: Existencia de una norma consuetudinaria en vías de formación que recibe el impulso final (elemento espiritual) a través de un tratado que la recoge.
3. Efecto constitutivo o generador: Ciertas disposiciones de un tratado se convierten en modelo de conducta subsiguiente de los Estados en el plano consuetudinario, dando lugar a una norma de DI consuetudinario si la práctica posterior es suficientemente constante y uniforme.

Conviene destacar que, al igual que ocurre con los tratados internacionales, las Resoluciones de la AG pueden tener los mismos tres efectos sobre la costumbre: declarativo, cristalizador y constitutivo. Así, lo ha destacado la jurisprudencia internacional<sup>9</sup>.

Es de resaltar que la CDI decidió en 2012 incluir en su programa de trabajo el tema titulado “Formación y prueba del Derecho internacional consuetudinario” y nombró Relator especial a Michael Wood<sup>10</sup>.

## 4. Los actos unilaterales del Estado

### 4.1. Concepto y efectos

La Comisión de Derecho Internacional se viene ocupando de la cuestión de los actos unilaterales desde 1997. En 2006 aprobó los *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y sus comentarios*<sup>11</sup>. Los actos unilaterales son manifestaciones de voluntad de un solo sujeto del DI, cuya validez no depende, en principio, de otros actos jurídicos y que tiende a producir efectos para el sujeto que la emite y para terceros en determinadas circunstancias<sup>12</sup>.

Constan, por tanto, de los siguientes elementos:

- a. Manifestación de voluntad tomada en consideración en sí y por sí misma, no como elemento constitutivo de un acuerdo;

(I.C.J., Rep. 1960, párr. 39). Ver el caso en español en: <https://www.dipublico.org/116195/caso-relativo-al-derecho-de-paso-por-territorio-de-la-india-fondo-del-asunto-fallo-de-12-de-abril-de-1960/>

<sup>9</sup> Tanto la jurisprudencia arbitral (Texaco-Calasatic de 1977), como la del TIJ (Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua de 1986, Licitud de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado de 1996, y Opinión consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 2004).

<sup>10</sup> <https://legal.un.org/ilc/reports/2016/spanish/chp5.pdf>

<sup>11</sup> Ver: <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp9.pdf>

<sup>12</sup> Dichos actos fueron descritos por el TIJ de Justicia en su sentencia del *asunto de los ensayos nucleares* (1974)- como la manifestación del consentimiento hecha por un Estado con la intención de producir efectos jurídicos obligatorios con independencia de la conducta de otro u otros Estados en relación a tal declaración (CIJ, *Recueil*, 1974, pp.254 y ss).

- b. Realización por un solo sujeto;
- c. No dependencia de otros actos jurídicos;
- d. Producción de efectos para el sujeto que realiza el acto unilateral.

En cuanto al sujeto autor del mismo, hay que resaltar que el consentimiento en obligarse ha de emanar de un órgano del Estado con capacidad para vincularle internacionalmente: Jefe del Estado, Jefe del Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores (AA.EE.) (art. 7 Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados)<sup>13</sup>. En todo caso, hay que destacar que es necesario que de dicha declaración unilateral se desprenda la intención de adquirir un compromiso<sup>14</sup>. De este modo, en cuanto a sus efectos, cabe destacar que el Estado queda vinculado por sus propias declaraciones, de modo que el contenido de un acto unilateral es oponible al autor del mismo. En principio, los actos unilaterales sólo atribuyen derechos a terceros, no obligaciones, por lo que no les son oponibles. La única excepción en este caso sería que el acto unilateral se convirtiera en costumbre.

#### 4.2. Clases

- a. El reconocimiento: declaración de voluntad unilateral por la cual un sujeto de DI constata la existencia de un hecho, de una situación o de una pretensión y expresa su voluntad de considerarlas como legítimas. El reconocimiento se emplea con gran frecuencia, ya que abarca tanto la constatación de la existencia de hechos como el nacimiento de un Estado o el cambio de un Gobierno, de situaciones como pueda ser la de guerra o de pretensiones de terceros, como puede ser la ampliación del mar territorial a efectos de pesca u otras situaciones.
- b. La renuncia: manifestación de voluntad de un sujeto dirigida a abandonar un derecho o poder propios con la finalidad de provocar su extinción. Un subtipo de renuncia es el desistimiento, bastante empleado en el campo del derecho procesal internacional. En el Reglamento del T.P.J.I. y ahora del T.I.J. está previsto el desistimiento de un procedimiento internacional iniciado y de él se ha hecho uso ante ambos Tribunales
- c. La notificación: acto por el que se pone en conocimiento de un tercero un hecho, una situación, una acción o un documento, del que se pueden derivar efectos jurídicos y que será en consecuencia considerado como jurídicamente conocido por aquel a quién se dirigió. Ejemplos los podemos hallar en: el art. 7 del Tratado de la Antártida, de 1 de diciembre de 1959, que obliga a notificar las expediciones que se envíen al continente

<sup>13</sup> Así, en el asunto de Groenlandia Oriental que enfrentaba a Dinamarca y Noruega, de 1933, fue el Ministro de AA.EE. noruego, el Sr. Ihlen. En el asunto de las pruebas nucleares, fue el Jefe de Estado, el Presidente de la República francesa, el Sr. Giscard d'Estaing. Ver dichos casos en español en: <https://www.dipublico.org/118208/estatuto-juridico-de-la-groenlandia-oriental-dinamarca-noruega-resumenes-de-los-fallos-opiniones-consultivas-y-providencias-de-la-corte-permanente-de-justicia-internacional/> y <https://www.dipublico.org/cij/doc/60.pdf>

<sup>14</sup> En este sentido, el juez o árbitro internacional es quien debe determinar si en un acto unilateral concreto existe o no existe tal intención. Para ello debe interpretar el acto de acuerdo con sus términos y teniendo en cuenta todas las circunstancias en que se produjo. Ello explica que la sentencia del TIJ en el caso de los *ensayos nucleares*, reconociendo el carácter vinculante de las declaraciones de las autoridades francesas, difiera de la dictada en otros asuntos como el de las *actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella* (1986) y el de la *controversia fronteriza Burkina Faso/Mali* (1986), en los que el Tribunal no pudo apreciar la existencia de una obligación que pesara sobre Nicaragua y sobre Mali.

antártico, o la notificación de todo fenómeno peligroso descubierto en el espacio extraatmosférico que ordena el art. V del Tratado de 27 de enero de 1967.

d. La promesa: la manifestación de voluntad de un Estado, destinada a asumir una determinada conducta de hacer o de no hacer en las relaciones con otros Estados respecto de una situación concreta. Un ejemplo sería la promesa de las antiguas autoridades soviéticas de no usar en primer lugar las armas nucleares.

## 5. El Derecho de las Organizaciones Internacionales (OOII)

Las OOII son sujetos de DI derivados, creados, generalmente por Estados a través de Tratados internacionales, dotadas de una estructura institucional permanente e independiente en cuyo seno, y a través de procedimientos de complejidad variable, van a elaborar una voluntad jurídica propia distinta de las de sus Estados miembros, destinada a realizar las competencias que les han sido atribuidas y alcanzar los objetivos comunes fijados por sus Estados miembros. Esta voluntad autónoma queda reflejada en la actividad normativa de las OOII. Para poder determinar en cada caso el alcance de la competencia normativa de una OI, será preciso examinar las “reglas de la OI”, si bien con carácter general, podemos afirmar que se manifiesta:

- por medio de la concertación de tratados con otros sujetos de Derecho Internacional
- a través de actos jurídicos unilaterales de la propia OI, imputables a ésta en cuanto sujeto propio, independiente de los Estados que la forman. Algunos de estos actos unilaterales de las OOII producen efectos jurídicos obligatorios y, por tanto, crean directamente normas internacionales, constituyéndose en fuente autónoma del DI. (REMISIÓN A LOS TEMAS REFERIDOS A LAS OOII)

## 6. Los Principios Generales del Derecho

El tema de los Principios Generales del Derecho se relaciona con aquellos supuestos en que los jueces no pueden dictar sentencia sobre un litigio porque no existe normas aplicables al mismo. De este modo, tal y como señalan Casanovas y Rodrigo, o bien se les reconoce a los jueces una función creadora de las normas, o bien se les autoriza a aplicar principios generales derivados del ordenamiento jurídico que les permitan dictar sentencia<sup>15</sup>.

En todo caso, un sector de la doctrina (positivista) considera que los principios generales del Derecho no son una fuente autónoma del Derecho internacional, sino que se deducen de los tratados y normas consuetudinarias. Otro sector (iusnaturalista) estima, en cambio, que la inclusión de los Principios Generales del Derecho en el art.38 del Estatuto del TIJ supone el reconocimiento de que existen principios generales universalmente reconocidos.

La práctica estatal y la jurisprudencia internacional se refiere continuamente a dichos principios. Dichos principios pueden proceder de:

-Ordenamientos jurídicos internos: prohibición del abuso del derecho, responsabilidad internacional nacida de hecho ilícito...

-Pero también existen Principios propiamente internacionales. Así, el Principio de primacía del Tratado internacional sobre la ley interna, y el Principio de continuidad del Estado, así como la regla del agotamiento de los recursos internos antes de acudir a la jurisdicción internacional. Esta lista no es cerrada, aumenta con la evolución del DI. Entre éstos, destacan los recogidos en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU,

<sup>15</sup> CASANOVAS, O, Y RODRIGO, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6ªed., 2017, p.71.

*Declaración de principios de Derecho internacional que deben regir las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*<sup>16</sup> (1970).

## 7. La doctrina

Esta referencia del art.38 alude a los autores de mayor relevancia y sus escritos, en tanto que medio auxiliar de determinación de las normas internacionales. De hecho, en los laudos arbitrales del siglo XIX era frecuente la mención a autores clásicos del Derecho internacional, puesto que la jurisprudencia internacional existente era escasa. Actualmente, dado el volumen de jurisprudencia internacional existente, se opta más por referirse a los votos particulares de los jueces del TPJI y del TIJ, en tanto que doctrina cualificada.

Las asociaciones de juristas de ámbito internacional también ocupan un lugar especial en la doctrina. Así, merece destacarse el Institut de droit international y la International Law Association, junto con el Instituto Hispano-luso de Derecho Internacional. Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional serían igualmente relevantes.

## 8. La jurisprudencia

Hemos de tener en cuenta que las sentencias internacionales tienen el valor jurídico de constituir precedentes de la práctica de los Estados. Igualmente, pueden ser tomadas en consideración como medio de prueba de normas consuetudinarias y principios generales del Derecho.

En las decisiones judiciales se incluirían las de ámbito interno e internacional. Podríamos afirmar que las sentencias internas pueden tener un valor significativo como precedentes de la práctica, mientras que las decisiones de instancias judiciales internacionales serían un medio auxiliar de determinación y prueba de las normas consuetudinarias y principios generales del Derecho. Como órganos judiciales internacionales, destacan el Tribunal Permanente de Justicia Internacional y el Tribunal Internacional de Justicia, tanto en sus funciones jurisdiccionales como consultivas.

## 9. Las normas imperativas: el “*ius cogens*” internacional

Las normas imperativas o *ius cogens* internacional son normas de Derecho internacional general que protegen valores e intereses esenciales de la comunidad internacional. Dichas normas poseen, por tanto, alcance general. El art.53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados precisa la definición de norma imperativa: “[...] una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”<sup>17</sup> El concepto de normas imperativas se opone al de normas dispositivas, que son aquellas disponibles para los Estados, de modo que pueden adoptar otras posteriores de contenido diferente.

No existe un listado de las mismas. Podemos considerar que se incluirían: el principio de libre determinación de los pueblos, la prohibición de la tortura, el apartheid o el genocidio, y la prohibición del uso de la fuerza. El TIJ reconoció por primera vez la existencia de estas normas explícitamente en el asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo,

<sup>16</sup> [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dpilfrcscun/dpilfrcscun\\_ph\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dpilfrcscun/dpilfrcscun_ph_s.pdf)

<sup>17</sup> Ver: Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Publicado en: «BOE» núm. 142, de 13 de junio de 1980, páginas 13099 a 13110 (12 págs.)



de 3 de febrero 2006<sup>18</sup>. En el asunto relativo a las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia), de 3 de febrero de 2012, el TIJ afirmó que se puede suponer “ [...] que las reglas de derecho de los conflictos armados que prohíben matar a los civiles en el territorio ocupado o deportar civiles o prisioneros de guerra para destinarlos al trabajo forzado sean normas de *ius cogens*”<sup>19</sup>.

Las normas imperativas generan obligaciones erga omnes (frente a todos), provocan la nulidad o terminación de los tratados que se oponen a las mismas, y también de los actos unilaterales contrarios. Por lo tanto, las normas imperativas prevalecen siempre. De igual modo, su vulneración genera, amén de las consecuencias generales de cualquier hecho ilícito internacional, una responsabilidad agravada. De hecho, el Estado infractor tiene la obligación positiva de cooperar para poner fin a la situación creada y el resto de los Estados tienen la obligación de no reconocer como lícita y de no prestar ayuda o asistencia para mantener dicha situación<sup>20</sup>.

### BIBLIOGRAFÍA:

-CASANOVAS, O, Y RODRIGO, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6ªed., 2017, pp.45-46, 55-56, 58-63, 70-75, 118-128.

-CEBADA ROMERO, A., “Los conceptos de obligación erga omnes, *ius cogens*, y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº4, 2002, pp.1-14, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num4/agora/conceptos-obligacion-erga-omnes-ius-cogens-violacion-grave-luz-nuevo-proyecto-cdi-sobre-responsabilidad-estados-hechos-ilicitos>

-DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición (coordinada por Concepción Escobar Hernández), 2013, pp. 119-157.

-QUINDIMIL LÓPEZ, J., “Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿hacia un nuevo fundamento de jurisdicción? (comentarios sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2006, actividades armadas sobre el territorio del Congo, república democrática del Congo contra Ruanda -nueva demanda de 2002-)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº12, 2006, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num12/notas/normas-ius-cogens-consentimiento-estados-ante-corte-internacional-justicia-hacia-nuevo-fundamento-jurisdiccion-comentarios-sobre-sentencia-corte-internacional-justicia-3-febrero-2006-actividades-armadas-sobre-territorio-congo-republica-democratica-congo-c>

<sup>18</sup> Ver: QUINDIMIL LÓPEZ, J., “Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿hacia un nuevo fundamento de jurisdicción? (comentarios sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2006, actividades armadas sobre el territorio del Congo, república democrática del Congo contra Ruanda -nueva demanda de 2002-)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº12, 2006.

<sup>19</sup> TIJ, *asunto relativo a las Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia; Grecia), de 3 de febrero de 2012, párr.93.

<sup>20</sup> Art.41 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_2001\\_v2\\_p2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf)

## Tema 2

### **Los tratados internacionales (I). Concepto y clases. Las fases de celebración. Los órganos competentes para su celebración, con especial referencia al Derecho español. Otros acuerdos: acuerdos internacionales administrativos y acuerdos no normativos**

Sumario: 1. Contextualización. 2. Los tratados internacionales (I): 2.1. Concepto y clases. 2.2. Las fases de celebración de los tratados internacionales. 2.3. Los órganos competentes para la celebración de los tratados internacionales según el Derecho internacional y el Derecho español. 3. Otros acuerdos: Acuerdos internacionales administrativos y Acuerdos no normativos.

#### **I. Contextualización**

El artículo 38 del Estatuto de la CIJ menciona a los tratados como una de las fuentes del Derecho internacional público. Su importancia hizo aconsejable la codificación y desarrollo progresivo del Derecho de los tratados. Se adoptaría así la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, que se aplica a los tratados entre Estados. A este instrumento hay que añadir la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986, aún no en vigor y cuya regulación guarda un estrecho paralelismo con la de 1969. Ambas Convenciones no agotan el Derecho de los tratados<sup>1</sup>. En este tema se sigue a la Convención de 1969 (CVDT), calificada como el *Tratado de los tratados*, en la que España es parte.

Asimismo, el estudio de esta materia ha de tener en cuenta la *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales*, que recoge el régimen aplicable en España a los tratados internacionales, los acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos.

#### **2. Los tratados internacionales (I):**

##### **2.1. Concepto y clases**

###### **A) Concepto**

El artículo 2.1.a) de la CVDT establece la siguiente definición de tratado internacional:

<sup>1</sup> Así, la Convención de Viena de 1978 sobre la sucesión de Estados en materia de tratados.

“se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular”.

A partir de este enunciado, una definición más amplia y completa de tratado internacional es la siguiente:

Un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho internacional, destinado a producir efectos jurídicos y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Esta definición comprende los siguientes elementos esenciales del tratado:

- a) Que exista un acuerdo, esto es, que exprese unas declaraciones de voluntad coincidentes. Esta voluntad concordante se materializa habitualmente por escrito pero es posible que se realice a través de la forma verbal. El acuerdo celebrado por escrito puede constar en un instrumento único o en dos o más instrumentos separados pero conexos o complementarios.
- b) Que se celebre entre al menos dos sujetos de Derecho internacional. Junto a los Estados, la capacidad para celebrar tratados se reconoce a otros sujetos de Derecho internacional como las organizaciones internacionales. En cambio, los concluidos entre personas privadas (individuos, organizaciones no gubernamentales, sociedades y asociaciones) o entre Estados y personas privadas no son tratados internacionales.
- c) El acuerdo debe estar destinado a producir efectos jurídicos, crear derechos y obligaciones, entre las partes. No son tratados internacionales los acuerdos o instrumentos que generan sólo compromisos políticos como los acuerdos entre caballeros, los comunicados conjuntos, las declaraciones de principios o los memorandos de entendimiento.
- d) Está regido por normas de Derecho internacional. Se excluyen así los acuerdos sometidos al Derecho interno.

## B) Clases

Los tratados pueden clasificarse en función de diversos criterios:

- a) Por el número de partes: *bilaterales* -entre dos sujetos internacionales- y *multilaterales* -en los que participan más de dos sujetos-. Estos últimos se dividen, a su vez, en *restringidos* -abiertos a un número determinado de Estados- y *generales* -con vocación de universalidad-.
- b) Por su grado de apertura a la participación: *abiertos* -a los que se puede llegar a ser parte en los mismos, aunque no se haya tomado parte en su proceso de formación-, *cerrados* -aquellos restringidos a los participantes originarios en los mismos y en los que la participación de un nuevo Estado supone la creación de un nuevo acuerdo entre los participantes originarios y el nuevo Estado- y *semicerrados* -aquellos en que otros Estados pueden llegar a ser partes, distintos a los Estados originarios, pues figuran en una lista anexa al tratado o bien se prevé en el propio tratado un

procedimiento particular de adhesión, y también por el envío de una invitación de los Estados originarios para que otros Estados se adhieran al tratado-.

- c) Por su función de creación de obligaciones: *Tratados-contrato* -los que prevén un intercambio de prestaciones entre los contratantes- y *Tratados-ley* -los que intentan crear una norma de carácter general aplicable a toda la comunidad internacional, o a una parte de ella-.
- d) Por su duración: con un plazo de duración determinado, pasado el cual se extinguen; de duración indeterminada, salvo denuncia; y prorrogables, bien expresa o tácticamente.
- e) Por la forma de conclusión: *concluidos en forma solemne*, que tienen un procedimiento de conclusión en diversas fases de conformidad con las disposiciones del tratado y de las normas constitucionales para la manifestación del consentimiento de los Estados. Y *concluidos en forma simplificada* concluyen mediante un acto único como la firma o mediante el canje de notas.

## 2.2. Las fases de celebración de los tratados internacionales

La Parte II, sección 1ª (artículos 6 a 18) de la CVDT se refiere al proceso de celebración de los tratados internacionales, en el que pueden señalarse distintas fases.

### A) Fase inicial del proceso de celebración: negociación, adopción y autenticación

En esta fase hay tres momentos o actos a través de los cuales se elabora el proyecto de tratado. Son la negociación que, si tiene éxito, concluye con la adopción y la autenticación del texto del tratado.

#### a) Negociación

La CVDT no se refiere expresamente a la negociación, pero sí define al Estado negociador como “un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto” (art. 2 e)). En la negociación, los representantes hacen propuestas y contrapuestas, se discuten y fijan posiciones de cara a lograr un entendimiento y elaborar el texto del tratado. Todo ello presidido por el principio de buena fe.

Las negociaciones se desarrollan a través de conversaciones directas entre los representantes de los Estados, o en el seno de una conferencia internacional convocada al efecto por un Estado, o por una organización internacional.

#### b) Adopción del texto

Es el acto por el que los Estados negociadores expresan que el texto negociado es el convenido, esto es, expresan su acuerdo sobre el mismo. La CVDT prevé, en el artículo 9, estos procedimientos para la adopción del texto:

- En el caso de un tratado bilateral o multilateral restringido, la adopción del texto se efectuará por el consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración (art. 9.1)

- Si se adopta el texto en el seno de una conferencia internacional, se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente (art. 9.2)
- Si el texto se adopta en el seno de un órgano de una organización internacional, operan las normas de esta organización, siendo la regla general la mayoría de votos (art. 5)

c) Autenticación del texto

Es el acto por el que los Estados negociadores acuerdan que el texto adoptado es el texto “auténtico y definitivo” del tratado. La CVDT, en el artículo 10, establece las siguientes formas de autenticar el tratado:

- Mediante el procedimiento acordado por los Estado negociadores, manifestado en el propio texto o al margen de éste.
- A falta de tal procedimiento, mediante la firma, firma *ad referendum* o rúbrica, puestas por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto. Estas dos últimas formas, la firma *ad referendum*, sujeta a confirmación y la rúbrica, se emplean habitualmente cuando el representante carece de poder suficiente o de autorización para firmar. Por regla general, a la rúbrica le sigue la firma, forma tradicional de autenticación.
- En los tratados adoptados en el seno de una organización internacional, la práctica muestra que es frecuente que la autenticación se efectúe con la incorporación del texto como anejo a una resolución del órgano en que se adopta.

B) Fase final del proceso de celebración: manifestación del consentimiento

La prestación del consentimiento en obligarse por el tratado transforma al “Estado negociador” en “Parte Contratante”, haya o no entrado en vigor el tratado y en “Parte” cuando respecto a ese Estado el tratado esté en vigor.

La CVDT, en su artículo 11, establece una pluralidad de formas en manifestar el consentimiento, en una lista no cerrada, dando libertad de elección a los negociadores y con igualdad en cuanto a su efecto obligatorio. Como formas más solemnes se prevén la ratificación, la aceptación, la aprobación y la adhesión. Como procedimientos abreviados para obligarse, la firma y el canje de instrumentos constitutivos de un tratado.

La ratificación, con la aparición del constitucionalismo, expresa el acto de autorización del parlamento al poder ejecutivo para que éste pueda manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado. Téngase en cuenta, no obstante, que la ratificación no determina necesariamente la intervención de los parlamentos nacionales en el proceso de celebración de los tratados, como sucede en el Derecho español. Formas más modernas y de alcance similar a la ratificación son la aceptación y la aprobación, propias, aunque no exclusivas, de los tratados multilaterales y de los bilaterales, respectivamente. La adhesión es una forma de manifestación del consentimiento a tratados multilaterales que, en la actualidad, se utiliza tanto para los Estados que han participado en la negociación del tratado como para aquellos que no lo han hecho.

La firma y el canje de instrumentos constitutivos del tratado son procedimientos abreviados de manifestación del consentimiento. La firma (y con el mismo efecto, la rúbrica si así se ha convenido, o la firma *ad referendum* seguida de confirmación -art. 12-), puede constituir a la vez medio de autenticación del texto y de manifestación del consentimiento. En el canje de instrumentos, el tratado no consta en un instrumento único sino en dos o más, cartas o notas, que se intercambian un representante diplomático y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado en el que este representante se encuentra acreditado. A estas formas, hay que añadir la confirmación formal, propia de las organizaciones internacionales y equiparable a la ratificación (art. 11 de la Convención de Viena de 1986).

La fase final del proceso conduce a la entrada en vigor del tratado (art. 24), siendo a partir de ese momento cuando es obligatorio para las partes, produciendo efectos jurídicos entre ellas.

### **2.3. Los órganos competentes para la celebración de los tratados internacionales según el Derecho internacional y el Derecho español.**

A) Órganos competentes para la celebración de tratados según el Derecho internacional  
La CVDT deja al Derecho interno de cada Estado la regulación de los órganos estatales que intervienen en tal proceso, limitándose a establecer en sus artículos 7 y 8 unas reglas respecto de quién se considera internacionalmente capacitado para obligar a un Estado por medio de un tratado. A estos efectos, se entiende por plenos poderes o plenipotencia “un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado” (art. 2.1. c)).

*La regla general* establece que para la adopción y autenticación del texto como para manifestar el consentimiento, se considerará que una persona representa a un Estado si presenta los adecuados plenos poderes, o si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados. o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes (art. 7.1).

*Las reglas específicas* contemplan que ciertas personas, en virtud de sus funciones y sin tener que presentar plenos poderes, representan al Estado. Así, el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores para todos los actos relativos a la celebración de un tratado. Los Jefes de misión diplomática para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados. Los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto del tratado en tal conferencia, organización u órgano (art. 7.2)

El acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos. Pero cabe la convalidación del acto si éste es ulteriormente confirmado por ese Estado (art. 8).

B) Órganos competentes para la celebración de tratados según el Derecho español. La celebración de tratados por España

Las normas básicas en esta materia se encuentran en la Constitución de 1978 y, hasta fecha reciente en diversos cuerpos legislativos. La Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales<sup>2</sup>, regula esta materia en una única norma de rango legal, desarrollando lo dispuesto en la CVDT. Asimismo, recoge lo previsto en la Constitución y tiene en cuenta lo establecido en los Estatutos de Autonomía en relación con los tratados. Deroga, en particular, el Decreto 801/72, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados.

La Ley dedica el grueso de su regulación a los tratados (Título I), definiéndolos conforme a lo dispuesto en la CVDT. El capítulo I de este Título I (arts. 8 a 10) lo dedica a la representación internacional de España y el capítulo II (arts. 11 a 22) a la celebración de los tratados internacionales.

En cuanto a los órganos competentes para celebrar tratados, es el Ministro de Asuntos Exteriores el que extiende la plenipotencia en nombre del Rey, indicando el acto o actos para cuya ejecución la persona acreditada como representante ha sido autorizada. No necesitan plenipotencia ciertas personas, en virtud de sus funciones, como así se establece en el artículo 7 de la CVDT anteriormente señalado. Pero, adviértase, que siendo lo previsto en el apartado 2 de este artículo 7 una regla de mínimos, para las personas mencionadas en los subapartados b) y c), la Ley española extiende a la adopción del texto de un tratado, su autenticación (art. 10).

Respecto a la celebración de los tratados internacionales, el Gobierno, que es el que en virtud del artículo 97 de la Constitución dirige la política exterior del Estado, ostenta un papel central en el proceso, siendo el Ministerio de Asuntos Exteriores el que tiene la competencia general en la materia.

En cuanto a la *negociación, adopción y autenticación* del texto del tratado, es a los departamentos ministeriales afectados en función de la materia, según sus respectivas competencias, a los que corresponde la iniciativa de la negociación, así como su planteamiento, desarrollo y conclusión, manteniendo informado al Ministerio de Asuntos Exteriores y en coordinación con el mismo (art. 11). El Consejo de Ministros es quien autoriza la autenticación del texto, ya sea a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores o de éste conjuntamente con el titular del departamento ministerial competente por razón de la materia (art. 14).

<sup>2</sup> BOE de 28 de noviembre de 2014.

En la *manifestación del consentimiento*, intervienen el Gobierno, las Cortes Generales y el Rey. La iniciativa sigue siendo del Gobierno, que es exclusiva. En particular, es el Consejo de Ministros el que remite los tratados a las Cortes Generales.

Para determinados tipos de tratados, se requiere la previa autorización por las Cortes Generales de la prestación del consentimiento del Estado en obligarse. Se sigue, a estos efectos, un criterio material, referido al contenido y a los efectos de los tratados.

Respecto a estos tratados, la Constitución española diferencia entre:

- los “tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” (art. 93). En este caso, la autorización requiere la previa aprobación de una ley orgánica, que exige la mayoría absoluta del Congreso.
- los tratados: a) de carácter político; b) de carácter militar; c) que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución; d) que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública; y e) que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución (art. 94.1). En estos supuestos, la decisión sobre la autorización se adopta por mayoría de cada una de las Cámaras, estableciendo el artículo 74. 2 de la Constitución un procedimiento específico.

Para los demás tratados, la intervención de las Cortes Generales es limitada debiendo sólo el Gobierno informar inmediatamente al Congreso y Senado de su conclusión (art. 94.2). Se garantiza, así, el control por las Cortes de la acción del Gobierno (art. 66.2).

En cuanto al Rey, el artículo 63.2 de la Constitución establece que le corresponde “manifestar el consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes”. Y conforme a éstas, este acto requiere el refrendo del Ministro de Asuntos Exteriores (art. 64 de la Constitución y 22 de la Ley 25/2014). Señala también la Ley 25/2014 que la intervención del Rey se limita a la firma de los instrumentos de ratificación y de adhesión que manifiesten el consentimiento, recogiendo la práctica interna en la materia. La intervención del Rey, por tanto, no se produce en todos los tratados, requieran o no previa autorización de las Cortes. En los demás casos, el Ministro de Asuntos Exteriores o un representante autorizado por el Ministro manifestará el consentimiento en España.

La calificación del tratado, esto es, si ha de tramitarse por la vía de los artículos 93, 94.1 o 94.2 de la Constitución, corresponde al Gobierno, pero ha de consultar con el Consejo de Estado respecto de todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de la Cortes con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado. Esta consulta es preceptiva pero no vinculante (art. 22.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado).



También cabe el control de constitucionalidad de los tratados, que puede ser extrínseca (se refiere al cumplimiento o no de las disposiciones constitucionales sobre celebración de tratados, en particular las relativas a la intervención de los distintos órganos del Estado) e intrínseca (si las disposiciones del tratado son contrarias o no a alguna disposición de la Constitución). A su vez, el control puede ser previo a la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado o *a posteriori*, esto es, una vez celebrado el tratado y publicado el texto del mismo. Respecto al control previo, sólo para la constitucionalidad intrínseca, (art. 95.2 Constitución y 78 de la LOTC), si el Tribunal constitucional declara que existe contradicción, cabe la previa reforma constitucional o no prestar el consentimiento en obligarse por el tratado. También pueden formularse reservas. El control *a posteriori*, previsto para la constitucionalidad intrínseca como extrínseca (artículos 161.1 a) y 163) Constitución y arts. 27 y ss. LOTC), puede promoverse mediante el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad. Si se declara que existe contradicción, el tratado es inaplicable, pudiendo incurrir el Estado en responsabilidad internacional por incumplimiento. Ahora bien, si se declara la inconstitucionalidad extrínseca del tratado, el Estado podría alegar internacionalmente su nulidad y, en el ámbito interno, podría subsanar el vicio formal relativo a la celebración de tratados. Si se trata de una inconstitucionalidad extrínseca, podría reformarse la Constitución o, en el plano internacional, denunciar el tratado, si ésta denuncia es posible, o negociar con las demás partes en el tratado su terminación, suspensión o incluso su revisión.

### **3. Otros acuerdos: Acuerdos internacionales administrativos y Acuerdos no normativos**

La Ley 25/2014 diferencia entre tratados, acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos.

Los *acuerdos internacionales administrativos* son definidos como el “acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho Internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho Internacional. No constituye acuerdo internacional administrativo el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno” (art.2 b)).

Esta definición, no obstante, da lugar a confusión puesto que como se señala en el preámbulo de la Ley estos acuerdos “no gozan de la naturaleza de los tratados internacionales” en el sentido de su celebración según el ordenamiento español. La diferenciación entre tratados y acuerdos internacionales administrativos, por tanto, se realiza en función de los procedimientos internos de aprobación según la legislación española. No atiende la naturaleza jurídica.

Desde el punto de vista del Derecho internacional, los acuerdos internacionales administrativos tienen la naturaleza de tratado internacional, puesto que como indica la

misma Ley 25/2014, se rigen por el Derecho internacional, pudiendo generar obligaciones jurídicas internacionales. En consecuencia, se exige su publicación en el BOE.

Regulados en el Título III de la Ley (artículos 38 a 42), estos acuerdos adoptados por autoridades administrativas, sólo podrán ser firmados por las autoridades designadas por el propio tratado internacional o, en su defecto, por los titulares de los órganos, organismos y entes de las Administraciones públicas competentes por razón de la materia. También podrán ser celebrados por las Comunidades Autónomas, en ejecución y concreción de un tratado internacional, cuando tengan por ámbito materias propias de su competencia y con sujeción a lo que dispone el propio tratado internacional (art. 52).

Su aprobación requiere que el proyecto de acuerdo sea remitido al Ministerio de Asuntos Exteriores antes de su firma para que la Asesoría Jurídica internacional emita informe preceptivo acerca de su naturaleza y formalización. Si el acuerdo comporta obligaciones financieras para España, se precisará también un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Posteriormente, puede procederse a su firma, según el procedimiento establecido por las partes. Si la importancia o alcance del acuerdo lo aconsejan, deberá informarse al Consejo de Ministros.

Los *acuerdos internacionales no normativos* son definidos como el “acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de derecho público con competencia para ello, que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional” (art.2 c)).

Estos acuerdos, regulados en el Título IV de la Ley (artículos 43 a 48), no crean obligaciones jurídicas ni se rigen por el Derecho internacional. Son meros compromisos políticos, declaraciones de intenciones o acuerdos no jurídicos de coordinación.

Previamente a su adopción, estos acuerdos son sometidos a informe jurídico del servicio jurídico del órgano u organismo público que los celebre. En caso de que el acuerdo sea establecido por una Comunidad Autónoma, el informe será realizado por la Asesoría Jurídica internacional de Ministerio de Asuntos Exteriores. Si el acuerdo implica obligaciones financieras, será precisa la aprobación de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Al igual que en los acuerdos internacionales administrativos, no se exige la tramitación prevista para los tratados. Los signatarios tienen autonomía para decidir el procedimiento. Y si la importancia del acuerdo lo exige, deberá informarse al Consejo de Ministros. Estos acuerdos no se publican en el BOE. Son remitidos al Ministerio de Asuntos Exteriores para su inscripción en el registro administrativo de dichos acuerdos.

**BIBLIOGRAFÍA:**

-PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 24ª edición, 2020, pp. 88-108.

-MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “La ley de tratados y otros acuerdos internacionales. Una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67/1, 2015, pp. 13-60.

**LEGISLACIÓN NACIONAL:**

-Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales. «BOE» núm. 288, de 28 de noviembre de 2014. Referencia: BOE-A-2014-12326.

Puede consultarse en:

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-12326-consolidado.pdf>

## Tema 3

### **Los tratados internacionales (II). Las reservas. La entrada en vigor y la aplicación provisional. Efectos, interpretación y aplicación. Enmienda y modificación. Nulidad, terminación y suspensión de los tratados.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. Los tratados internacionales (II): Las reservas. 3. La entrada en vigor y la aplicación provisional. 4. Efectos, interpretación y aplicación. 5. Enmienda y modificación. 6. Nulidad, terminación y suspensión de los tratados.

#### **1. Contextualización**

En la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado y si éste lo autoriza, el Estado puede formular reservas. Asimismo, finalizado el proceso de celebración de un tratado, éste entra en vigor, momento a partir del cual produce efectos jurídicos entre las partes, aunque puede convenirse su aplicación provisional. En el tema se analizan estas cuestiones, así como la interpretación y la aplicación del tratado. Se trata también la enmienda y modificación y, finalmente, las situaciones de crisis de los tratados: la nulidad, terminación y suspensión.

#### **2. Los tratados internacionales (II): Las reservas**

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 regula en sus artículos 19 a 23 el régimen sobre las reservas, que se aplica a falta de normas propias en el tratado.

##### **A) Concepto**

La reserva es definida como una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado (art. 2.1, d)).

Los elementos característicos de la reserva son: su naturaleza unilateral, su formulación por escrito en el momento de manifestar el consentimiento en obligarse internacionalmente por el tratado, y su objeto, que es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado que la formula. El objeto de la reserva permite diferenciarla de las declaraciones interpretativas, en las que el autor sólo busca precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de alguna de sus disposiciones.

#### B) Formulación de reservas

Cuando el artículo 19 señala que “Un Estado podrá formular una reserva (...) a menos que (...)”, parte de una presunción a favor de su formulación, pero ésta se encuentra limitada. Ciertamente, un tratado puede contener una cláusula específica sobre reservas, que puede: a) prohibir las reservas, de forma general o parcial, esto es, a ciertas disposiciones del tratado en cuyo caso se entiende que están autorizadas implícitamente las demás; b) autorizar las reservas, de forma general o parcial, esto es, se autorizan sólo determinadas reservas, considerándose prohibidas implícitamente las demás. El tratado puede también guardar silencio sobre las reservas, siendo posible su formulación si son compatibles con el objeto y fin del tratado. Este criterio de la compatibilidad es central puesto que opera también en otros supuestos como cuando hay una autorización general de las reservas o cuando las reservas están autorizadas implícitamente.

#### C) Reacciones de los Estados a las reservas: la aceptación y la objeción

Formulada una reserva, los demás Estados contratantes pueden aceptarla u objetarla. La aceptación puede realizarse expresa o tácitamente mediante silencio, esto es, “se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior” (art. 20.5). También es posible la aceptación “anticipada” de las reservas expresamente autorizadas por el tratado, que no exige aceptación ulterior de los Estados (art. 20.1). Asimismo, se establecen reglas específicas para los tratados concertados por un número limitado de Estados y los constitutivos de organizaciones internacionales (art. 20. 2 y 3).

Este régimen favorece al Estado reservante puesto que el silencio de los Estados en el plazo previsto para objetar presume la aceptación de la reserva. La Convención prevé dos tipos de objeciones: aquella que no impide la entrada en vigor del tratado entre el Estado autor de la reserva y el Estado autor de la objeción (art. 21.3) y la que sí lo impide, requiriéndose en este caso que el Estado objetante manifieste inequívocamente esta intención (art. 20.4, b).

#### D) Efectos jurídicos de las reservas

Sus efectos se determinan en función de la reacción de los demás Estados contratantes:

- En las relaciones entre el Estado reservante y los Estados que aceptan la reserva, el tratado regirá “en la medida determinada por la reserva” (art. 21.1).
- Entre el Estado reservante y los Estados objetantes, si este último Estado ha optado por la no entrada en vigor del tratado, ninguno de los dos Estados se encuentra obligado por el tratado en sus relaciones *inter se*. Si el Estado objetante ha optado por la entrada en vigor, “las disposiciones a que se refieren la reserva no se aplicarán entre los dos Estados “en la medida determinada por la reserva” (art. 21.3).
- Entre los demás Estados parte en el tratado, la reserva no modificará sus relaciones *inter se*, y el tratado regirá en su integridad.

### 3. La entrada en vigor y la aplicación provisional

La entrada en vigor de un tratado determina el momento a partir del cual éste es obligatorio para los Estados que han manifestado su consentimiento, produciendo efectos jurídicos entre ellos. El artículo 24 de la Convención establece que el tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores. Los tratados suelen contener una cláusula final al respecto, aunque puede fijarse en un acuerdo aparte.

A falta de cláusula o acuerdo, el tratado entra en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado. En los tratados multilaterales generales, se suele establecer que tenga lugar cuando un determinado número de Estados han consentido en obligarse por el tratado. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, éste entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.

Antes de la entrada en vigor del tratado y por razones de urgencia, los Estados negociadores pueden convenir en el propio tratado o de otro modo su aplicación provisional, que puede ser de la totalidad del tratado o parte del mismo. El artículo 25 de la Convención así lo contempla.

### 4. Efectos, interpretación y aplicación

#### A) Efectos de los tratados

El principio *pacta sunt servanda* es enunciado en el artículo 26 de la Convención de la siguiente manera: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Efectos en el tiempo: a partir de su entrada en vigor, el tratado es obligatorio para las partes, produciendo efectos jurídicos entre ellas (art. 24). La Convención establece la irretroactividad de los tratados, esto es, su no aplicación respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo (art. 28).

Efectos en el espacio: el tratado obliga en la totalidad del territorio del Estado parte, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo (art. 29).

Efectos respecto a otros tratados o la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, hay varios supuestos (art. 30):

- Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que establece que “en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas en virtud de la Carta y las obligaciones contraídas en virtud

de cualquier otro tratado internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta”.

- La relación entre tratados ha sido regulada expresamente: “cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último”.

- Si la relación entre dos tratados sucesivos concernientes a la misma materia en que sean partes los mismos Estados, no ha sido regulada por ellos, y el tratado anterior continúa vigente por no haber terminado, éste sólo se aplicará en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con el tratado posterior.

- Pero si, a diferencia del supuesto anterior, las partes en el tratado anterior no son todas ellas partes en el tratado posterior: en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, se aplica la regla anteriormente mencionada, y en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

Efectos para terceros Estados: por tercer Estado se entiende “un Estado que no es parte en el tratado” (art. 2.1 h) de la Convención). El artículo 34 establece la siguiente regla general: “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”. Ahora bien, cabe que un tratado prevea obligaciones para terceros Estados, si las partes tienen la intención de crear tal obligación y si el tercer Estado acepta por escrito expresamente esa obligación (art. 35). Asimismo, un tratado puede establecer derechos a favor de terceros Estados, si las partes en el tratado tienen tal intención y el tercer Estado asiente a ello. Este asentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa (art. 36).

#### B) Interpretación del tratado

Al aplicar los tratados es frecuente que se plantee el sentido y alcance de sus disposiciones. Los artículos 31 a 33 CVDT establecen las reglas y medios de interpretación de los tratados.

La regla general establece que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31). El texto del tratado es el punto de partida al interpretar el tratado, pues es en él donde se presume que se encuentra la expresión de la voluntad de las partes. Para averiguar esta voluntad, se acude a una interpretación literal, esto es a los términos utilizados en el tratado conforme a su uso natural y corriente, si bien se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Pero los términos del tratado no pueden apreciarse en abstracto, por lo que debe realizarse una interpretación sistemática de los mismos, que requiere tener en cuenta el contexto del tratado. Por contexto se entiende todo el conjunto del tratado, incluidos su preámbulo y anexos del mismo, pero también todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de su celebración y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por

las demás partes como instrumento referente al tratado. Juntamente con el contexto, debe tenerse en cuenta los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes que, de modo expreso o implícito, evidencie una interpretación comúnmente aceptada del tratado. También, toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, es decir, el entorno normativo. Por su parte, la interpretación teleológica requiere que se tenga en cuenta el objeto y fin del tratado. Ello permite una interpretación de los términos que produzca un “efecto útil”.

La Convención, en su artículo 32, permite recurrir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración. Esta posibilidad está pensada para confirmar el sentido resultante de la aplicación de la regla general establecida en el artículo 31 y para determinar el sentido del precepto convencional cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En el artículo 33 se recogen unas reglas específicas para la interpretación de los tratados autenticados en dos o más idiomas.

#### C) Aplicación de los tratados

Con frecuencia los tratados internacionales incluyen medidas relativas a la aplicación de sus disposiciones a fin de reforzar su cumplimiento voluntario. Pueden distinguirse:

Técnicas de seguimiento, que buscan recabar información sobre la aplicación del tratado. Entre ellas, cabe citar el *registro*, que consiste en la inscripción de determinados hechos sobre los que se proporciona información detallada que puede ser relevante para la aplicación del tratado; la presentación de *informes*, sobre las medidas adoptadas por los Estados relativas al cumplimiento del tratado; las *visitas* que permiten constatar *in situ* hechos o conductas relativos a la aplicación de un tratado; o la *observación sistemática*, consistente en la observación continua, en la medición y recepción de información, normalmente por medios técnicos y a largo plazo, que sea relevante para extraer consecuencias relativas al cumplimiento del tratado.

El control, cuyo objeto es recabar información relevante sobre el cumplimiento por los Estados de las obligaciones contraídas en virtud del tratado y valorar la legalidad de su conducta a la luz del contenido del tratado. El control puede realizarse por los Estados partes en el tratado, por órganos convencionales creados *ad hoc* por los tratados, o por órganos creados por organizaciones internacionales.

El control integral, que además de la recopilación de información y la valoración de la legalidad de la conducta de los Estados, se adoptan medidas para estimular el cumplimiento del tratado -incentivos- o que disuadan el incumplimiento -penalizaciones-.



## 5. Enmienda y modificación

La Convención regula la enmienda y modificación de los tratados en los artículos 39 a 41. La enmienda es concebida como el cambio en alguna o algunas disposiciones del tratado que afecta a *todos* los Estados partes. La modificación se refiere a un acuerdo celebrado únicamente entre *algunas* de las partes de un tratado multilateral para modificar el tratado en las relaciones *inter se* de esos Estados.

Enmienda: la regla general es que un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre todas las partes, aplicándose las normas generales en materia de celebración de tratados, salvo que dicho acuerdo disponga otra cosa (art. 39). Si es un tratado bilateral, la exigencia de acuerdo es obvia. Si es un tratado multilateral, no es necesario el consenso unánime de todos los Estados partes, operando un procedimiento específico. El procedimiento se inicia a partir de una propuesta de enmienda realizada por uno o varios Estados que ha de ser notificada a los demás Estados contratantes, que podrán participar tanto en la decisión sobre las medidas que haya que adoptar con relación a tal propuesta, como en la negociación y elaboración de cualquier acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado. Todo Estado facultado para llegar a ser parte en el tratado originario estará también facultado para llegar a ser parte en el tratado enmendado. Celebrado el acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado, éste no obligará a ningún Estado que sea ya parte en el tratado que no llegue a serlo en ese acuerdo que se enmienda. Pero si un Estado llega a ser parte en el tratado después de la entrada en vigor del acuerdo de enmienda, se considerará que, de no haber manifestado una intención diferente, es parte en el tratado en su forma enmendada y, al mismo tiempo, parte en el tratado no enmendado con respecto a toda parte en el tratado inicial que no esté obligada por el acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado (art. 40).

En cuanto a la modificación, por la que dos o más partes en un tratado multilateral pueden celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas, cabe si está expresamente prevista por el tratado o si éste no la prohíbe. En este último caso, han de cumplirse dos condiciones: que la modificación no afecte al disfrute de los derechos que a las otras partes concede el tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones, y que no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y fin del tratado en su conjunto. En este supuesto de notificación no prohibida, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación propuesta (art. 41).

## 6. Nulidad, terminación y suspensión de los tratados.

La Convención regula en los artículos 42 a 72 la nulidad, terminación y suspensión de los tratados. La nulidad de los tratados es consecuencia de la concurrencia de ciertas causas que afectan a la validez de este acto jurídico. Con la terminación o suspensión de la aplicación, un tratado, perfectamente válido, deja de producir efectos jurídicos, definitiva o temporalmente. A diferencia de las causas de nulidad, que están vinculadas a vicios del consentimiento del Estado y a la legalidad del objeto del tratado (la violación de normas de

*ius cogens*), las de terminación y suspensión son casusas sobrevinidas con posterioridad a la celebración del tratado. Sus efectos, por tanto, se producen *ex nunc*, no *ex tunc*, como en el caso de la nulidad. La Convención regula esta materia estableciendo las causas de forma tasada, regulando las consecuencias jurídicas y el procedimiento a seguir (art. 65 a 68).

#### A) Nulidad

##### Causas:

- a) La manifestación del consentimiento en *violación manifiesta* -esto es, si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe- *de una norma de importancia fundamental del Derecho interno*, relativa a la competencia para celebrar tratados (art. 46).
- b) Cuando el representante del Estado tenía una *restricción específica y notificada a los demás en sus poderes* para manifestar el consentimiento de un Estado (art. 47).
- c) En caso de *error* sobre una situación que sea base esencial del consentimiento, siempre que el Estado que lo alega no contribuyera con su conducta al error o las circunstancias fueran tan evidentes que estuviera advertido de él. Se excluye el error de derecho y el que concierne a la redacción del texto (art. 48)
- d) En los casos de *dolo*, entendiéndose por tal el que deriva de una conducta fraudulenta de otro Estado negociador (art. 49).
- e) En los casos de *corrupción del representante* de un Estado, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador (art. 50).
- f) Cuando el consentimiento en obligarse ha sido conseguido por *coacción sobre el representante* del Estado, mediante actos o amenazas (art. 51).
- g) Cuando la celebración del tratado se ha conseguido por la *amenaza o el uso de la fuerza*, en violación de los principios de Derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas. La amenaza en este caso está dirigida contra el Estado mismo (art. 52).
- h) Cuando el tratado en el momento de su celebración esté *en oposición a una norma imperativa de Derecho internacional general (ius cogens)*, esto es, una norma aceptada y reconocida “por la comunidad internacional en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter (art. 53).

##### Consecuencias jurídicas:

Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica (art 69). En el supuesto de que se hayan ejecutado actos basándose en ese tratado, “toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos” De todos modos, los actos ejecutados de buena fe antes alegarse la causa de nulidad, no resultarán ilícitos por el mero hecho de aquélla. No obstante, en los supuestos de dolo, corrupción, coacción sobre el representante del Estado o sobre el propio Estado, el Estado al que sean imputables los actos que han viciado el consentimiento no puede exigir el restablecimiento de la situación anterior al tratado. En cuanto a las consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma de *ius cogens*, las partes deberán eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté

en oposición con tal norma, y ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general (art. 71).

## B) Terminación

### Causas:

- a) Por *voluntad de las partes* pues la terminación o el retiro de una parte puede tener lugar conforme a las disposiciones del propio tratado o, en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes, después de consultar a los demás Estados contratantes (art. 54).

La Convención establece que un tratado multilateral no terminará por el solo hecho de que el número de partes llegue a ser inferior al necesario para su entrada en vigor, salvo que el tratado disponga otra cosa (art. 55).

Por su parte, si un tratado no contiene disposiciones sobre su terminación ni prevé la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos:

- a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado. En todo caso, la intención de denuncia debe ser notificada al menos con doce meses de antelación (art. 56).
- b) *Celebración de otro tratado posterior sobre la misma materia* entre todos los Estados partes (art. 59). Para que termine el primer tratado es necesario, bien que se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado, bien que las disposiciones del tratado posterior sean hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.
- c) *Violación grave de un tratado*, entendiéndose por ésta un rechazo del tratado no admitido por la Convención, o la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado. Si el tratado es bilateral, tal violación por una de las partes faculta a la otra para alegarla como causa de terminación del tratado. Si el tratado es multilateral, los otros Estados partes, procediendo por unanimidad, estarán facultados para dar por terminado el tratado, bien en las relaciones entre ellos y el Estado infractor, bien entre todas las partes (art. 60).
- d) *La imposibilidad subsiguiente de cumplimiento*, entendiéndose por ésta la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. No podrá alegarse como causa de terminación o retirada por una de las partes si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado (art. 61).
- e) El *cambio fundamental de circunstancias*, existentes en el momento de la celebración del tratado, no previsto por las partes y siempre que la existencia de dichas circunstancias constituya una base esencial del consentimiento y dicho cambio tenga por efecto modificar radicalmente las obligaciones que aún deben cumplirse. No cabe alegar esta causa de terminación o retirada: si el tratado establece una frontera o si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega (art. 62).
- f) La *aparición de una nueva norma internacional de ius cogens* (art. 64).

Se excluye como causa de terminación de un tratado la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares, salvo en la medida en que la existencia de relaciones diplomáticas o consulares sea indispensable para la aplicación del tratado (art. 63).

Consecuencias jurídicas:

Hay que estar a lo que el tratado disponga o las partes convengan. En otro caso, la terminación del tratado eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado y no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creadas por la ejecución del tratado antes de su terminación (art.70).

C) Suspensión del tratado

Causas:

La suspensión simple puede producirse:

- a) Por *voluntad de las partes*, conforme a las disposiciones del propio tratado o, en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes, previa consulta con los demás Estados contratantes. La aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada (art. 57).
- b) Mediante un *acuerdo entre dos o más partes*, siempre que esté previsto en el tratado o no esté prohibido en él. En este segundo supuesto, siempre que no afecte a los derechos y al cumplimiento de las obligaciones por las demás partes y no sea incompatible con el objeto y fin del tratado cuyos efectos se suspendan (art. 58).
- c) Como consecuencia de un *acuerdo sobre la misma materia*. Para que el tratado primero quede suspendido es necesario que se desprenda así del tratado posterior o conste de otro modo (art. 59).

Los casos que se presentan como una alternativa de la terminación son:

- a) Cuando haya habido una *violación grave por una de las partes*. Se puede pedir la suspensión total o parcial (art. 60).
- b) La *imposibilidad temporal de su cumplimiento* (art. 61).
- c) En los casos de haber sobrevenido un *cambio fundamental de circunstancias* (art. 62).

Consecuencias jurídicas:

Semejantes a las de la terminación, pero con carácter temporal puesto que, pasado el periodo de suspensión, el tratado vuelve a tener plenos efectos (art. 72).

**BIBLIOGRAFÍA:**

-PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 24ª edición, 2020, pp.108 -136.

## Tema 4

### **Las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos. La recepción y jerarquía del Derecho Internacional en el Derecho español. La aplicación del Derecho Internacional en España. Las Comunidades Autónomas en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. Las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos Internos. 2.1. Dualismo y monismo. 2.2 Perspectiva desde el Derecho internacional. 2.3. Derecho constitucional comparado. 2.3.2. Derecho internacional general. 2.3.2. Derecho convencional. 2.3.3. Derecho institucional. 3. La recepción y jerarquía del Derecho Internacional en el Derecho español. 3.1. Derecho internacional general. 3.2. Derecho convencional. 3.3. Derecho institucional. 4. La aplicación de Derecho Internacional en España. 4.1. Derecho internacional general. 4.2. Derecho convencional. 5. La Ley de Tratados de 2014 y las Comunidades Autónomas. 5.1. Participación en la celebración de tratados internacionales. 5.2. Celebración de acuerdos internacionales administrativos y no normativos

#### **I. Contextualización**

La eficacia real del Derecho Internacional depende en gran medida de que los Derechos internos se conformen a las normas internacionales y las apliquen de modo efectivo. El Derecho Internacional no se aplica únicamente en el ámbito de las relaciones interestatales. También debe aplicarse en el ámbito estatal interno, muy especialmente en las relaciones entre el Estado y los particulares que se encuentren bajo la jurisdicción estatal, los cuales pueden en determinados casos exigir judicialmente la observancia del Derecho Internacional.

Así, el Derecho Interno y los órganos del Estado tienen un papel clave para el cumplimiento del Derecho Internacional. Por un lado, es frecuente el reenvío de normas internacionales a normas internas. Por otro, las normas internacionales que no poseen el carácter de *self-executing* precisan, una vez adoptadas, de desarrollos legislativos posteriores en los Derechos nacionales.

#### **2. Las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos Internos**

Las relaciones entre estos dos ámbitos jurídicos pueden explicarse atendiendo a dos problemas básicos: 1) Si el Derecho Internacional necesita de algún acto específico de recepción o conversión para surtir efectos en el ordenamiento interno; y 2) Si en caso de conflicto entre normas internacionales y normas internas prevalecen las primeras o las segundas. Para afrontar estas cuestiones han surgido en la doctrina dos posturas teóricas fundamentales: el dualismo y el monismo.

## 2.1 Dualismo y monismo

La teoría dualista (Triepel, Anzilotti) parte de que Derecho Internacional y Derecho Interno tienen distintas fuentes, y regulan materias diversas: las relaciones jurídicas entre Estados en el caso del Derecho Internacional, las relaciones jurídicas dentro del Estado en el caso del Derecho Interno. Son, en principio, órdenes jurídicos paralelos, separados e independientes. En consecuencia, para que las normas internacionales sean aplicadas en el Derecho Interno necesitan de un acto específico de recepción.

El monismo, por el contrario, parte de la premisa de la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos. Así, Kelsen sostiene que toda norma jurídica deriva su validez y su carácter vinculante de otras normas jurídicas de rango superior hasta llegar a la norma fundamental o *Grundnorm* y, en su última etapa, concluyó que dicha norma fundamental había de buscarse en el Derecho Internacional. En esta línea, Verdross afirmó que todo el Derecho se fundamenta en una norma de Derecho internacional, que delegaba en los Estados una competencia normativa dentro de la esfera de la jurisdicción estatal. Así, el Derecho Internacional sería superior al Derecho Interno, y las normas internacionales no necesitarían de actos específicos de recepción en los ordenamientos internos, prevaleciendo sobre las normas internas en caso de conflicto.

## 2.2. Perspectiva desde el Derecho internacional

El Derecho Internacional en vigor no consagra normativamente los postulados dualistas o monistas, dejando a los diversos Derechos Internos la opción de exigir o no un acto de recepción específico de las normas internacionales, cuestión normalmente regulada en las Constituciones nacionales.

Desde la perspectiva iusinternacionalista, sin embargo, en caso de conflicto entre normas internas e internacionales, son estas últimas las que prevalecen en el plano internacional. Así, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) establece que un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. A efectos prácticos, esto significa que si un Estado incumple un tratado, la invocación de una norma interna contraria al tratado, sea del rango que sea, no evita que dicho Estado incurra en responsabilidad internacional. La regla de que las disposiciones de Derecho Interno no prevalecen sobre las normas de un tratado ha sido reconocida en la jurisprudencia internacional antes de la adopción de la Convención de Viena (1969), tratándose de una regla de carácter general, que dicha convención codifica. (*Advisory Opinion, The Greco-Bulgarian Communities, Permanent Court of International Justice, Series B, No 17, 1930, p. 32*).

## 2.3. Derecho constitucional comparado

En la práctica constitucional es común encontrar reglas distintas en materia de aplicación y recepción de las normas internacionales, según se trate de normas generales consuetudinarias o normas convencionales.

### 2.3.1. Derecho internacional General

La costumbre internacional es incorporada al ordenamiento jurídico interno conforme a diversas fórmulas constitucionales.

En primer lugar, es posible la incorporación automática, sin necesidad de acto de recepción, de las normas internacionales consuetudinarias. En los Derechos anglo-americanos esta regla se enuncia como “*international law is part of the law of the land*”, y forma parte del Derecho constitucional del Reino Unido y de la Constitución de los Estados Unidos. Este es el sistema seguido mayoritariamente por los Estados, y puede encontrarse en las Constituciones de Grecia (1975), Portugal (1976) o Andorra (1993), entre otras.

En segundo lugar, hay ordenamientos que, además de establecer la adopción automática de la costumbre internacional, proclaman la superioridad del Derecho internacional general sobre el Derecho interno. Es el caso de la Constitución de la República Federal de Alemania (1949), la cual incluso prevé que el Tribunal Constitucional verifique la conformidad del Derecho Interno al Derecho Internacional.

En tercer lugar, existe la posibilidad de incluir en la Constitución de forma expresa ciertos principios de Derecho internacional general, como la igualdad soberana, el arreglo pacífico de controversias, o la no injerencia en asuntos internos. La Constitución portuguesa de 1976 es un ejemplo de esta opción, compatible con otras soluciones constitucionales.

En cuanto a la jerarquía de la costumbre internacional en los ordenamientos jurídicos internos, las soluciones pasan por su equiparación a la ley interna (Austria, Portugal) o por otorgar a las normas internacionales consuetudinarias un rango superior a las leyes nacionales (Italia, Japón, Alemania, Grecia). En el primer caso, la ley posterior puede derogar a la costumbre anterior. En el segundo caso, no.

### 2.3.2. Derecho convencional

En relación con los tratados internacionales, la práctica muestra que la mayoría de los Estados no optan en sus normas constitucionales por la recepción automática. La integración de un tratado en el ordenamiento jurídico interno requiere un acto especial de recepción. En líneas generales, este acto de recepción puede consistir en la mera publicación oficial del tratado (modelo francés) o en un mandato de ejecución del mismo (modelo italiano), que según el Estado de que se trate puede adoptar la forma jurídica de ley, decreto u orden. Ambos modelos son dualistas, según Pastor Ridruejo, ya que en ambos se requiere un acto de recepción específico para cada tratado internacional. El requisito de la mera publicación constituye un dualismo moderado, la necesidad de un mandato de ejecución supone un dualismo radical.

El problema de la jerarquía de los tratados en el ordenamiento interno ha suscitado diversas soluciones constitucionales. Así, la Constitución francesa (1958) reconoce a los tratados un rango jerárquico superior al de las leyes, aunque bajo reserva de aplicación recíproca por la otra parte. La Constitución de los Países Bajos (1983) establece que los tratados en vigor que forman parte del ordenamiento interno prevalecen sobre las leyes, e incluso que un tratado que contenga disposiciones contrarias a la Constitución (o imponga la necesidad de derogar normas constitucionales) puede ser aprobado por el Parlamento por una mayoría de dos tercios. La Constitución alemana (1949) establece la superioridad del tratado sobre la ley, y crea un mecanismo de control jurisdiccional para garantizarla.

En los sistemas que prevén la recepción del tratado mediante ley, el tratado y la ley tienen idéntica jerarquía normativa. Ello implica que el tratado posterior deroga la ley anterior,

pero también que la ley posterior deroga al tratado anterior en el ordenamiento interno. En estos casos, el tratado sigue en vigor en el plano internacional, y su eventual incumplimiento genera responsabilidad del Estado incumplidor frente al resto de Estados partes en el tratado.

### 2.3.3. Derecho institucional

Las resoluciones adoptadas por las organizaciones internacionales, cuando dichas resoluciones sean obligatorias para los Estados miembros según el tratado constitutivo de la organización, también pueden producir efectos jurídicos en los ordenamientos internos. Encontrar normas constitucionales que regulen directamente la cuestión no es, sin embargo, fácil. La Constitución portuguesa estipula que las normas emanadas de las organizaciones internacionales rigen directamente en el ordenamiento interno, si así se establece en el tratado constitutivo de la organización de que se trate. Por su parte, la Constitución de los Países Bajos establece que las resoluciones de organizaciones internacionales tienen fuerza obligatoria una vez publicadas oficialmente. Estas resoluciones y acuerdos prevalecen sobre las normas internas en caso de conflicto o incompatibilidad.

## 3. La recepción y jerarquía del Derecho internacional en el Derecho español

Al exponer estas cuestiones seguiremos distinguiendo entre Derecho internacional general o consuetudinario, Derecho convencional y Derecho institucional

### 3.1. Derecho internacional general

La recepción de las normas internacionales consuetudinarias no es objeto de regulación específica en la Constitución española. El Derecho español ha optado por incorporar al ordenamiento jurídico interno bloques sectoriales de normas de Derecho internacional general. Dicha incorporación se ha producido tanto por vía constitucional como legal. Así, el artículo 96.1 de la Constitución se remite a las *normas generales del Derecho internacional* en materia de derogación, modificación o suspensión de los tratados. Como ejemplo de incorporación legislativa, el artículo 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial remite a las *normas de Derecho internacional público* en materia de inmunidades de jurisdicción y ejecución.

Fuera de estos dos bloques normativos, las normas internacionales consuetudinarias han surtido efectos en el ordenamiento jurídico español sin necesidad de actos específicos de recepción, por lo cual el sistema español puede ser calificado como monista en lo tocante a la recepción del Derecho internacional general.

La cuestión de la jerarquía de la costumbre internacional no aparece directamente regulada en la Constitución española con carácter general. Es, sin embargo, posible acudir a la analogía jurídica para abordar esta materia. Así, en relación con la ley, una norma particular, como el artículo 96.1 señala que los tratados internacionales solo pueden ser derogados, modificados o suspendidos del modo previsto en los propios tratados o de acuerdo con *las normas generales de Derecho internacional*. Ello implica que, en esta materia específica, la costumbre internacional prevalece sobre las leyes internas. Se puede sostener, con Pastor Ridruejo, que esta solución es aplicable por analogía al resto de normas de Derecho



internacional general, y así concluir que en Derecho español la costumbre tiene rango supra-legal.

En caso de conflicto entre una norma internacional consuetudinaria y la Constitución española (conflicto que es difícil que se produzca en la práctica), desde el punto de vista del Derecho interno la Constitución prevalecería sobre la costumbre internacional. Para llegar a esta conclusión, hay que interpretar analógicamente el artículo 95 de la Constitución, el cual, en relación con los tratados, prevé que en caso de conflicto entre un tratado internacional y la Constitución prevalecerá esta última. Extendiendo por analogía esta solución a las normas consuetudinarias, es posible concluir que la costumbre internacional tiene en Derecho español rango infra-constitucional.

### 3.2. *Derecho convencional*

La recepción de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español ha sido regulada en diversos preceptos normativos. Así, el artículo 1.5 del Código Civil dispone que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”. Asimismo, el artículo 96.1 de la Constitución establece que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. En esta misma línea, el artículo 23.3 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales señala que “los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico interno una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado”.

La publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado es por tanto requisito imprescindible para que el tratado, o algunas de sus cláusulas tras una enmienda, formen parte del ordenamiento jurídico interno y, en consecuencia, puedan ser aplicados por el juez español, sin que, en ausencia de publicación, sea suficiente que el juez competente tenga conocimiento de las normas del tratado por medios o cauces distintos del Boletín Oficial del Estado (Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 1998).

La publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado “habrá de producirse al tiempo de la entrada en vigor del tratado para España o antes, si se conociera fehacientemente la fecha de su entrada en vigor”, tal y como establece el artículo 23.1 de la Ley 25/2014. Además, “si se hubiera convenido la aplicación provisional de un tratado o de parte del mismo, se procederá a su inmediata publicación”, conforme establece el artículo 23.2 de la misma norma legal.

En cuanto al contenido de la publicación en el Boletín Oficial del Estado, debe incluirse “el texto íntegro del tratado junto a cualesquiera instrumentos y documentos anejos o complementarios, así como los actos unilaterales dependientes del tratado. Además, se publicará la fecha de entrada en vigor del tratado y, en su caso, la de aplicación provisional y su terminación”, como establece el artículo 24.1 de la Ley 25/2014. El artículo 24.2, por su parte, obliga a publicar asimismo en el Boletín Oficial del Estado “cualquier acto posterior que afecte a la aplicación de un tratado internacional”, como por ejemplo la retirada de una reserva, o la formulación de una objeción a una reserva.

A tenor de lo expuesto, es posible calificar el sistema español de recepción de los tratados internacionales como sistema dualista moderado. Dualista, por exigir un acto especial de recepción para cada tratado. Moderado, porque ese acto especial de recepción consiste en la mera publicación.

La cuestión de la jerarquía del Derecho convencional en el Derecho español encuentra una respuesta clara en el artículo 31 de la Ley 25/2014, que establece que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”. Es decir, los tratados internacionales en España tienen rango supra-legal e infra-constitucional. En relación con esto último, el artículo 95.1 de la Constitución establece que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la misma exigirá la previa revisión constitucional. Esta revisión deberá realizarse, como es evidente, conforme a los procedimientos previstos en los artículos 167 y 168 de la Constitución.

### 3.3. Derecho institucional

La recepción en el Derecho español de las resoluciones de organizaciones internacionales que sean obligatorias según el tratado constitutivo de la organización, no aparece regulada de modo general o sistemático en normas constitucionales o legales. Ello sugiere una aplicación analógica de las normas relativas a la recepción de los tratados internacionales, lo que implica la necesidad de la publicación de estas disposiciones en el Boletín Oficial del Estado para que surtan efectos en el ordenamiento jurídico interno (aunque no, lógicamente, para que obliguen a España en el plano internacional). Esta es la doctrina elaborada por el Consejo de Estado en su Dictamen 984/93/927/93. La incorporación al Derecho español de este tipo de resoluciones se realiza mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado, si bien dentro de dichas resoluciones las disposiciones que no tengan carácter *self-executing* pueden requerir la aprobación de una ley interna, o la adopción de una orden ministerial, para su aplicación efectiva.

En el caso de organizaciones internacionales a las que se haya atribuido el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, es preciso realizar algunas puntualizaciones. Así, en el caso de la Unión Europea, la práctica muestra la evidencia de que no es necesario que los actos normativos emanados de las Instituciones de la UE (por ejemplo, un reglamento) sean publicados en el Boletín Oficial del Estado para producir efectos en el ordenamiento jurídico español. El fundamento jurídico de esta situación ha de buscarse, siguiendo a Mangas Martín, en el artículo 93.1 de la Constitución, el cual permite atribuir a una organización o institución internacional competencias derivadas de la Constitución. El tratado de adhesión a las entonces Comunidades Europeas llevó a cabo la cesión de la competencia relativa a la publicación de los actos de las Instituciones europeas. En esta materia el artículo 93 de la Constitución opera como *lex specialis* respecto al artículo 96, del cual cabría *deducir* una norma general en materia de publicación de las normas de Derecho institucional destinadas a producir efectos en el ordenamiento jurídico interno. Pero la aplicación del artículo 93 como norma especial frente a la general del artículo 96 permite que las normas de Derecho derivado de la Unión Europea surtan efectos en el ordenamiento español con la mera publicación oficial en medios de la propia organización, como el Diario Oficial de la Unión Europea.

## 4. La aplicación del Derecho internacional en España

La aplicación del Derecho internacional compete a todos los poderes del Estado: al poder legislativo, al poder ejecutivo y al poder judicial, tanto en el orden estatal como en el autonómico.

### 4.1 *Derecho internacional general*

En el caso del Derecho internacional general, los jueces y tribunales españoles han aplicado las normas consuetudinarias en determinados litigios en los que dicha aplicación resultaba necesaria para resolver asuntos de su competencia. La costumbre internacional en materia de tratados, Derecho internacional del mar, o inmunidades de jurisdicción, ha sido así históricamente objeto de pronunciamientos jurisprudenciales en España, sin que los órganos jurisdiccionales españoles hayan exigido actos específicos de recepción de las normas internacionales consuetudinarias. El propio Tribunal Constitucional ha aplicado la costumbre internacional según estos parámetros (Sentencias de 1 de julio de 1992 y de 28 de septiembre de 1995).

### 4.2. *Derecho convencional*

Las disposiciones *self-executing* de los tratados, al no estar su aplicación efectiva sujeta a desarrollo legislativo o reglamentario, generan directamente derechos y obligaciones para los particulares (personas físicas o jurídicas), que los poderes públicos del Estado (administrativos y judiciales) deben respetar y tutelar, siempre que esas normas directamente aplicables tengan un contenido lo suficientemente preciso e incondicional. Un ejemplo de lo anterior son ciertas disposiciones de los Convenios de la OIT ratificados por España, o ciertas disposiciones de los tratados constitutivos de la Unión Europea.

Sin embargo, con relativa frecuencia los tratados o alguna de sus disposiciones no son susceptibles de aplicación directa, y precisan de desarrollo normativo interno. Este desarrollo será legislativo si la materia del tratado es objeto de reserva de ley o exige la modificación de leyes anteriores, y corresponderá a las Cortes Generales o al poder legislativo autonómico, en función de que la materia sea de competencia estatal o autonómica. En otras ocasiones, las disposiciones del tratado requerirán un desarrollo reglamentario, ya sea estatal o autonómico.

En definitiva, la aplicación de un tratado internacional del que España es parte es una actividad interna del Estado que requiere a su vez de la aplicación de normas constitucionales, estatutarias, legislativas y, eventualmente, reglamentarias. La adopción de normas legislativas de ejecución del tratado está sujeta a todos los requisitos y da al legislador todas las opciones previstas en el ordenamiento jurídico español. El artículo 93 de la Constitución confiere a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de los tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales a los que se hayan cedido competencias derivadas de la Constitución. Sin embargo, pese al alcance en principio parcial de esta norma constitucional, cabe afirmar, de un modo más general, que todos los poderes públicos españoles están obligados a ejercer sus competencias para garantizar el cumplimiento y la correcta aplicación de los tratados internacionales.

## 5. La Ley de Tratados de 2014 y las Comunidades Autónomas

Una de las principales novedades de la Ley 25/2014 ha sido la inclusión de un título propio dedicado a las Comunidades Autónomas (título V), que regula la participación autonómica en la celebración de tratados internacionales (artículos 49 a 51), y la celebración de acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos directamente por las Comunidades Autónomas (artículos 52 y 53).

La regulación de estas posibilidades responde, en primer lugar, al hecho de que los Estatutos de Autonomía han creado potestades autonómicas que inciden en la celebración de tratados internacionales por parte del Estado. En segundo lugar, como práctica creciente, las Comunidades Autónomas celebran numerosos acuerdos internacionales de naturaleza y contenido variable, que resulta oportuno regular.

### 5.1. Participación en la celebración de tratados internacionales

Los asuntos regulados se refieren a la propuesta de apertura de negociaciones, los deberes de información del Gobierno, y la participación de las Comunidades Autónomas en las delegaciones españolas que negocien tratados internacionales.

Según el artículo 49, “las Comunidades Autónomas podrán solicitar al Gobierno la apertura de negociaciones para la celebración de tratados internacionales que tengan por objeto materias de su competencia o interés específico, o por afectar de manera especial a su respectivo ámbito territorial”. El Gobierno resolverá motivadamente acerca de estas propuestas.

Por otro lado, el artículo 50 establece deberes de información hacia las Comunidades Autónomas. Así, el Gobierno, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, remitirá a las Comunidades Autónomas información sobre la negociación de aquellos tratados internacionales que tengan por objeto materias de su competencia o interés específico o por afectar de manera especial a su ámbito territorial. Las Comunidades Autónomas podrán remitir al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación las observaciones que estimen convenientes sobre la negociación. La decisión adoptada sobre las observaciones deberá ser motivada y comunicada a las Comunidades Autónomas. Por último, las Comunidades Autónomas serán informadas de los tratados concluidos por España que afecten a sus competencias, sean de su específico interés o incidan de manera especial en su ámbito territorial.

Finalmente, las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán solicitar al Gobierno formar parte de la delegación española que negocie un tratado internacional que tenga por objeto materias de su competencia o interés específico o por afectar de manera especial a su respectivo ámbito territorial. El Gobierno decidirá motivadamente sobre dichas solicitudes.

### 5.2. Celebración de acuerdos internacionales administrativos y no normativos

Las Comunidades Autónomas, las Ciudades de Ceuta y Melilla, y las Entidades Locales podrán celebrar acuerdos internacionales administrativos en ejecución y concreción de un tratado internacional cuando tengan por ámbito materias propias de su competencia y con sujeción a lo que disponga el propio tratado internacional. Los proyectos de acuerdos

internacionales administrativos serán remitidos al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación antes de su firma para que sean informados en un plazo máximo de diez días por la Asesoría Jurídica Internacional acerca de su naturaleza, procedimiento y más adecuada instrumentación según el Derecho Internacional.

Además, las Comunidades Autónomas, las Ciudades de Ceuta y Melilla, y las Entidades Locales podrán establecer acuerdos internacionales no normativos en las materias que sean propias de su competencia. La Asesoría Jurídica Internacional emitirá informe en los mismos términos y con los mismos requisitos que en el caso de los acuerdos internacionales administrativos.

### BIBLIOGRAFÍA

DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 18ª edición, 2013, pp. 247-267.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “La ley de tratados y otros acuerdos internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 67/1, enero-junio 2015, pp. 13-60.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 24ª edición, 2020, pp. 171-188.

SHAW, M.: *International Law*, Cambridge University Press, 8th edition, 2017, pp. 96-138.

## Tema 5

### Los sujetos de Derecho Internacional: concepto y clases. El Estado: concepto y caracteres. Reconocimiento de Estados y reconocimiento de gobiernos. La sucesión de Estados.

Sumario: 1. Contextualización. 2. Los sujetos de Derecho Internacional: concepto y clases de sujetos. 3. El Estado: concepto y caracteres. 4. Reconocimiento de Estados y reconocimiento de gobiernos: 4.1. Reconocimiento de Estados; 4.2. Reconocimiento de Gobiernos 5. La sucesión de Estados.

#### 1. Contextualización

En cualquier ordenamiento jurídico se atribuye personalidad jurídica a aquellos entes que son los destinatarios de sus normas. El Derecho Internacional Público no es diferente en este sentido y, así, nos encontramos con sujetos plenos de Derecho como el Estado y las Organizaciones Internacionales y otros con una subjetividad jurídica más restringida.

Centrándonos en el Estado y sus elementos (territorio, población y organización política), nos hallamos con una casuística muy variada en el plano internacional en el sentido de reconocimiento de Estados y de gobiernos. En este sentido, la posición mantenida por España en determinados supuestos como el de Kosovo, merece ser objeto de análisis. Finalmente, otra de las cuestiones asociadas al Estado como sujeto de Derecho Internacional sería la sucesión de Estados, relevante respecto de los Tratados, la deuda o los bienes públicos, la nacionalidad de la población, los archivos del Estado o la condición de miembro de una Organización Internacional.

#### 2. Los sujetos de Derecho Internacional: concepto y clases de sujetos

Utilizamos la expresión “sujetos de Derecho Internacional” para referirnos a aquellos entes que son titulares de derechos, obligaciones, competencias y responsabilidades. En definitiva, serían sujetos del Derecho Internacional los destinatarios de las normas de dicho ordenamiento jurídico.

Aunque originariamente solo se consideraban sujetos a los Estados soberanos, el ordenamiento jurídico internacional ha evolucionado. Actualmente, se consideran sujetos de Derecho Internacional: los Estados, las Organizaciones Internacionales, y el individuo (aunque su subjetividad internacional sigue siendo discutida entre los internacionalistas). Además, como afirma Pérez González<sup>1</sup>, existen otros actores de las relaciones internacionales de los que se puede predicar una subjetividad jurídica internacional

<sup>1</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, M., “La subjetividad internacional” en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18<sup>a</sup>ed, 2013, p.298.

restringida al ejercicio de unos derechos específicos y a unas obligaciones correlativas a esos derechos. Entre estos actores se hallarían: los Pueblos, la Santa Sede y la Ciudad del Vaticano, la Soberana Orden de Malta, los beligerantes y los Movimientos de Liberación Nacional. Igualmente, se reconoce personalidad jurídica limitada a ciertos entes como las empresas transnacionales, o las Organizaciones No Gubernamentales.

### 3. El Estado: concepto y caracteres

El Estado constituye el sujeto principal del Derecho Internacional. La existencia del Estado depende de que concurren sus tres elementos constitutivos, es decir: a) un territorio, b) una población, c) y una organización política que, mediante los correspondientes órganos de gobierno, ejerza sus poderes sobre ese territorio y esa población. Además, desde el punto de vista jurídico, la característica fundamental del Estado radica en su soberanía e independencia, de modo que no se encuentra sometido a ninguna jerarquía exterior, excepto al respeto del Derecho Internacional Público. Esta soberanía se manifiesta:

- i) hacia el exterior (*ad extra*) en la posibilidad de que los Estados mantengan relaciones internacionales con otros Estados y demás sujetos internacionales;
- ii) y hacia el interior (*ad intra*), en el derecho al ejercicio pleno y exclusivo de los poderes estatales en su territorio.

#### a) El territorio

El territorio diferencia a los Estados de las Organizaciones Internacionales. Se trata del espacio sobre el que el Estado ejerce soberanía y comprende no sólo el espacio terrestre, sino también las aguas interiores, el mar territorial y el espacio aéreo suprayacente. La adquisición, delimitación y conservación del territorio se rige por el principio de efectividad, según el cual el territorio se encuentra bajo la soberanía del Estado que efectivamente lo administra o controla (con la excepción de los territorios sometidos a dominación colonial). Por otra parte, el territorio tiene una importante dimensión económica para el Derecho Internacional, que reconoce a cada Estado la soberanía permanente sobre los recursos naturales que se encuentran en el mismo.

#### b) La población

En cuanto a la población, hemos de partir de la existencia de un grupo de población que, de manera permanente, habita en el territorio del Estado, y normalmente se hallan vinculadas a éste por la nacionalidad. Ni la cantidad de personas perteneciente al grupo de población, ni las diferencias étnicas, culturales, o lingüísticas de este grupo pueden constituir obstáculos a la consideración de este elemento.

En efecto, aunque el Estado es un ente de base territorial y el ejercicio de la soberanía territorial constituye uno de los aspectos más relevantes de las competencias estatales, también cuenta, conforme al Derecho Internacional, con competencias de carácter personal que ejerce sobre sus nacionales, con independencia de que se encuentren en su territorio o fuera de él, debido a su especial vinculación con ellos. Este vínculo se extiende también a las personas jurídicas y a ciertos objetos como los buques y aeronaves. Pero, además de las competencias que el Estado ejerce sobre su territorio y sobre sus nacionales, también le corresponden otras sobre los extranjeros o apátridas que se encuentran en su

territorio. En definitiva, la interrelación entre población y territorio hace que se puedan mantener enlaces jurídicos con nacionales fuera del territorio estatal y, al mismo tiempo, que el Estado, dentro de su territorio, pueda crear leyes para los extranjeros.

c) La organización política

El último requisito exigido para la existencia del Estado consiste en la organización política del Estado, que se manifiesta a través de los órganos encargados de las relaciones internas e internacionales. El gobierno ha de reunir los requisitos de efectividad en el cumplimiento de sus funciones, incluido el mantenimiento del orden interno y el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Igualmente, por lo que al ámbito exterior se refiere, para que un Estado pueda ser considerado como tal y, en consecuencia, cuente con subjetividad internacional, ha de contar con órganos apropiados que le permitan:

- relacionarse con otros Estados,
- participar en la creación de las normas internacionales,
- asumir obligaciones internacionales
- y cumplir con sus compromisos exteriores.

Para la creación de un Estado es necesario que concurran los elementos mencionados, pero, para su continuidad, es preciso que dichos elementos se mantengan, pues la pérdida de uno de ellos supone la desaparición del Estado. Sin embargo, las modificaciones políticas que se lleven a cabo quebrando el orden constitucional vigente mediante procesos revolucionarios no afectan a la identidad del Estado.

#### **4. Reconocimiento de Estados y reconocimiento de gobiernos.**

##### **4.1. Reconocimiento de Estados**

Con carácter general, el reconocimiento es un acto voluntario y unilateral por el que un Estado constata una situación de hecho o de Derecho y admite que le es oponible. Podemos hablar de reconocimiento de Estados y reconocimiento de gobiernos. El reconocimiento de Estados es el concedido a un nuevo Estado tras su creación. El reconocimiento de gobiernos se refiere únicamente a la autoridad que ejerce el poder efectivo dentro del territorio y sólo se plantea en el caso de gobiernos de hecho, que han llegado al poder de modo inconstitucional.

El reconocimiento de un Estado constituye un acto unilateral y voluntario manifestado individual o colectivamente, de manera expresa o tácita, por los Estados en que se declara la existencia de todos los elementos necesarios para que haya nacido un nuevo Estado. Es un acto de naturaleza política, aunque comporta consecuencias jurídicas. Actualmente, el reconocimiento, para los Estados, posee un carácter claramente declarativo, de modo que el Estado nace y es sujeto cuando reúne los elementos típicos ya descritos, aunque algunos Estados aún no lo reconozcan (como sucede, por ejemplo, con el Estado de Israel). Eso se explica por el carácter político del reconocimiento de Estados y por la no obligación de hacerlo.



### Las formas y condiciones del reconocimiento de Estados y de gobiernos

El reconocimiento de un Estado o de un gobierno emana del órgano que tiene a su cargo la política exterior, es decir, del Gobierno, y puede ser expreso, implícito, incondicional o condicionado.

El reconocimiento **expreso** se puede otorgar mediante: a) un acto unilateral (nota diplomática, declaración pública, telegrama de felicitación); b) un tratado bilateral entre las partes interesadas, o c) colectivamente, mediante el acuerdo de varios Estados (normalmente se tratará de un acuerdo entre miembros de una organización internacional). Por ejemplo, España y Francia reconocieron al Principado de Andorra como Estado soberano en el Tratado tripartito de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación de 1993.

El reconocimiento **implícito** supone que la intención de reconocimiento se deduce de la conducta del Estado. En las relaciones bilaterales, el establecimiento de relaciones diplomáticas con otro Estado supone el reconocimiento de ese Estado y de su gobierno. Sin embargo, el establecimiento o mantenimiento de las relaciones consulares no conlleva ni el reconocimiento del Estado ni el de gobierno. También la celebración de tratados bilaterales puede suponer el reconocimiento de la otra parte. En este sentido, conviene destacar el comunicado hispano-israelí de 17 de enero de 1986, en el que se decidía establecer relaciones diplomáticas entre España e Israel.

En cuanto a las relaciones multilaterales, ni la admisión en una organización internacional, ni la participación en una conferencia internacional o en un tratado multilateral conlleva el reconocimiento. De este modo, como señalan Casanovas y Rodrigo<sup>2</sup>, hay muchos Estados árabes que son miembros de la ONU y que no han reconocido a Israel, que también es miembro de la organización. Por otro lado, en 2012, la Asamblea General de la ONU aprobó una resolución en la que se concedió a Palestina la condición de “Estado observador” no miembro de la organización. Dicha resolución no implicaba la admisión de Palestina como miembro de la ONU ni el reconocimiento como Estado por parte de los Estados miembros. Con todo, aunque la admisión como miembro de una Organización Internacional de un Estado nuevo no implique un reconocimiento desde el punto de vista jurídico, en la práctica es muy importante. De este modo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas exigió que no se reconociera la existencia de un pretendido Estado turcochipriota o de falsos Estados reconocidos sólo por el régimen racista de Suráfrica (Transkei o Ciskei).

El reconocimiento también puede ser **incondicional o condicionado**. en la práctica europea reciente, existen ejemplos de condicionalidad en el reconocimiento. Así, la exigencia de los países de la Unión Europea respecto de los derechos de las minorías a los nuevos Estados del este de Europa, a cambio de ser reconocidos.

Finalmente, hay que señalar la doctrina del no reconocimiento, es decir, el deber de no reconocer situaciones creadas mediante el uso ilícito de la fuerza. En su opinión consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las *consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, el TIJ subrayó el carácter consuetudinario de este principio de ilegalidad de las adquisiciones territoriales resultantes del uso ilícito de la fuerza.

<sup>2</sup> CASANOVAS Y LA ROSA, O; RODRIGO, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, p.154.

## 4.2. Reconocimiento de gobiernos

El reconocimiento de gobiernos es una figura jurídica muy diferente por lo que respecta a su sentido, aunque presente formas muy similares, del reconocimiento de Estados. Así, el reconocimiento de un gobierno es un acto unilateral y voluntario, manifestado de forma expresa o tácita y llevado a cabo de forma individual o colectiva por los Estados, en que se declara que un gobierno surgido de un cambio revolucionario y anticonstitucional controla efectivamente el territorio y la población de un Estado que previamente ya existía. Es un acto de naturaleza política, pese a comportar consecuencias jurídicas.

Las condiciones para el reconocimiento de gobiernos son dos:

- a) la voluntad de reconocer y
- b) la existencia efectiva de un nuevo gobierno.

En todo caso, teniendo en cuenta la relevancia del principio de efectividad en el Derecho Internacional, así como la seguridad jurídica que debe presidir las relaciones internacionales, es posible sostener que todo gobierno efectivo y estable, esto es, capaz de ejercer con carácter continuo las funciones políticas del Estado, es un gobierno en el sentido del D.I., sin importar si ha nacido o no por la vía constitucional. Es lo que se llama **“doctrina de la efectividad”** o **doctrina Estrada**, que se llama así porque se halla contenida en una declaración hecha el 27 de septiembre de 1930 por el entonces Secretario de Relaciones Exteriores de México Genaro Estrada. Conforme a esta doctrina, habría obligación de reconocer a los gobiernos que ejercen un control efectivo sobre un territorio y la población que en él se asienta. La doctrina de la efectividad ha tenido repercusiones, especialmente en el continente americano, debido a convulsiones políticas prolongadas que han conllevado cambios en los gobiernos de dichos Estados. En realidad, esta doctrina se orienta a sustituir el reconocimiento expreso por el tácito, al referirse a la posibilidad de mantener (o retirar) los agentes diplomáticos acreditados. En definitiva, ese mantenimiento o retirada es un signo externo de la intención de reconocer (o no) al nuevo gobierno. España es partidaria de esta doctrina de la efectividad, y tradicionalmente, retira o mantiene sus agentes diplomáticos acreditados.

En cuanto a la **doctrina de la legalidad** o **“doctrina Tobar”**, ésta recibe su nombre de la doctrina formulada en 1907 por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores ecuatoriano Carlos Tobar. Conforme a dicha doctrina, “la manera más eficaz de poner término a los cambios violentos de gobierno inspirados en la ambición consiste en que los Estados se nieguen a reconocer a los gobiernos transitorios, nacidos de las revoluciones, hasta que demuestren que gozan del apoyo de sus países”, apoyo que debería reflejarse en el asentimiento de una Asamblea representativa. Esta aprobación por una Asamblea u otro órgano representativo es lo que ha conducido a la otra denominación de la doctrina: “legitimidad constitucional”.

La doctrina Tobar tuvo sus prolongaciones en formulaciones posteriores dentro del continente americano. Otra de las aplicaciones del criterio de la legalidad la representa la llamada doctrina Larreta, formulada en 1944 por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay Eduardo Rodríguez Larreta, la cual propugna la adopción de una posición colectiva o concertada por parte de los distintos países americanos respecto de

los gobiernos surgidos por vías de hecho, en defensa de los principios de la democracia y de la solidaridad americana.

## PRÁCTICA ESPAÑOLA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE ESTADOS Y DE GOBIERNOS:

### Reconocimiento de Estados: el caso de Kosovo

España reconoce en la actualidad a la práctica totalidad de las entidades estatales. Así, reconoció a Israel en 1986 y también a las Repúblicas surgidas de la disolución de la antigua URSS y de la antigua Yugoslavia, empezando por las Repúblicas Bálticas, Estonia, Letonia y Lituania, aunque, al haber reconocido en 1940 su anexión, no reconoció su independencia hasta que lo hizo la Unión Soviética. La fórmula consistente en el acuerdo recíproco de establecer (o restablecer, en el caso de los tres Estados bálticos) relaciones diplomáticas y proceder en el más breve plazo posible a la acreditación de embajadores, ha sido utilizada en la práctica española reciente en relación con los nuevos Estados surgidos en la Europa central y oriental.

### Caso de Kosovo

El caso de Kosovo merece una atención especial, puesto que España presentó su posición ante el TIJ en el caso de la Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la cuestión de la conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, de 22 de julio de 2010. En esta Opinión, por diez votos contra cuatro, el Tribunal considera que la declaración de independencia de Kosovo adoptada el 17 de febrero de 2008 no había vulnerado el Derecho Internacional, puesto que ni había violado el Derecho Internacional General, ni la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ni el marco constitucional, adoptado en nombre de la MINUK por el representante especial del Secretario General.

Comenzando por la cuestión de si son lícitas las declaraciones de independencia en Derecho Internacional General, el Tribunal señaló que, en el curso de la segunda mitad del siglo XX, el Derecho Internacional, en materia de autodeterminación, había evolucionado para dar lugar a un derecho a la independencia en beneficio de los pueblos de territorios no autónomos y de aquellos sometidos a dominación extranjera. Fuera de ese contexto, a juicio de la Corte, también se habían producido declaraciones de independencia, y nada hacía deducir que había aparecido una nueva norma de Derecho Internacional prohibiendo que dichas declaraciones fueran hechas.

Ante el argumento, formulado por varios Estados (entre ellos, España) de que la prohibición de las declaraciones unilaterales de independencia estaba implícitamente contenida en el principio de integridad territorial, el Tribunal se fundamenta en el art.2.4 de la Carta de la ONU, en la Resolución 2625 (XXV) “Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, y en el Acta Final de la conferencia de Helsinki sobre la seguridad y la cooperación en Europa de 1 de agosto de 1975, y llega a la conclusión de que el alcance del principio de integridad territorial, tal y como está formulado en estos instrumentos, se limita a la esfera de las relaciones entre Estados, por lo que aquí no sería de aplicación. Posteriormente, el TIJ señala que la ilicitud de las

Declaraciones de independencia relativas a las situaciones de Rhodesia del Sur, Chipre o la República Srpska, hacía referencia al uso ilícito de la fuerza o a la contravención de normas de ius cogens, elemento que no se daba en el caso de Kosovo.

La situación actual es que solo 5 de los Estados de la UE no reconocen a Kosovo como Estado. Así, Eslovaquia, Grecia, España, Rumanía y Chipre se niegan a dar su reconocimiento internacional a Kosovo. La Unión Europea tiene catalogado Kosovo como candidato potencial al ingreso y mantiene un acuerdo de estabilización y asociación. Con todo, hemos de señalar que la postura de España, mantenida ante el Tribunal Internacional de Justicia, cuenta con el sustento del Derecho Internacional Público.

#### Reconocimiento de gobiernos

En cualquier caso, la práctica española en materia de reconocimiento de gobiernos ha venido inspirándose en general en la doctrina Estrada, limitándose a mantener o retirar a los agentes diplomáticos enviados al Estado en cuestión, según se estime conveniente, En definitiva, no ha hecho más que sustituir el reconocimiento expreso por el implícito. Esta doctrina ha sido utilizada por España en Latinoamérica, y en particular en Cuba, para justificar la continuidad de las relaciones diplomáticas evitando emitir juicios de valor sobre el régimen político de los Estados afectados, sobre todo en las relaciones con los países iberoamericanos.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, al aplicar el criterio de la efectividad, España se ha visto en situación de decidir, no ya sólo en términos de establecer o mantener relaciones diplomáticas, sino incluso en términos de otorgar su reconocimiento formal, como ocurrió en el caso de la República Popular de China, en relación con el cual los dos gobiernos decidían establecer relaciones diplomáticas a nivel de Embajada a partir del 9 de marzo de 1973 y el Gobierno español declaraba por su parte que “reconoce al Gobierno de la República Popular de China como el único Gobierno legal de China y reconoce la posición del Gobierno chino según la cual Taiwan es una provincia de la República Popular de China y ha decidido suprimir su representación oficial en Taiwan antes del 10 de abril de 1973”.

Un caso singular es el de Venezuela, de modo que España, en febrero de 2019, reconoció a Guaidó como presidente encargado de Venezuela. La doctrina de la efectividad o doctrina Estrada implicaría continuar las relaciones diplomáticas con Maduro puesto que es, de hecho, el gobierno de facto de dicho país. España ha intentado no traicionar su tradición jurídica de sustentar la doctrina de la efectividad, al tiempo que muestra un cierto reconocimiento a Guaidó. Un equilibrio, en todo caso, difícil de mantener.

#### 5. La sucesión de Estados

La causa de que produzca una sucesión de Estados o sustitución de un Estado por otro es siempre una modificación territorial de conformidad con el Derecho Internacional. En relación a este tema deben tenerse en cuenta dos Convenciones:

- |   |
|---|
| <p>a. La Convención de Viena de 23 de agosto de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de tratados.</p> <p>b. La Convención de Viena de 8 de abril de 1983 sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas del Estado.</p> |
|---|

Noción: Según las dos convenciones se entiende por sucesión de Estados, a efectos de su aplicación: “la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio” (art.2.1.b (1978) y 2.1.a (1983)).

Tipología:

1. Transferencia de parte de un territorio a otro Estado (Ej. Alsacia y Lorena: de Alemania a Francia después de la guerra franco-prusiana)
2. Estados de reciente independencia; caso de la descolonización.
3. Unificación de Estados; dos o más Estados se unen extinguiéndose la personalidad de ambos y formándose un nuevo sujeto de D.I. (Ej. Tanganica y Zanzibar: Tanzania)
4. Separación de parte o partes del territorio de un Estado dando lugar a la formación de uno o varios Estados sucesores (Ej. Etiopía y Eritrea)
5. Disolución; un Estado se disuelve y deja de existir, formando las partes del territorio del Estado predecesor dos o más Estados sucesores (Ej. Checoslovaquia: Chequia y Eslovaquia)

Las modificaciones ilícitas del territorio y la sucesión de estados

Una modificación territorial en violación del Derecho Internacional no puede dar lugar a la aplicación de las reglas de sucesión de Estados; no da lugar a la sustitución por el Estado ocupante en los derechos y obligaciones del Estado ocupado. Las normas que avalan dicha teoría son: la Resolución 2625 de A.G; la Resolución 3314 de A.G.; la Carta de la OEA; y los Convenios de Viena de 1978 y 1983 en materia de sucesión.

La sucesión de Estados en materia de tratados internacionales

La regulación se encuentra en la Convención de Viena de 23 de agosto de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de tratados. Se trata de la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio.

Los criterios aplicables son los siguientes:

1. Criterio de la continuidad: El Estado sucesor queda obligado por los tratados celebrados por el Estado predecesor, a fin de garantizar una continuidad jurídica. Ésta es la regla general.
2. Criterio de la movilidad: Dejan de estar en vigor los tratados del Estado predecesor respecto de la parte del territorio que cambia de Estado, entrando en vigor los del Estado sucesor (sucesión respecto de una parte del territorio).
3. Criterio de la tabla rasa: El Estado sucesor no quedaría obligado por los tratados concluidos por el Estado predecesor, aunque sí tendría derecho a ser parte en los mismos si es su voluntad. Aplicable en los casos de descolonización. Este criterio tiene dos

excepciones: los tratados que establezcan fronteras y regímenes fronterizos (art.11); y los tratados que establezcan regímenes territoriales (art.12)

### Efectos de la sucesión de Estados respecto de la cualidad de miembro de una Organización Internacional

Se aplica el principio general a favor de la NO sucesión en la condición de miembro de las organizaciones internacionales. Este principio no se aplica a los casos de continuidad en la identidad del Estado (Unión soviética- Rusia).

### Efectos en cuanto al ámbito económico público

La regulación se halla en la Convención de Viena de 8 de abril de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado. La sucesión de Estados en materia de bienes ha de hacerse mediante acuerdo inspirado en los principios de territorialidad y distribución equitativa. Tradicionalmente, la regla es que los bienes de dominio público (aeropuertos, escuelas, hospitales, cuarteles, etc..) pasan al Estado sucesor. También pasarán a los Estados de reciente independencia los archivos de Estado que, habiendo pertenecido al territorio al que se refiere la sucesión de Estados, se hubieran convertido, durante el periodo de dependencia, en archivos del Estado predecesor. En cuanto a las deudas, la regla básica es que habrá de establecerse mediante acuerdo la proporción en que cada Estado sucesor asuma las deudas del Estado predecesor.

### BIBLIOGRAFÍA:

- CASANOVAS, O, Y RODRIGO, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6ªed., 2017, pp.151-175
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Los Tribunales Penales Internacionales” en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 275-297.

### PÁGINAS WEB:

- Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la cuestión de la conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, de 22 de julio de 2010 <https://www.icj-cij.org/en/case/141>

## Tema 6

**La inmunidad del Estado: concepto y fundamento. La inmunidad de jurisdicción. La inmunidad de ejecución. La Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. La práctica española.**

Sumario: 1. Contexto. 2. La inmunidad del Estado: concepto, fundamento y alcance. 3. La inmunidad de jurisdicción. 4. La inmunidad de ejecución. 5. La Ley Orgánica de 2015 sobre Privilegios e Inmunidades. 6. La práctica española.

### 1. Contexto

En estas páginas nos referiremos a la inmunidad del Estado exclusivamente, aunque existen otras, como por ejemplo las inmunidades diplomáticas (Tema 9), las consulares (Tema 10), de los órganos centrales del Estado encargados de las relaciones internacionales (Tema 8). En este tema abordaremos en primer lugar el concepto y el fundamento de la inmunidad estatal, para pasar posteriormente a estudiar la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución desde la perspectiva internacional, con carácter previo al análisis de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y reuniones Internacionales celebradas en España (en adelante, L.O. 16/2015), para concluir con la práctica española, que resulta especialmente rica en lo que a la inmunidad de ejecución se refiere.

### 2. La inmunidad del Estado: concepto y fundamento

Las inmunidades estatales encuentran fundamento en el principio de igualdad soberana de los Estados (artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas) que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional en la Sentencia 140/1995 (Fundamento Jurídico 9), limitan la soberanía del Estado. La explicación del Tribunal Constitucional derivaba del contenido del artículo 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que contenía una remisión a las normas de Derecho Internacional público<sup>1</sup>, puesto que es este ordenamiento el que otorga obligaciones y derechos a los Estados, encontrándose las inmunidades entre ellas.

La inmunidad de jurisdicción implica la imposibilidad de ejercer jurisdicción sobre un Estado extranjero por parte de los tribunales de otro (tribunales del foro). Esta es la primera materialización de las inmunidades en aparecer lo que se produjo como consecuencia de

<sup>1</sup> En la redacción actual del precepto se incorpora también la referencia a la legislación española.

la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto del Schooner Exchange v. McFaddon & Others, en 1812<sup>2</sup>, que reconoció la inmunidad de jurisdicción de los buques de guerra extranjeros. Desde entonces, se puede afirmar que la inmunidad de jurisdicción gozaba de un alcance materialmente absoluto, con independencia del tipo de actos que desarrollaran los Estados. Sin embargo, si bien en un primer momento los comportamientos estatales se circunscribían principalmente a funciones soberanas, con el paso del tiempo se expandieron hacia otras principalmente el económico, por lo que la jurisprudencia de algunos Estados comenzó a restringir su alcance. Reducción que suscita varios problemas: 1) la identificación de lo que se considera por Estado; 2) la necesidad de conocer los comportamientos fuera del alcance de la inmunidad; 3) como consecuencia de la reducción o la relativización de la inmunidad de jurisdicción surge el problema de la ejecución de las sentencias dictadas por los órganos judiciales nacionales así como la identificación de sus límites. En este apartado nos referiremos al primero de ellos, en los posteriores veremos el segundo (en el apartado 3) y el tercero (en el apartado 4).

El primer elemento a determinar es lo que se entiende por Estado para la aplicación de la inmunidad. En este sentido, la Convención de 2005<sup>3</sup> (artículo 2.1.b), establece que será:

- i) el Estado y sus diversos órganos de gobierno;
- ii) Los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado, que están facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana y que actúen en tal carácter;
- iii) Los organismos o instituciones del Estado u otras entidades, en la medida en que estén facultados para realizar y realicen efectivamente actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado;
- iv) Los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter”

En relación con el apartado iii), cuando se refiere a los organismos del Estado, como los “bancos centrales, los organismos autónomos o las empresas públicas”<sup>4</sup>, hemos de entender el Segundo informe del Relator especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, se explica (parágrafo 41) indicando que solo se beneficiarán de la inmunidad cuando actúen “en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado y sólo cuando actúen como órhanos o agentes de ese Estado”.

Por otra parte, conceptualmente, todos los Estados (reconocidos o no) gozan de inmunidad ante los tribunales de todos los Estados, en tanto que se trata de un derecho derivado del principio de igualdad soberana del que, de conformidad con la Carta de las

<sup>2</sup> Ver en: The Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 147 (1812), en ella, el Juez Marshall afirmó: “National ships of war are viewed as been exempted by consent of the power of the friendly jurisdiction whose port the ship enters.” (p. 136)

<sup>3</sup> Resolución 59/38 de la Asamblea General de 2 de diciembre de 2004. A 10 de noviembre de 2020 solo cuenta con 22 Estados parte y 28 firmantes, precisándose 30 manifestaciones del consentimiento en obligarse para la entrada en vigor. La relación de Estados puede verse en: [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280057946&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280057946&clang=_en)

<sup>4</sup> En este sentido, A. REMIRO, R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA, L. PÉREZ-PRAT, en *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 572.



Naciones Unidas, son titulares todos ellos. Sin embargo, habrá que observar la práctica estatal para poder responder adecuadamente a la cuestión planteada<sup>5</sup>.

Por último, recordemos tres aspectos respecto de la inmunidad: 1) carecemos de normas convencionales mientras la Convención aún no ha entrado en vigor, pero contamos con normas internacionales de naturaleza consuetudinaria; 2) los modos de hacer efectiva la inmunidad; y, 3) su carácter renunciable. En cuanto al segundo, el artículo 6 de la Convención de 2005, indica su apreciación de oficio, si bien hay que tener en cuenta que un proceso “se entenderá incoado contra un Estado extranjero” cuando es parte o cuando, sin serlo, el proceso “tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades” de aquel. En cuanto al carácter renunciable, es posible que el Estado consienta expresamente al ejercicio puntual (solo para el litigio concreto) de jurisdicción por los tribunales de los tribunales del foro, a través de un acuerdo internacional, por medio de un contrato, o por una declaración (oral o escrita) ante el tribunal (artículo 7), aunque cabe que el consentimiento se desprenda del comportamiento del Estado, como cuando el Estado extranjero ha incoado el procedimiento (artículo 8) o si “ha realizado cualquier otro acto en relación con el fondo.”

### 3. La inmunidad de jurisdicción

De acuerdo con el segundo informe del Relator especial antes indicado, la Convención de 2005 entiende por jurisdicción no sólo

“el derecho de los Estados soberanos a no estar sometido al ejercicio del poder de decidir que normalmente asume el juez o el magistrado dentro de un ordenamiento jurídico, sino también al derecho a no estar sometidos al ejercicio que, de todos los demás poderes administrativos y ejecutivos, hagan mediante cualesquiera medidas o procedimientos, las autoridades del Estado territorial” (parágrafo 30).

El contenido de la inmunidad, como indica el Preámbulo de la L.O. 16/2015, es básicamente de naturaleza procesal y se aplica desde la incoación del proceso a lo largo del mismo, incluyendo evidentemente las medidas provisionales. Por lo que se refiere a su alcance, resulta difícil encontrar el momento a partir del cual, con carácter general, se produce la evolución desde la inmunidad absoluta hasta la restringida, al ser fruto de la jurisprudencia nacional de algunos Estados, en un intento de proteger los intereses de los particulares que hubieran podido contratar con aquellos, que veían frustradas sus reclamaciones como consecuencia de tal extensión de la inmunidad del Estado<sup>6</sup>. Para ello, cuando los tribunales estatales debían resolver un litigio en el que una de las partes era un Estado han utilizado para decidir la práctica judicial de otros Estados<sup>7</sup> o la legislación comparada<sup>8</sup> o ambas<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Id. nota anterior, p. 573.

<sup>6</sup> Pese a ello, se desprende del artículo 5 de la Resolución adoptada en el Sesión de Hamburgo (1891) del Instituto de Derecho Internacional, que contiene el Proyecto de reglamento internacional sobre la competencia de los tribunales en los procesos contra los Estados, soberanos o jefes de Estado extranjeros. [https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1891\\_ham\\_01\\_fr.pdf](https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1891_ham_01_fr.pdf)

<sup>7</sup> Pueden verse en este sentido los párrafos 28 y siguientes del Informe preliminar sobre las inmunidades de los Estados y de sus bienes, en el *Anuario de la CDI*, 1979, vol. II, primera parte, p. 239.

<sup>8</sup> Id. nota anterior, p. 238-239, párrafos 24 y ss.

<sup>9</sup> Es el caso del Fundamento Jurídico cuarto de la Sentencia 107/92 del Tribunal Constitucional español.

La inmunidad de jurisdicción restringida implicaba averiguar los supuestos respecto de los cuales cabía el ejercicio de esta jurisdicción (actos iure gestionis, en los que el Estado actúa como puede hacerlo un particular -ámbitos comerciales, laborales o civiles-), manteniendo en el resto de ellos la inmunidad estatal (los actos iure imperii, realizados en ejercicio del poder público). Para establecer la diferencia entre ellos se utilizaron diferentes criterios, como atender a la naturaleza del acto en cuestión (actos iure imperii o iure gestionis) o a su finalidad (pública o privada), que no resolvían con carácter general el problema, pues los tribunales estatales podrían aplicar uno u otro. A ello habría que añadir que quienes califican el comportamiento en presencia son los tribunales estatales encargados de resolver el litigio, por lo que la calificación dependerá de la decisión de estos últimos. La reciprocidad tampoco nos ayuda a alcanzar una solución que nos permita resolver la cuestión.

La solución más adecuada, como indicaba el Relator especial en el informe preliminar de la CDI sobre las inmunidades de los Estados, era formular en primer lugar la inmunidad de los Estados especificando posteriormente las actividades que quedarían sometidas a la jurisdicción territorial de otro Estado (parágrafo 69), postura convincente que se ha mantenido en la versión final de la Convención (artículo 5). En la Parte III de este texto convencional, bajo la rúbrica “Procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer”, se encuentran -salvo que las partes acuerden lo contrario- los siguientes:

- 1) las transacciones mercantiles (artículo 10), cuyo concepto se encuentra definido en el artículo 2.1.c del mismo texto convencional;
- 2) los contratos de trabajo (artículo 12) cuando la persona natural haya sido contratada para ejecutar total o parcialmente las labores para las que se le contrató total o parcialmente en el territorio del Estado del foro y siempre que no se trate de contratación de agentes diplomáticos o consulares, ni de personal diplomático de misiones especiales u otra persona que goce de inmunidad;
- 3) las acciones “de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones a una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado” (artículo 12);
- 4) litigios que versen sobre derechos o intereses de un Estado extranjero relativos a la propiedad, posesión y uso de bienes muebles e inmuebles. inmuebles situados en el Estado territorial o derechos (artículo 13);
- 5) procesos relativos a la determinación de derechos de propiedad intelectual e industrial del Estado extranjero en el Estado del foro o a la alegación de una lesión de estos derechos por parte de éste (artículo 14);
- 6) participación en sociedades u otras colectividades (artículo 15),
- 7) los litigios sobre los buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado (artículo 16);
- 8) procesos relativos a los efectos de un convenio de arbitraje sobre la validez, interpretación o aplicación de éste, su procedimiento o su anulación o confirmación, evidentemente, salvo que el convenio en cuestión disponga lo contrario (artículo 17).

En consecuencia, cuando nos encontremos ante uno de estos supuestos no será efectiva la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, por lo que los tribunales del foro podrán entrar a conocer del fondo del asunto.

#### 4. La inmunidad de ejecución

La reducción del alcance de la inmunidad de jurisdicción (la evolución desde la inmunidad absoluta a la inmunidad relativa o restringida) provoca la existencia de sentencias que el Estado extranjero puede no ejecutar voluntariamente, generando así la inmunidad de ejecución, hasta entonces ignorada, debido a la inexistencia de decisiones a ejecutar. De nuevo, hemos de enfrentarnos al alcance de la inmunidad, en este caso de ejecución: el alcance absoluto y el relativo. De nuevo, hemos de enfrentarnos al alcance de la inmunidad, en este caso de ejecución: absoluto o relativo. Esta evolución de la inmunidad absoluta hacia el relativismo es más lenta ya que, como ha indicado J. Díez-Hochleitner “los tribunales estatales han sido generalmente más reacios a admitir excepciones a la inmunidad del Estado extranjero frente a medidas coercitivas que frente al ejercicio de jurisdicción”<sup>10</sup>, debido a que las medidas coercitivas “atentan de forma más abierta contra la soberanía del Estado extranjero y, por supuesto, contra su ‘dignidad’ y su ‘imagen’”<sup>11</sup>.

Obsérvese que pese a la relación existente entre la inmunidad de jurisdicción y la de ejecución, la eventual renuncia a la primera no alcanza a la segunda, de modo que el Estado tendrá que consentir expresamente a la adopción de medidas coercitivas (artículo 19), pues la Convención 2005 proclama que solo en presencia de consentimiento expreso del Estado extranjero podrán adoptarse medidas coercitivas anteriores al fallo contra los bienes de éste último (artículo 18), lo que evidencia el alcance absoluto en este punto. Pese a ello, la misma Convención establece la posible ejecución siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 19, que se reducen a las siguientes: en primer lugar, el ya indicado consentimiento del Estado, en segundo término, la identificación por parte del Estado de los bienes sobre los que proceder a la ejecución forzosa, sometiendo la tercera opción la posible ejecución a tres condiciones: la primera, que los bienes sobre los que proceder a la ejecución se utilicen para fines iure gestionis; la segunda, que estén situados en el territorio del foro; y, por último, “que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el procedimiento”.

En todo caso, la ejecución no podrá producirse contra las categorías de bienes especialmente protegidos, por los que el artículo 21 entiende los siguientes:

- 1) Los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus

<sup>10</sup> J. DÍEZ-HOCHLEITNER, “La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero en la Convención de 2004 y en la Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades”, en J. MARTIN y PÉREZ DE NANCLARES (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Cuadernos de la Escuela Diplomática nº 55, Madrid, 2016, pp. 80 y ss. El texto transcrito se encuentra en la p. 81

<sup>11</sup> A. REMIRO, R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA, L. PÉREZ-PRAT, en *Derecho Internacional.. op. Cit. Supra*, p. 575.

- misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;
- 2) Los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares;
  - 3) Los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado;
  - 4) Los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni están destinados a ser puestos en venta;
  - 5) Los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta”

La relación es incompleta, pues a ella hay que añadir los bienes que se encuentran protegidos por otros textos convencionales, es el caso de los buques (Convención de Jamaica de 1982 sobre el derecho del mar) y las aeronaves de Estado (Convenio de Chicago de 1944 sobre aviación civil), que sí se incorporan en el artículo 20 de la L.O. 16/2015.

### **5. La ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España**

Como indica J. Martín y Pérez de Nanclares concurren argumentos suficientes para sostener la conveniencia de elaborar una Ley Orgánica que contuviera los privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y reuniones Internacionales celebradas en España<sup>12</sup>. De acuerdo con el mismo autor, el ordenamiento español previo a la L.O. 16/2015, en la medida en que contenía una remisión al Derecho Internacional, cumplía con las normas existentes en la materia. Sin embargo, esta situación provocaba problemas interpretativos puesto que este último carecía de respuestas a las cuestiones que este ámbito material suscitaba, en ausencia de normas convencionales en vigor, resultando insuficientes para ello las normas consuetudinarias resultan insuficientes.

El contenido de la Ley excede a las inmunidades de los Estados extranjeros en España, objeto al que dedica su Título I, el más extenso cuantitativamente (artículos 1 a 20 de los 56 de los que se compone). En todo caso desde una perspectiva sustantiva la L.O.16/2015 en este Título Primero es semejante a la Convención de 2005, pues incorpora el contenido sustantivo de ésta, por lo que se advierten escasas diferencias. Pese a ello, una de ellas cuenta con subrayada importancia, pues se suprime el “nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso”, del artículo 19.c de la Convención de 2005, lo que facilita la eventual ejecución, a pesar de los problemas jurídico-internacionales que pudieran derivar de su aplicación.

Junto con lo anterior, la L.O. 16/2015 establece los privilegios e inmunidades del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero (Título II), las inmunidades de los buques de guerra y de los buques y aeronaves de Estado

<sup>12</sup> J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “¿Porque una ley de inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/ 2015 de privilegios e inmunidades”, en J. MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES (dir), *La Ley Orgánica... op. Cit. supra*, pp. 7 y ss. la referencia del texto se encuentra en las páginas 15-16.

(Título III), el estatuto de las Fuerzas armadas visitantes (Título IV), los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales con sede u oficina en España (Título V), los privilegios e inmunidades aplicables a las conferencias y reuniones internacionales (Título VI), dedicando su Título VII a cuestiones procedimentales.

## 6. La práctica española

La práctica española encuentra su punto de inflexión en el año 1986 como consecuencia de dos sentencias del Tribunal Supremo<sup>13</sup>, en las que se acoge la inmunidad de jurisdicción restringida, versando ambos supuestos sobre despidos improcedentes en sendas misiones diplomáticas extranjeras en España. La Sentencia 107/1992 del Tribunal Constitucional se enfrentó a si la inmunidad de ejecución del Estado extranjero vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva proclamada en nuestra Constitución. Entonces, el Tribunal Constitucional afirmó que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho limitado por la Ley, encontrándose la inmunidad del Estado extranjero entre esas limitaciones (Fundamento Jurídico segundo). Por lo que, el artículo 24.1 de la Constitución se vulneraría si se dotara a la inmunidad de ejecución de una “indebida extensión o ampliación por parte de los Tribunales ordinarios del ámbito que es dable atribuir a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros en el actual ordenamiento internacional”, lo que provocaría la reducción de las posibilidades de conseguir la efectividad del fallo sin motivo legal alguno (Fundamento Jurídico tercero).

El juez ha de observar su deber de diligencia en la ejecución de la Sentencia contra un Estado extranjero, pues lo contrario podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1997, de 10 de febrero. En ella, el tribunal afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en la Constitución no exige la solvencia del demandado, pero sí el agotamiento por parte del juez de todas las vías de las que dispone conforme al ordenamiento jurídico para investigar los bienes con los que cuenta el Estado extranjero en el territorio del foro (Fundamento Jurídico octavo).

Por lo que se refiere a los bienes sobre los que se puede (o no) ejecutar un fallo contra un Estado extranjero, aquella Sentencia 107)2 afirmaba la imposibilidad de proceder a la ejecución sobre las cuentas corrientes del Estado extranjero en el territorio del foro, por la presunción de que sus fondos se destinan al correcto funcionamiento de la Misión diplomática y la Oficina consular. Pero, incluso, si no fuera así en su totalidad, y se empleara parcialmente para otros fines diferentes, no podrían embargarse debido tanto al:

“carácter único e indivisible del saldo de la cuenta corriente, como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática, lo que supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del Derecho internacional público.”<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Sentencias de 10 de febrero de 1986 en el asunto E.M.B. contra Guinea Ecuatorial y de 1 de diciembre del mismo año Diana Abott c. Sudáfrica, que dio origen a la Sentencia 107/1992 del Tribunal Constitucional.

<sup>14</sup> El texto transcrito se encuentra en el Fundamento Jurídico quinto.

La jurisprudencia posterior ha profundizado en el alcance relativo de la inmunidad de ejecución, así la Sentencia 176/2001 del Tribunal Constitucional entendió la inembargabilidad de unas plazas de garaje, de las que era titular el Consulado francés en Bilbao por destinarse a actividades oficiales. Por su parte, la indemnización debida por el despido improcedente de la Scuola Statale Italiana de Madrid, de acuerdo con la Sentencia de 22 de enero de 2002, ha de ejecutarse como si de un centro de enseñanza público español se tratara, por:

“razones de reciprocidad y de respeto al principio de derecho internacional de igualdad de trato entre estado soberanos, exigen que la ejecutoria deba llevarse a cabo en los mismos y concretos términos que la legislación española prevé para las administraciones públicas”<sup>15</sup>.

El Tribunal Constitucional también ha considerado que cabe la ejecución forzosa contra un Estado sobre las “cantidades correspondientes a la devolución del IVA al considerar, razonadamente, que las mismas provenían tanto de actuaciones iure imperio como de actividades privadas.<sup>16</sup>” En consecuencia, los tribunales españoles han procedido a la ejecución de las sentencias contra Estados extranjeros en la medida de lo posible, aunque como apunta A.G. López Martín, la práctica jurisprudencial española en este punto “ha mejorado ostensiblemente en los últimos años” y los tribunales Superiores de Justicia “han demostrado ser los más progresistas en la materia<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Auto de 10 de abril de 2002 del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, JUR 2002/216230

<sup>16</sup> Fundamento Jurídico 2 del Auto 112/2002 del Tribunal Constitucional de 1 de julio.

<sup>17</sup> A. G. LÓPEZ MARTÍN, “Práctica jurisprudencial española en materia de inmunidades estatales”, en J. MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES (dir.), *La Ley Orgánica... op. Cit. Supra*, pp. 117 y ss. Las referencias del texto se encuentran en pp. 141-142.

## Tema 7

**Otros sujetos de Derecho Internacional. Las Organizaciones internacionales. El individuo. Los pueblos y el principio de libre determinación; los movimientos de liberación nacional. Beligerantes e insurrectos. Los sujetos de tradición histórica: El caso de la Santa Sede y la Orden de Malta. Casos especiales.**

Sumario: 1.Introducción: la subjetividad más allá del Estado. 2 El fenómeno de las organizaciones internacionales y su subjetividad. 3. La doble legitimación del individuo en el Derecho Internacional. 4. Los pueblos y la evolución del derecho a la libre determinación. 5. Los beligerantes. 6. Los sujetos de tradición histórica y otros casos especiales.

### 1. Introducción: la subjetividad más allá del Estado.

Uno de los axiomas más repetidos es que el Estado es el sujeto por excelencia del ordenamiento jurídico internacional. Es bien sabido que, en este sistema jurídico, el Estado tiene un papel determinante como generador de normas de Derecho y como destinatario de estas. No obstante, este papel privilegiado no le otorga la exclusividad en el ámbito de la subjetividad internacional, ya que el fenómeno de las organizaciones internacionales dio lugar al reconocimiento progresivo de su subjetividad internacional y el proceso de humanización del Derecho Internacional también impulsó la subjetividad internacional del individuo.

En este tema se realiza una aproximación a esas cuestiones de subjetividad de las organizaciones internacionales y del individuo, que son estudiadas en mayor profundidad en otros apartados de este temario. Asimismo, se analizan algunos aspectos de la subjetividad internacionales de otras entidades como los pueblos y de otros casos particulares como los beligerantes y los sujetos de tradición histórica.

### 2. El fenómeno de las organizaciones internacionales y su subjetividad.

En la evolución de las relaciones internacionales durante la primera mitad del siglo XX tuvo gran relevancia el conocido fenómeno de las organizaciones internacionales. Este fenómeno estuvo impulsado por el desarrollo de los medios de transporte y las nuevas formas de comunicación que facilitaron los intercambios y acuerdos de todo tipo entre los Estados, generando así nuevos foros de encuentro en torno a los intereses comunes y compartidos. Las organizaciones internacionales, por un lado, facilitaron la gestión de esos intereses comunes (telecomunicaciones, correo postal, líneas de ferrocarril, comercio, etc.), al tiempo que fueron determinantes para acordar principios comunes en temas tan relevantes como la paz, el desarrollo o el proceso de descolonización. Por otro lado, el incremento de estas organizaciones, junto con su creciente importancia en la vida

internacional, llevaron a que pronto apareciera la necesidad de atribuir capacidad para litigar a estas entidades, lo que fue el germen del reconocimiento de su subjetividad internacional. Así, en el asunto sobre *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, el Tribunal Internacional de Justicia emitió un dictamen en el que admitía que “el crecimiento de las actividades colectivas de los Estados ha hecho surgir ejemplos de acciones ejercidas en el plano internacional por determinadas entidades que no son Estados” (C.I.J., *Recueil*, 1949, pp.178-179).

En conjunto, el desarrollo de este proceso confirmó el avance de una sociedad internacional basada en la yuxtaposición de los intereses de los Estados hacia a un nuevo contexto de cooperación interestatal, cuyo mejor ejemplo fueron la Sociedad de Naciones y la Organización de las Naciones Unidas. Ambas organizaciones supusieron un gran paso en la cooperación multilateral, siendo paradigmáticas de la evolución de las conferencias internacionales hacia la creación de una cierta estructura orgánica institucionalizada. En el caso de la Organización de las Naciones Unidas, su vocación universal hacia fines que van mucho más allá de la paz y seguridad internacionales (tales como el desarrollo, la libre determinación de los pueblos o la lucha contra la desigualdad) confirman su competencia *cuasi general* para fomentar la cooperación estatal en los ámbitos atribuidos en la Carta de la Organización.

En el plano jurídico, el mencionado dictamen del TIJ del año 1949 sobre *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* confirmó que, al admitir que los Estados había atribuido determinadas funciones a la Organización, se le debían reconocer las competencias necesarias para que pudiera hacer frente a sus derechos y obligaciones. Por todo ello, el TIJ afirmó que la Organización es “un sujeto de Derecho Internacional que tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes internacionales y para prevalerse de sus derechos por vía de reclamación internacional” ((C.I.J., *Recueil*, 1949, pp.179-180). Desde entonces, esa capacidad de litigar de las organizaciones fue desarrollada y confirmada por la jurisprudencia internacional hasta llegar al pleno reconocimiento de su subjetividad. Así, en 1980, otro dictamen consultivo del TIJ en el asunto sobre *Interpretación del acuerdo de 25 de marzo entre la OMS y Egipto*, afirmó, de forma contundente, que “la organización internacional es un sujeto de Derecho Internacional ligado en cuando tal por todas las obligaciones que le imponen las reglas generales del Derecho Internacional su acta constitutiva o los acuerdos internacionales en los que es parte” (C.I.J., *Recueil*, 1980, par.37).

Conforme a estas limitaciones, las organizaciones internacionales suelen definirse como las asociaciones voluntarias de Estados, creadas por acuerdo internacional, para realizar los fines de interés común a través de la acción de sus órganos. En el desarrollo de sus funciones, las organizaciones son capaces de expresar una voluntad propia, en tanto que sujeto de Derecho Internacional, que puede ser distinta de la de alguno de sus miembros y que se manifiesta a través de la capacidad de representación de sus agentes. Como corolario de esta subjetividad, podemos resumir las consecuencias de esta subjetividad en las siguientes consecuencias:

- Privilegios e inmunidades. Tal como se estudia en otros apartados del temario, entre los privilegios e inmunidades reconocidos a las organizaciones se encuentran la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución que se extiende a los bienes y archivos de la propia organización, si bien es frecuente que las organizaciones internacionales establezcan procedimientos de resolución de litigios con terceros. Asimismo, los locales gozarán de inviolabilidad, si bien los privilegios e inmunidades



tienen un carácter más funcional que propiamente diplomático<sup>1</sup> y, en la práctica, se extienden a otras cuestiones prácticas como las exenciones fiscales para la organización o sus agentes o las facilidades en el tránsito en frontera y en las comunicaciones.

- Capacidad de representación internacional. En esta competencia puede diferenciarse entre supuestos que implican, bien una toma de decisión de carácter jurídico, o bien un posicionamiento político de la organización.
  - Entre los primeros están las negociaciones y las actividades propias del *ius ad tractatum* y de la celebración de acuerdos internacionales por parte de las organizaciones. En efecto, el *treaty making power* es el mejor ejemplo de acción jurídica con dimensión exterior. La *Convención sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales*, adoptada por una conferencia reunida en Viena en 1986, estableció el marco jurídico general de esta competencia. A título de ejemplo, además del caso de la UE, los textos fundacionales de organizaciones como la Asociación Europea de libre Comercio y la Comunidad del Caribe contemplan la negociación y celebración de acuerdos con terceros Estados; otras como la UNESCO y la OCDE también se refieren expresamente a las relaciones con otras organizaciones internacionales.
  - Entre los segundos supuestos, tenemos las acciones de los agentes y funcionarios internacionales que impliquen una toma de posición de la organización que la comprometa en el plano político. Normalmente, este tipo de actuaciones se producen por parte de los funcionario o agentes que, en virtud de su propio cargo, tienen atribuidas de forma permanente funciones relacionadas con la política exterior o con las relaciones internacionales (entendidas en sentido amplio). Así, podemos mencionar como ejemplo las declaraciones del Alto Representante de Política Exterior de la UE o del Secretario General de las Naciones Unidas. También encontramos otras acciones de menor calado, como las actividades del personal de las delegaciones del Servicio Europeo de Acción Exterior, las misiones internacionales de carácter temporal de las organizaciones (como las misiones de Naciones Unidas y de la OSCE), los enviados especiales de las organizaciones u otros supuestos en los que el personal internacional tiene un mandato temporal con una "dimensión externa" a la propia organización.
  
- Derecho de legación. Este derecho debe estudiarse en su doble vertiente pasiva y activa.
  - La primera de ellas ha sido desarrollada mediante misiones permanentes de los Estados acreditadas ante las organizaciones internacionales, sean éstas de carácter universal (como las Naciones Unidas y sus agencias especializadas) o regional (como la UE, el Consejo de Europa o la OEA). A este respecto, es necesario subrayar que se trata de un derecho de legación en sentido estricto (ya que pueden ser misiones permanentes de Estados no miembros de las organizaciones) y que se establece una particular "relación triangular" entre el Estado que envía la representación, el Estado huésped y la propia Organización.

<sup>1</sup> En este sentido, suele mencionarse el artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas que establece que “La organización gozará, en el territorio de cada uno de sus miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos.”

- En cuanto al derecho de legación activa, las organizaciones internacionales pueden tener representantes acreditados ante sus Estados miembros (como en el caso de los coordinadores residentes del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), ante terceros Estados (como la Unión Europea hizo primero con las Delegaciones de la Comisión y después con el SEAE) y ante otras organizaciones internacionales (como las que establecen las organizaciones internacionales ante las distintas sedes de las Naciones Unidas). Cada organización internacional establece en el estatuto de sus agentes y funcionarios cómo debe operar la "legación activa" que les permitirá actuar en representación de la organización e, incluso, asumir compromisos internacionales en su nombre. La regulación de estas competencias y actividades externas se establece por medio de acuerdos que se adoptan en el seno de la propia organización, pudiendo adoptar la forma de disposiciones de derecho derivado obligatorias para los Estados miembros.

### 3. La doble legitimación del individuo en el derecho internacional.

Tal como se estudia en otros capítulos de este temario, el *proceso de humanización* vivido por el Derecho Internacional a lo largo del pasado siglo permitió la aprobación de instrumentos jurídicos que facilitaron que el individuo obtuviera una doble legitimación internacional, tanto en su vertiente *activa* como *pasiva* que le ha permitido tener una limitada capacidad de actuar. Esta doble legitimación permite afirmar que el individuo tiene, aunque de forma restringida a determinados ámbitos, cierta capacidad de actuar como sujeto del ordenamiento en dos ámbitos particulares: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (legitimación activa) y el Derecho Internacional Penal (legitimación pasiva). El reconocimiento de esos derechos y obligaciones del individuo ha sido posible gracias a la cooperación internacional y al desarrollo institucional que ha acompañado al Derecho de las organizaciones internacionales.

#### - Legitimación activa.

El conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional que configura el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concibe al individuo, y sus derechos humanos, como el principal bien jurídico objeto de protección. A través del conjunto de instrumentos de derechos humanos, los Estados han conferido al individuo (entendido como persona humana titular de derechos y obligaciones) la titularidad de derechos y obligaciones, al tiempo que le han permitido actuar en el plano internacional en los distintos foros y tribunales en los que las personas tienen capacidad de litigar o defender sus derechos frente a los Estados.

En el plano universal de la Organización de las Naciones Unidas, el mejor ejemplo de ello es el conjunto de mecanismos convencionales de derechos humanos, creados en virtud de tratados suscritos por Estados, que permiten a los individuos presentar reclamaciones o comunicaciones frente a las actuaciones de los Estados. El primer ejemplo fue el de la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, que fue seguido por otros tan relevantes como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que, a través de su Protocolo Facultativo, permite la legitimación activa del individuo. Ese mismo esquema de prevención y protección (respetuoso con la soberanía de los Estados gracias al requisito del agotamiento previo de los recursos

internos), fue adoptado en otros ámbitos merecedores de especial protección como, por ejemplo, los derechos de la mujer, los derechos del niño o, más recientemente, los derechos de las personas con discapacidad. Por su parte, en los espacios regionales (como los del Consejo de Europa y de la Organización de Estados Americanos) son bien conocidos algunos instrumentos jurídicos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que también facilitan el *ius standi* de los individuos y que han servido de ejemplo para otros muchos tratados.

#### Legitimación pasiva.

La vertiente pasiva de la subjetividad del individuo estuvo presente en los tribunales de Nuremberg, en los que los Estados exigieron responsabilidades a individuos por los crímenes especialmente graves de la Segunda Guerra Mundial. Los conflictos de Ruanda y de la antigua Yugoslavia también dieron lugar a la creación de los llamados *tribunales penales ad-hoc* encargados del enjuiciamiento de los tipos penales más graves. El punto de partida era la necesidad de actuar de los sujetos del ordenamiento internacional frente a la comisión de unos crímenes que no podían quedar impunes en contextos post-conflicto en los que las estructuras estatales no podían o no querían enjuiciar a los responsables. Desde un punto de vista normativo, el objetivo de era considerar al individuo como responsable del incumplimiento de determinados tipos penales (especialmente graves) que eran recogidos en tratados internacionales, es decir, como responsable de hechos internacionalmente ilícitos.

Esa vertiente pasiva de la subjetividad está en la base del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de junio de 1998, en torno al que se creó la primera jurisdicción internacional de carácter permanente encargada de juzgar a individuos que cometan “crímenes de trascendencia internacional”. Tal como se estudia en otros apartados de este temario, la jurisdicción de la Corte se relaciona con los Estados conforme al principio de complementariedad y también prevé mecanismos para iniciar investigaciones a instancia de un Estado, del Consejo de Seguridad o de la propia Fiscalía de la Corte. En síntesis, esta jurisdicción es una instancia judicial permanente, con vocación de universalidad, que permite el enjuiciamiento de los individuos cuando sean responsables de los tipos penales contemplados en el Estatuto, a saber: los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, así como el crimen de agresión.

#### **4. Los pueblos y la evolución del derecho a la libre determinación.**

El sujeto por excelencia para el Derecho Internacional siempre ha sido el Estado, pero en el período de entreguerras cobraron importancia nuevos conceptos como las nacionalidades y, sobre todo, el impulso de la libre determinación de los pueblos coloniales configuró un repertorio de derechos y obligaciones para esas entidades conocidas como *pueblos*. Dada la confusión terminológica que, en ocasiones, se produce respecto de su aplicación a situaciones no coloniales, es importante delimitar tanto el propio concepto de pueblo como el sentido y alcance de derecho a la libre determinación.

##### - El concepto de pueblo y sus clasificaciones.

El enfoque más idóneo para estudiar el concepto de pueblo es el que lo relaciona con el derecho de autodeterminación. La Carta de las Naciones Unidas menciona el

término de “los pueblos” y el de la “libre de determinación de los pueblos”. Su preámbulo comienza con la célebre cita de “nosotros los pueblos”, expresión similar a la que figura en el preámbulo de la Constitución estadounidense, que debe interpretarse conjuntamente con los artículos 3 y 4 que mantienen la exclusividad de los Estados para ser miembros de la Organización y con la afirmación del principio de no intervención del artículo 2.4. Con respecto a la libre determinación, el artículo 1.2 reconoce entre los propósitos de la Organización la necesidad de “fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”, lo cual fue un primer paso en el proceso de descolonización promovido por la Organización hasta nuestros días.

Para cumplir los propósitos del artículo 1.2, los capítulos XII (Régimen Internacional de Administración Fiduciaria) y XIII (El Consejo de Administración Fiduciaria)<sup>2</sup> de la Carta establecían todo un sistema de administración controlado por las Naciones Unidas sobre tres tipos de territorios: los territorios bajo mandato, los segregados de los países vencidos en la Segunda Guerra Mundial y los que voluntariamente quisieran ser administrados (*territorios fideicometidos*). Asimismo, en el Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas se incluyó la *Declaración relativa a territorios no autónomos*. Estas remisiones al sistema de administración fiduciaria y al principio de igualdad constituyeron el marco legal que permitió desarrollo normativo del principio de autodeterminación.

Las reivindicaciones de los territorios sometidos a dominación colonial no siempre coincidieron con las fronteras establecidas, por lo que pronto surgieron conflictos en torno a la pregunta de ¿qué es un pueblo?<sup>3</sup> En la determinación del concepto de pueblo hay un elemento *necesario* que es la voluntad de la población de constituirse como tal, si bien éste no es *suficiente* ya que necesita de la concurrencia de otros elementos objetivos. El conjunto de estos elementos objetivos (tales como la lengua, la religión, la historia, el territorio, la cultura y los demás elementos que conforman la identidad del pueblo) supone la interacción de los elementos nacionales con el propio Derecho Internacional que determinará la legitimidad del pueblo para reivindicar su derecho a la autodeterminación. La interpretación de estos elementos debe realizarse de forma complementaria para determinar, a través de su concurrencia simultánea, la identidad del pueblo en cuestión. Su estudio de forma separada presenta muchas dificultades; a título de ejemplo, la lengua no es determinante como elemento exclusivo de un pueblo, el territorio tiene un carácter eminentemente funcional y la historia siempre está sometida a una interpretación compleja y contextual. En resumen, con el concepto de pueblo nos referimos a una comunidad humana dotada de alguna forma de organización política cuya interpretación se caracteriza por ser dinámica y contextual (caracteres que también son inherentes al derecho a la autodeterminación). A pesar de la ambigüedad conceptual del término pueblo, está revestido de cierta subjetividad internacional, si bien el elenco de derechos que puede ejercer cada pueblo será

---

<sup>2</sup> Una vez que este órgano culminó con éxito su mandato, en la Cumbre de la Asamblea General de 2005 se acordó la supresión de los capítulos de la Carta que hacían referencia a sus actividades. Vid. Resolución de la Asamblea General 60/1, *Documento final de la Cumbre Mundial 2005*, de 24 de octubre de 2005, par.176.

<sup>3</sup> Para un análisis más detallado del concepto y de su interpretación, vid. JARILLO ARILLO ALDEANUEVA, A., *Pueblos y democracia en Derecho Internacional*, ed. Tirant lo Blanch, 2012 (en especial el capítulo II); “Doctrinal reflections on the concept of people in international law”, en *Spanish yearbook of international law*, N° 22, 2018, pp. 381-391.

determinado, caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias político-jurídicas de cada comunidad.<sup>4</sup>

Por último, antes de entrar al análisis de la autodeterminación, debemos subrayar que los pueblos, así entendidos, son entidades diferentes de lo que conocemos como *minorías*, las cuales son destinatarias del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es evidente que ambos conceptos son muy similares y contribuyeron mutuamente a la gestación de la autodeterminación tal como la entendemos hoy, pero este otro tipo de comunidades *intraestatales* son titulares de otros derechos reconocidos en el ordenamiento internacional y son objeto de otros muchos estudios por parte de la doctrina. Por ejemplo, SUMMERS subraya con acierto que, si bien no existe una clara diferenciación entre las minorías y los pueblos, el matiz más determinante es que aquellas no son titulares del derecho a la autodeterminación (entendido en toda su extensión), sino de otros derechos como los relativos a su lengua, su religión o su propia cultura.<sup>5</sup>

A pesar de la ambigüedad del concepto, en cada pueblo existe un núcleo de certeza razonable que permite su individualización y, conforme a sus características, le faculta para ser titular de derechos en el plano interno y en el ámbito internacional.

- El derecho a la libre determinación en su dimensión externa.

El origen de este concepto se encuentra en el proceso de descolonización que los Estados promovieron para que los pueblos sometidos a dominación colonial determinaran libremente su futuro, todo ello con el apoyo y asesoría de la Organización de las Naciones Unidas. Las referencias de la Carta a la autodeterminación de los pueblos las encontramos en los mencionados artículos 1.2 (Propósitos y principios de la organización) y 55 (Cooperación económica y social), así como en los capítulos XI, XII y XIII. En este marco, la *Declaración relativa a los territorios no autónomos* del capítulo XI hace referencia al “desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas” con relación al futuro de los territorios no autónomos.

Este sentido de la autodeterminación es el que conforma el núcleo esencial de lo que entendemos como la *dimensión externa* que, en esencia, se corresponde con la libertad de los pueblos coloniales para decidir sobre su futuro. Esta dimensión se refiere a los medios de adquisición de la soberanía, entre los que se encuentran la creación de un Estado soberano e independiente, la libre asociación con un Estado independiente o bien la integración con otro. Desde mediados del pasado siglo, la actividad de las Naciones Unidas estuvo marcada por la aceleración del proceso de descolonización y por el acceso de nuevos Estados a la independencia. El nuevo periodo se inició con la adopción de la

<sup>4</sup> En este sentido, creemos muy acertada la distinción que realizó el profesor RUILOBA entre la *capacidad jurídica* y la *capacidad de obrar* de los pueblos, asimilando las distintas capacidades propias de la personalidad de las personas físicas con las distintas actuaciones que pueden realizar los pueblos en la esfera internacional (RUILOBA SANTANA, E., “Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de pueblo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Mijaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979,, Vol.I, pp.335-336).

<sup>5</sup> SUMMERS, J., *Peoples and International law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, p.4: “While it is not clear whether minorities could also be peoples, they do not, in themselves, have a right of self-determination in international law. Instead, persons belonging to such minorities (note the focus on individuals members rather than a group) are considered to have certain minority rights, such as the right to use their own language, practice their own religion or enjoy their own culture.”

conocida *Carta Magna de la descolonización*,<sup>6</sup> cuyo preámbulo se refiere a los “pueblos dependientes” y al “fin del colonialismo en todas sus manifestaciones” (aspecto que es coherente con el propio título de la resolución, dedicado a los “países y pueblos coloniales”). La Asamblea General reorientaba así la posición originaria de las Naciones Unidas en torno a la autodeterminación, la cual limitaba el concepto de la autodeterminación a la necesidad de promover la “*liberación*” de los *pueblos sometidos a dominación colonial*.

En el cuerpo de la resolución se afirma en el punto segundo que “todos los pueblos tienen el *derecho* de libre determinación” (las cursivas son nuestras). La importancia de este punto es capital dado que reitera la necesidad de la libre determinación y lo configura expresamente como un *derecho*<sup>7</sup> y no ya como un *principio*.<sup>8</sup> En aquella época, el debate terminológico era de máximo interés, pero hoy día la doctrina mayoritaria estima que lo importante es la *fuerza normativa* del concepto jurídico en sí mismo considerado.<sup>9</sup> Podemos afirmar que, a partir de la Resolución 1514 (y más aún después de la aprobación de los Pactos de Nueva York), es procedente hablar no sólo de principio revestido de fuerza normativa sino de un verdadero derecho del que son titulares los pueblos en la medida en que sean destinatarios de los distintos instrumentos jurídicos internacionales.

La fuerza normativa del derecho se vio confirmada en el artículo primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que afirma: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.” Este derecho es de aplicación *erga omnes*, de forma que debe ser respetado tanto por los Estados formalmente reconocidos como por los demás pueblos. No obstante, para llegar a esta conclusión ha sido determinante la influencia de la jurisprudencia internacional que evolucionó desde el asunto de las *Islas Aaland*<sup>10</sup> hasta su reconocimiento en 1971, cuando el TIJ se mostró partidario de defender la fuerza jurídica de la autodeterminación como principio.<sup>11</sup> Años después, el TIJ se refirió de nuevo a la autodeterminación en el asunto del

<sup>6</sup> Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, *Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales*, de 14 de diciembre de 1960.

<sup>7</sup> Detrás de esta reivindicación se encontraban el grupo de países afro-asiático, el cual también reclamó el reconocimiento de la legitimidad de la lucha armada de los pueblos sometidos a dominación colonial o a regímenes políticos de carácter racista. Este grupo de países entendía la autodeterminación como un derecho en virtud del cual los Estados podían recurrir al uso de la fuerza cuando fuera necesario para hacer efectiva la liberación de los pueblos sometidos a dominación colonial o a regímenes racistas.

<sup>8</sup> El debate sobre la cuestión de concebirla como *Derecho* o como *Principio* había tenido lugar en el seno de la Tercera Comisión de la Asamblea General que, ya en 1955, tenía encomendada la redacción del articulado de los Pactos de Nueva York que aún tardarían una década en aprobarse. En ese contexto, el profesor MIAJA comentó: “En la Tercera Comisión tuvo lugar un empeñado debate en el que las delegaciones adversarias del proyecto de artículo adujeron que la libre determinación no era un derecho, sino un principio, la imprecisión de los términos ‘pueblo’ y ‘nación’, y el peligro de alentar la actitud separatista de algunas minorías” (MIAJA DE LA MUELA, A, *La emancipación de los pueblos coloniales y el derecho internacional*, ‘Lección inaugural del curso 1965-1966’, Anales de la Universidad de Valencia, Vol.XXXIX - Cuaderno I - Derecho, Valencia, 1965, p.98).

<sup>9</sup> A modo de ejemplo, BROWNLIE subrayó que la autodeterminación es un principio revestido de fuerza legal que informa el conjunto del ordenamiento jurídico internacional (BROWNLIE, I, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003., pp.553-555).

<sup>10</sup> Vid. *Journal Oficial de la Société des Nations*, Supl. Spécial N°3, octubre 1920, pp.3-19.

<sup>11</sup> Vid. *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, T.I.J., “Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l’Afrique du sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité”, 1971, p.31, par.52: “L’évolution ultérieure du droit international à l’égard des territoires non autonomes, tel qu’il est consacré par la Charte des Nations Unies, a fait de l’autodétermination un principe applicable à tous ces territoires ”.

*Sahara Occidental* reiterando el valor jurídico del principio<sup>12</sup> y analizando otros aspectos conexos como los vínculos existentes entre la metrópoli y la población de la colonia. En la década de los noventa, volvió a pronunciarse de forma rotunda en el asunto de *Timor Oriental*, reiterando así su valor normativo con alcance general<sup>13</sup>, tal como confirmó con ocasión del *Asunto del Muro en territorio palestino*.<sup>14</sup> Tomando como referencia toda esta jurisprudencia, el derecho a la autodeterminación debe considerarse como una norma de *ius cogens* con una fuerza normativa privilegiada.

El derecho de autodeterminación de los pueblos es concebido en la actualidad como una norma de Derecho internacional general y tiene una fuerza normativa privilegiada al ser reconocida como norma de *ius cogens* dentro del ordenamiento jurídico internacional.

- La consolidación del derecho y su reflejo en la dimensión interna.

A medida que avanzó el proceso de descolonización, el derecho de autodeterminación desarrolló la llamada *dimensión interna*, que incluye aspectos como el derecho de los pueblos a regular su propia convivencia, a participar en los asuntos públicos y a elegir a sus gobernantes mediante procedimientos electorales. Podemos decir que esta dimensión interna implica concebirlo como un derecho que no culmina con la mera consecución de la independencia, sino que conlleva implícito el desarrollo del autogobierno y el derecho a disponer de su propio sistema político. En palabras del profesor ROLDÁN: “el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos se configura como un principio de tracto sucesivo, como un proceso continuo, permanente de autogobierno que infunde legitimidad popular a la regla de la soberanía del Estado”.<sup>15</sup> Ambas dimensiones deben entenderse como *complementarias* ya que ayudan a conformar la propia identidad de los pueblos que, en última instancia, no es más que un reflejo de los dos aspectos de la soberanía: la dimensión externa asegurando su independencia y la interna contribuyendo a que la propia comunidad política establezca la forma de gobierno que crea más conveniente para sus intereses.

No obstante, ese derecho al autogobierno (entendido como expresión de la dimensión interna de la autodeterminación) no debe concebirse, en ningún caso, como sinónimo del derecho a la secesión. Las entidades infra-estatales con aspiraciones secesionistas lo han reivindicado en los supuestos de pueblos sometidos a ocupación u otras formas de dominación extranjera. Solo en escenarios de violación masiva de los derechos humanos o de comunidades oprimidas se ha considerado a la secesión, con carácter muy excepcional, como un corolario de la dimensión interna de la autodeterminación. Serían los casos de dominación racista o de apartheid en contextos como el de la antigua Rodesia del Sur, la República Sudafricana o el último más

<sup>12</sup> Vid. *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, T.I.J., “Sahara occidental (Requête pour avis consultatif)”, 1975, pp.31-33, par.54-59. En el último párrafo de los argumentos de esta opinión consultiva el Tribunal, una vez analizados los vínculos de ese territorio con España y con los países vecinos, reitera : “La Cour n’a donc pas constaté l’existence de liens juridiques de nature à modifier l’application de la résolution 1514 (XV) quant à la décolonisation du Sahara occidental et en particulier l’application du principe d’autodétermination grâce à l’expression libre et authentique de la volonté des populations du territoire.” (p.68, par.162).

<sup>13</sup> Vid. *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, T.I.J., “Affaire relative au Timor Oriental (Portugal c. Australie)”, 1995, p.102, par.29.

<sup>14</sup> *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, T.I.J., “Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé (Requête pour avis consultatif)”, 2004, p.36, par.88.

<sup>15</sup> Vid. ROLDAN BARBERÓ, J., *Democracia y Derecho internacional*, Civitas, Madrid, 1994, p.164.

controvertido de Kosovo. Ante la excepcionalidad de estos supuestos podría invocarse el derecho a la autodeterminación como instrumento necesario para reorientar las relaciones con el Estado, cuya consecuencia sería una consulta sobre la forma de relación con el Estado al cual pertenecen que, en su caso, podría dar lugar a un proceso de secesión.

La conocida Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General sentó los criterios para la adecuada interacción de ambas dimensiones; así, la principal aportación de la resolución respecto de la autodeterminación es el principio de la soberanía territorial en sus dos vertientes: la regla del *uti possidetis iuris* y la prohibición de la secesión.<sup>16</sup> Por ello, cuando concurren voluntades secesionistas de entidades infra-estatales, es necesario conjugar las aspiraciones independentistas con limitaciones derivadas de la *integridad territorial* y con la soberanía del Estado. La primera limitación tiene lugar cuando el pueblo en cuestión obtiene un estatuto (entendido éste como instrumento jurídico) que determina libremente su condición política dentro del propio Estado y que sirve para “canalizar” la autodeterminación, que queda así completada en esa norma que permite el autogobierno. La segunda cláusula de salvaguardia es la que declara que el ejercicio de un gobierno representativo que no ejerza ningún tipo de discriminación —entendido de una manera *positiva* que satisfaga las *aspiraciones identitarias* de los distintos grupos— es un criterio de legitimidad suficiente para negar la secesión a los pueblos que formen parte de un Estado y confirmar así la unidad territorial y los derechos soberanos de éste.

En conclusión, el principio de la integridad territorial de los Estados ha sido acogido favorablemente por el TIJ y la mayoría de la doctrina estima que la resolución 2625 (XXV) es una *cláusula de salvaguardia* en favor del respeto a la integridad territorial de los Estados. Por tanto, el establecimiento de un gobierno representativo de la voluntad general funciona como una *salvaguardia de la salvaguardia* en el sentido de que el desarrollo de un “autogobierno” (con amplio margen de autonomía) para estas comunidades infra-estatales, que permita satisfacer sus principales aspiraciones de identidad y de convivencia (lengua, religión, patrimonio cultural, tradiciones históricas, etc.) dentro de un sistema representativo de la voluntad popular, actúa como *límite* de las eventuales aspiraciones secesionistas que no se realicen conforme a las normas (constitucionales) y acuerdos (políticos) desarrollados con el conjunto del Estado. En esta línea, el TIJ tuvo ocasión de pronunciarse en el *Asunto de la controversia fronteriza (Burkina Faso c. República de Mali)* reiterando la necesidad de salvaguardar el principio de integridad territorial.<sup>17</sup>

El derecho de autodeterminación no es incompatible con la integridad territorial de los Estados. Cuando un pueblo forma parte de un Estado democrático cuyo gobierno es representativo de la voluntad general, el derecho de autodeterminación queda salvaguardado si el Estado garantiza a ese pueblo la suficiente capacidad de autogobierno

<sup>16</sup> Esta vinculación respecto de los aspectos territoriales de los Estados y de las fronteras de las propias colonias se deduce del párrafo de la resolución que figura en el “principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos” y que afirma: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta actuación alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes [...] Todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”.

<sup>17</sup> *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, T.I.J., “Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)”, 1986, par.25, p.567.



que le permita desarrollar los rasgos identitarios (objetivos y subjetivos) que lo caracterizan como pueblo.

## 5. Los beligerantes.

El concepto de beligerantes, en su concepción original, hacía referencia a los grupos armados que se enfrentan a los ejércitos regulares de los Estados miembros. Al ser parte en los conflictos armados, fueron incluidos en el marco del Derecho Internacional Humanitario, tanto en los Convenios de Ginebra de 1949 (art.3) como en el Protocolo de 1977 sobre víctimas en los conflictos armados no internacionales. Ante la necesidad de establecer obligaciones y derechos para las partes enfrentadas en un conflicto armado, las normas de DIH han intentado establecer obligaciones para que esos grupos humanos organizados, a pesar del contexto caótico propio de la guerra, respeten las normas básicas del *ius in bello*.

El reconocimiento de esta *beligerancia* tiene relevancia, por ejemplo, en conflictos armados internos en los que terceros Estados reconocen el control de esos grupos sobre parte del territorio. En la práctica, es importante para aspectos como la participación en las negociaciones, la protección de los nacionales de esos terceros Estados durante el conflicto o la celebración del acuerdo que ponga fin al conflicto. Podemos decir que ese reconocimiento de la beligerancia supone para el grupo armado un cierto reconocimiento de la subjetividad internacional, que tendrá carácter limitado y temporal mientras dure el conflicto.

## 7. Los sujetos de tradición histórica y otros casos especiales.

Entre los sujetos de tradición histórica, debemos incluir a la Santa Sede que durante siglos ha actuado en calidad de sujeto internacional realizando negocios jurídicos, ejerciendo el derecho de legación y celebrando concordatos con los Estados (privilegios que no se reconocen a otras confesiones religiosas). Ha habido cierta discusión doctrinal sobre si el verdadero sujeto es la Santa Sede o la Iglesia Católica; no obstante, en la práctica, lo más relevante es que el Sumo Pontífice y las distintas estancias eclesiásticas se relacionan con los demás Estados conforme a las normas del Derecho Internacional en nombre de su Iglesia. La base territorial de la Santa Sede está en la Ciudad del Vaticano que tiene su origen en los Estados Pontificios, posteriormente incorporados al territorio de Italia. Desde los acuerdos de Letrán de 1929, Italia reconoció la soberanía de la Santa Sede sobre Ciudad del Vaticano, siendo el Sumo Pontífice la máxima autoridad. Por ello, suele concebirse a la Ciudad del Vaticano como un *medio jurídico* necesario para asegurar la autonomía e independencia necesaria de la Santa Sede que le permite actuar como sujeto del ordenamiento internacional. En el plano internacional, esta soberanía, un tanto *sui generis*, se desarrolla en ámbitos como el derecho de legación activo y pasivo, la participación en foros y encuentros internacionales, así como en el *ius ad tractatum* ejercido a través de los concordatos. No obstante, existe una cierta discusión doctrinal<sup>18</sup> sobre la posible existencia

<sup>18</sup> Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M., "La subjetividad internacional (II): la personalidad internacional de otros sujetos" en DÍEZ DE VELASCO, M.: Instituciones de Derecho Internacional Público, 18ª edición, 2013, Tecnos, pp.312-313.

de dos sujetos separados (Santa Sede y Estado de la Ciudad del Vaticano) que comparten al Sumo Pontífice como máxima autoridad.

La Orden de Malta es otro de los sujetos de tradición histórica que también tiene naturaleza religiosa ya que está vinculada a la Iglesia Católica conforme al Derecho Canónico y posee una limitada subjetividad internacional que se materializa en las relaciones diplomáticas que mantiene con muchos Estados y en su estatuto de observador ante la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Existen otros supuestos especiales en los que se ha reconocido cierta subjetividad internacional a entidades que disponen de un territorio muy limitado, pero que han gozado (y aún disfrutan en muchos casos) de una particular autonomía (con una organización política y administrativa propia) y de un reconocimiento internacional derivado de armisticios o acuerdos internacionales. Son los llamados *territorios internacionalizados*, entre los que podemos citar, por ejemplo, el caso de la villa libre de Cracovia (Congreso de Viena de 1815), la villa de Dancing (Tratado de Versalles de 1919) o el territorio de Trieste (Tratados de paz con Italia de 1947).

## BIBLIOGRAFÍA

- PÉREZ GONZÁLEZ, M., “La subjetividad internacional (II): la personalidad internacional de otros sujetos” en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, Tecnos, pp. 298-323.
- CASANOVAS, O, Y RODRIGO, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 7ªed., 2018, Tecnos, pp.252-263.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. Y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª edición, 2008, Thomson Reuters, 118-129.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Derecho Internacional Público (Parte general)*, 4ª edición, 2005, Trotta, 213-245.

## Tema 8

### **Los órganos del Estado encargados de las relaciones internacionales (I): Los órganos centrales: concepto, categorías, estatuto jurídico e inmunidades. Los órganos de la diplomacia «ad hoc»: las misiones especiales y las delegaciones en conferencias y reuniones de órganos internacionales**

Sumario: 1. Contextualización. 2. Los órganos centrales: 2.1. Concepto. 2.2. Categorías y estatuto jurídico. 2.2.1. El Jefe del Estado y el Jefe del Gobierno. 2.2.2. El Ministro de Asuntos Exteriores. 2.3. Inmunidades. 3. Los órganos de la diplomacia «ad hoc»: Las misiones especiales y las delegaciones en conferencias y reuniones de órganos internacionales. 3.1. Las misiones especiales. 3.2. Las delegaciones en conferencias y reuniones de órganos internacionales.

#### **I. Contextualización**

Los sujetos del Derecho internacional, y en especial los Estados y las Organizaciones Internacionales, han de relacionarse entre sí mediante los órganos de las relaciones internacionales, integrados por personas que actúan en nombre y por cuenta del sujeto al que representan.

La cooperación entre Estados es una de las necesidades fundamentales de la sociedad internacional contemporánea. Un elemento central de esa cooperación son las relaciones diplomáticas. La actividad diplomática ha ido evolucionando desde la diplomacia clásica o tradicional hasta nuevas formas como la diplomacia *ad hoc* o la diplomacia multilateral. A la hora de estudiar los órganos del Estado encargados de las relaciones internacionales, hay que atender a la distinción básica entre órganos de la administración central del Estado y órganos de la administración exterior. En este tema se tratarán los órganos centrales y una parte de los órganos exteriores, los de carácter temporal, también denominados diplomacia *ad hoc*.

#### **2. Los órganos centrales: concepto, categorías, estatuto jurídico e inmunidades**

##### *2.1. Concepto*

Los órganos centrales del Estado encargados de las relaciones internacionales son órganos de la administración central del Estado que ejercen competencias en el ámbito estatal interno, pero que además ejercen importantes competencias en el ámbito de las relaciones internacionales. Es el caso de figuras como el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores. Para explicar el hecho de que estos órganos ejerzan funciones internacionales pese a tener un origen y carácter internos se ha acudido a la teoría del desdoblamiento funcional (Scelle). Ahora bien, esta dualidad de funciones, internacionales e internas, plantea la cuestión de cuáles de entre sus funciones están reguladas por el Derecho interno y cuáles por el Derecho internacional. Corresponde al Derecho interno determinar qué personas y órganos ejercen determinadas competencias,

si bien históricamente, y en la práctica, los órganos que ejercen ciertas funciones relevantes tienden a coincidir en los distintos Estados. Por otro lado, el Derecho internacional reconoce cuáles son los individuos y órganos que representan al Estado, realizan actos atribuibles al mismo y pueden comprometerle internacionalmente, y por ello regula su estatuto jurídico internacional.

La diplomacia llevada a cabo por órganos centrales de la administración del Estado como el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores ante sus homónimos de otros Estados recibe el nombre de diplomacia directa.

## 2.2. Categorías y estatuto jurídico

### 2.2.1. El Jefe del Estado y el Jefe del Gobierno

El órgano supremo del Estado es el Jefe del Estado, que en determinados sistemas políticos es también el Jefe del Gobierno. Contemplaremos estas figuras desde el Derecho interno y desde el Derecho internacional en relación con sus competencias en materia de relaciones internacionales.

El *Derecho interno* de cada Estado establece las competencias concretas de cada Jefe de Estado en el ámbito internacional. Es habitual que se atribuya al Jefe del Estado un poder de representación general o *ius representationis omnimodae*, que según Díez de Velasco abarca *facultades* tales como la alta dirección de la política exterior, la ratificación de los tratados, la facultad de enviar y recibir agentes diplomáticos, el poder de nombrar cónsules y de conceder el exequátur a los cónsules extranjeros, o el de declarar la guerra y concluir la paz. El Jefe del Estado tiene la facultad de declarar la voluntad del Estado, si bien a la hora de formar dicha voluntad debe colaborar con otros órganos como el Gobierno o el Parlamento. Cuando existe un dualismo entre Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, este último tiene frecuentemente atribuida la dirección política del Estado, facultad en la que queda incluida la política exterior.

En el Derecho español, el Rey, como Jefe del Estado, “asume la más alta representación del Estado en las relaciones internacionales”, conforme al artículo 56.I de la Constitución de 1978. Como funciones específicas, el artículo 63 de la Constitución enumera algunas funciones específicas del Rey en el ámbito internacional. Estas son: 1) acreditar a los embajadores y otros representantes diplomáticos. Los representantes extranjeros están acreditados ante el Rey; 2) manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes; 3) declarar la guerra y hacer la paz, previa autorización de las Cortes Generales.

El artículo 4 de la Ley 2/2014 de la Acción y del Servicio Exterior del Estado reconoce al Rey las mencionadas competencias recogidas en los artículos 56 y 63 de la Constitución de 1978, salvo la de declarar la guerra y hacer la paz. Por su parte, el artículo 6 de esta misma ley atribuye al Presidente del Gobierno la facultad de dirigir la acción del Gobierno y coordinar las funciones de sus miembros y, en particular, determinar las directrices de Política Exterior y velar por su cumplimiento, en el desarrollo de la Acción Exterior del Estado.

La facultad de declarar la guerra atribuida en el artículo 63 de la Constitución resulta hoy anacrónica, puesto que el Derecho internacional contemporáneo parte del principio de prohibición del uso de la fuerza, cuyas dos excepciones bien establecidas son la acción autorizada de las Naciones Unidas y la legítima defensa, excepciones que no cabe supeditar a una declaración de guerra previa. Además, el Derecho de los conflictos armados no

precisa de una declaración de guerra formal y previa para su aplicación, que debe producirse desde el momento mismo del inicio efectivo de las hostilidades.

Por otro lado, como se deduce del artículo 63 de la Constitución, la facultad de manifestar el consentimiento del Estado en obligarse mediante tratados requiere de un desarrollo legislativo. Este ha llegado con la Ley 25/14, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, cuyo artículo 16 dispone que dicha manifestación del consentimiento es competencia del Consejo de Ministros, a lo que el artículo 22 añade que “el Rey, con el refrendo del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, firmará los instrumentos de ratificación y de adhesión que manifiesten el consentimiento de España en obligarse por un tratado internacional”. Además, ni el Rey ni el Presidente del Gobierno necesitan plenipotencia para representar a España en relación con cualquier acto internacional relativo a un tratado.

En *Derecho internacional* se considera que tanto el Jefe del Estado como el Jefe del Gobierno actúan en nombre del Estado y pueden comprometerle internacionalmente, tanto a través de actos unilaterales como mediante la manifestación del consentimiento en obligarse mediante tratado.

En relación con los actos unilaterales, en 1974 la Corte Internacional de Justicia, en el caso relativo a los *Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, estableció con claridad que un Jefe del Estado tiene capacidad para comprometer internacionalmente a su Estado a través de un acto unilateral. Surge la pregunta de si, en un sistema dualista que cuente con Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, este último goza de la misma capacidad que el primero. Según Pastor Ridruejo, la respuesta ha de ser afirmativa por dos razones. Si el Jefe de Gobierno puede vincular jurídicamente al Estado mediante un tratado, no hay razón para que no pueda hacerlo mediante un acto unilateral. Además, si el Ministro de Asuntos Exteriores puede comprometer unilateralmente al Estado, el Jefe de Gobierno, cuyo rango es sin duda superior, también debe poder hacerlo.

En relación con los tratados internacionales, el artículo 7 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) reconoce al Jefe del Estado y al Jefe del Gobierno, sin necesidad de presentar plenos poderes, competencia para la realización de todos los actos relativos a la celebración de un tratado. Este artículo codifica una regla de Derecho internacional general.

Además, el Jefe del Gobierno, según el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, tiene derecho a ocupar un asiento en el Consejo de Seguridad sin necesidad de presentar credenciales.

Por último, los Jefes de Estado y los Jefes de Gobierno tienen el estatuto de personas internacionalmente protegidas en el sentido de la Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos (1973), en vigor desde 1977, que cuenta con 57 Estados partes y a la que España se adhirió en 1985. Entre las obligaciones derivadas de este tratado, hay que destacar la obligación de los Estados partes de tipificar como delito en su Derecho interno una serie de actos intencionalmente cometidos contra estas personas.

### 2.2.2. El Ministro de Asuntos Exteriores

La figura del Ministro de Asuntos Exteriores no ha dejado de ganar relevancia en una sociedad internacional en la que se han intensificado muy notablemente las relaciones internacionales y la proyección exterior del Estado. Díez de Velasco llama la atención sobre la creciente práctica de adoptar acuerdos en forma simplificada, que requieren tan solo la

firma del Ministro de Asuntos Exteriores. Además, en el ámbito de organizaciones internacionales como la Unión Europea, el Consejo de Europa o la Organización de Estados Americanos existen órganos que integran a los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros.

El estatuto jurídico y las funciones del Ministro de Asuntos Exteriores están regulados en normas nacionales e internacionales.

En el *Derecho español*, la Ley 2/2014 de la Acción y del Servicio Exterior del Estado dispone en su artículo 6.5 que el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, bajo dirección del Gobierno y de su Presidente, planifica y ejecuta la Política Exterior del Estado, y coordina la Acción Exterior y el Servicio Exterior del Estado. Asimismo, de conformidad con la Constitución y las leyes, representa a España en todos los actos de celebración de tratados internacionales, incluida la manifestación del consentimiento de España en obligarse por los mismos. Esta disposición, común actualmente en los distintos Derechos internos, configura al Ministro de Asuntos Exteriores como el garante de la unidad de la acción exterior del Estado y como el jefe de la diplomacia estatal.

El *Derecho internacional*, por su parte, reconoce como regla general la capacidad que los Derechos internos atribuyen a los Ministros de Asuntos Exteriores de comprometer al Estado en el ámbito internacional. Así, respecto de los actos unilaterales, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en su sentencia de 1933 en el asunto *Groenlandia Oriental* señaló que una declaración hecha por un Ministro de Asuntos Exteriores (el de Noruega, en este caso) creaba una obligación para el Estado respectivo, interpretación que se mantuvo en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1974 en el caso de los *Ensayos Nucleares*. Y en su sentencia de 2002 en el asunto relativo a la *Orden de Arresto*, la Corte Internacional de Justicia describe las funciones que un Ministro de Asuntos Exteriores ejerce en el ámbito internacional, indicando que “ocupa una posición tal que hace que, en ausencia del Jefe del Estado o del Jefe del Gobierno, se vea reconocer por el Derecho internacional la cualidad de representar a su Estado por el solo hecho de su función”. Y en cuanto a los tratados, el artículo 7 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) le concede la misma competencia general que el Jefe del Estado y al Jefe del Gobierno en relación con la realización de actos relativos a la celebración de un tratado.

El Ministro de Asuntos Exteriores también es una de las personas especialmente protegidas en el sentido de la Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos (1973).

### 2.3. Inmunidades

Como parte importante del estatuto jurídico-internacional de estas personas, procede ahora estudiar en particular el régimen de inmunidades que les resulta aplicable. Partiendo de la actual equiparación en esta materia de ambas figuras, cuando el Jefe del Estado o el Jefe del Gobierno se encuentran fuera de su Estado gozan de un *status* privilegiado que descansa sobre doble fundamento del principio de igualdad soberana entre los Estados y de la necesidad funcional de garantizarle una posición jurídica que le permita ejercer de modo independiente sus funciones. Los privilegios e inmunidades que integran este *status* peculiar están contenidos de modo exclusivo en normas consuetudinarias, y son esencialmente los siguientes:

- a) Inviolabilidad personal, que impide que se adopten medidas de detención, arresto o coerción contra estas personas o su familia, séquito, residencia, propiedades y correspondencia.
- b) Inmunidad de jurisdicción penal, que es completa y cubre todos los actos, oficiales o privados, en el caso de Jefes de Estado o Jefes de Gobierno en ejercicio.
- c) Inmunidad de jurisdicción civil. En el caso de actos realizados a título oficial, la inmunidad es completa. En el caso de actos realizados a título privado la jurisprudencia de los tribunales internos está dividida, con los tribunales británicos y estadounidenses favorables a reconocer la inmunidad, y una situación menos clara en la jurisprudencia italiana o francesa.
- d) Otros privilegios, como ser exonerado de impuestos personales, de consumo o de tasas aduaneras, pues puede importar todos los objetos que necesite durante su estancia sin pagar dichas tasas.

Pese a las dudas que se han mantenido en la doctrina, los privilegios e inmunidades del Ministro de Asuntos Exteriores también gozan hoy de amplio reconocimiento en la práctica y la jurisprudencia internacionales. Así, la Corte Internacional de Justicia, en el asunto relativo a la *Orden de Arresto*, afirmó que este representante del Estado goza de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción penal en el extranjero, lo cual le protege “contra todo acto de autoridad realizado por otro Estado y que suponga un obstáculo al ejercicio de sus funciones”. Además, por razones de cortesía internacional, la práctica general consiste en conceder al Ministro de Asuntos Exteriores franquicia para sus equipajes e inviolabilidad para su cónyuge, hijos menores y miembros de su séquito oficial. De esta forma, como señala Díez de Velasco, el Ministro de Asuntos Exteriores resulta en la práctica equiparado al Jefe del Estado y al Jefe del Gobierno, con la diferencia de que algunos de sus privilegios tienen como fundamento la cortesía internacional.

Dado que la inmunidad reconocida al Jefe de Estado, al Jefe del Gobierno o al Ministro de Asuntos Exteriores tiene un amplio alcance, es preciso plantearse el problema de su impunidad por la comisión de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra o los crímenes de lesa humanidad. La Corte Internacional de Justicia, en el asunto *Orden de Arresto*, identificó una serie de supuestos en los que cabe exigir la responsabilidad penal individual de las personas que ocupen estos cargos. Son los siguientes:

- 1) Conforme al Derecho internacional, estas personas no gozan de inmunidad de jurisdicción penal frente a los tribunales de su propio Estado, pues la inmunidad opera frente los tribunales de otros Estados
- 2) La inmunidad tampoco opera si el Estado al que representan estas personas renuncia a la misma, pues la inmunidad es un derecho del Estado, no de la persona que ejerce alguno de los mencionados cargos.
- 3) Estas personas pueden ser enjuiciadas ante algún tribunal internacional, siempre que sea competente para ello, pues la inmunidad opera frente a los tribunales estatales extranjeros, no ante los tribunales internacionales
- 4) Cuando estas personas dejen de ejercer el cargo oficial, el alcance de la inmunidad varía, y un tribunal penal extranjero competente podría enjuiciarlas por actos realizados antes o después de ocupar su cargo, o por actos realizados a título privado.

Desde una perspectiva más amplia que la de esta sentencia, el Derecho internacional distingue entre inmunidad *ratione personae* o personal, e inmunidad *ratione materiae* o funcional. La inmunidad personal es absoluta, porque abarca todos los actos, oficiales y privados, pero solo dura mientras la persona ejerce su cargo. La inmunidad funcional solo

cubre los actos realizados a título oficial, pero dura siempre, y no desaparece cuando el funcionario o agente estatal cesa en el ejercicio de su cargo. Así, un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno y un Ministro de Asuntos Exteriores gozan de inmunidad personal mientras ejercen su cargo, y pasan a tener inmunidad material cuando cesan en el mismo. La inmunidad *ratione materiae* cubre solo los actos oficiales realizados por estas personas durante su mandato, pero dado que los crímenes internacionales más graves se cometen a menudo en el ejercicio de funciones oficiales, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas está trabajando, bajo el impulso de la Relatora Especial Concepción Escobar Hernández, en la consideración de estos crímenes como excepciones a la inmunidad *ratione materiae* que protege a los funcionarios y agentes del Estado.

### **3. Los órganos de la diplomacia *ad hoc*: las misiones especiales y las delegaciones en conferencias y reuniones de órganos internacionales**

Según García Arias, la diplomacia fue en su origen una institución *ad hoc*, y aunque desde finales de la Edad Media se convierte en permanente, siempre ha existido una actividad diplomática constituida por misiones temporales, misiones especiales de carácter secreto o semipúblico, y ya en el siglo XIX, por el envío de delegaciones estatales a congresos y conferencias internacionales, fenómeno que se consolida en el siglo XX.

El término diplomacia *ad hoc* fue utilizado por primera vez en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, con el fin de designar tres modalidades de actividad diplomática: las misiones especiales, los enviados itinerantes encargados de llevar a cabo una misión en varios Estados, y los delegados en conferencias internacionales

#### *3.1. Las misiones especiales*

La Convención de Viena sobre Misiones Especiales de 1969, de la que España es parte desde 2001, define la misión especial como “una misión temporal que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado ante otro Estado con consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado”. Los elementos característicos de la misión especial son por tanto la temporalidad o carácter no permanente, la representatividad, el consentimiento del Estado receptor y el fin orientado al cumplimiento de un cometido concreto.

En cuanto a los miembros de la misión especial, su designación corresponde al Estado que envía, aunque según el artículo 8 de la Convención el Estado receptor podrá negarse a aceptar una misión cuyo número de miembros no considere razonable, y también podrá negarse a aceptar a cualquier personal como miembro de la misión especial, sin tener que dar razones para ello. Además, como establece el artículo 12, el Estado receptor podrá, en todo momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado que envía que cualquier miembro de la misión especial es persona «non grata» o no es aceptable. El Estado que envía retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión especial, según proceda. Toda persona podrá ser declarada «non grata» o no aceptable antes de su llegada al territorio del Estado receptor.

La misión especial puede estar integrada por personal diplomático, personal administrativo y técnico, y personal de servicio. Puede estar encabezada por el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores, en cuyo caso además de lo establecido en la Convención, estas personas gozarán de las facilidades, privilegios e inmunidades que les reconoce el Derecho internacional.



El fin de la misión especial tendrá lugar por acuerdo entre el Estado que envía y el Estado receptor, por cumplimiento del cometido que se perseguía, por expiración del plazo señalado para la misión especial (salvo prórroga expresa), o por notificación de cualquiera de los Estados interesados, tal y como establece el artículo 20 de la Convención. Además, la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares entre el Estado que envía y el Estado receptor no pone fin, por sí misma, a las misiones especiales existentes en el momento de esa ruptura.

En cuanto a los privilegios e inmunidades, es posible distinguir entre las inmunidades y privilegios reconocidos a la misión especial, y los reconocidos a los miembros integrantes de la misma.

- a) La misión especial tiene derecho a tener una sede en el territorio del Estado receptor. Los locales en que la misión esté instalada son inviolables, aunque con un grado de inviolabilidad más matizado que el de las misiones diplomáticas permanentes, pues el artículo 25 de la Convención señala que, si bien el consentimiento del jefe de la misión es necesario para que los agentes del Estado entren en los locales de la misma, ese consentimiento podrá presumirse en el caso de incendio o de otro siniestro que ponga en peligro la seguridad pública, si no ha sido posible obtenerlo de manera expresa del jefe de la misión especial o del jefe de la misión permanente. La misión especial también goza de libertad e inmunidad de las comunicaciones, del derecho a usar la bandera y el escudo del Estado que envía en locales y vehículos, y de exenciones fiscales y franquicias aduaneras respecto a los objetos destinados al uso oficial de la misión especial.

- b) Las personas que integran la misión especial pueden pertenecer a diversas categorías: representantes del Estado y personal diplomático, personal administrativo y técnico, personal de servicio de la misión y personal al servicio privado de los miembros de la misión.

Los representantes del Estado y los miembros del personal diplomático gozan de inviolabilidad personal (también su alojamiento particular), inmunidad de jurisdicción penal absoluta, e inmunidad civil y administrativa, aunque en este caso menor que el de los agentes diplomáticos de la misión permanente, pues la inmunidad no se aplica en caso de acción por daño causado por un vehículo usado fuera de las funciones oficiales. Gozan también de exenciones fiscales, de seguridad social y franquicia aduanera. Los miembros de su familia que les acompañen gozan de las mismas inmunidades y privilegios, siempre que no sean nacionales del Estado receptor o tengan en él su residencia permanente.

El personal administrativo y técnico goza de los mismos privilegios, con la excepción de que la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa no se extiende a los actos realizados fuera del ejercicio de sus funciones, y la franquicia aduanera solo alcanza los objetos importados en la primera entrada al Estado receptor.

El personal de servicio de la misión goza de inmunidad de jurisdicción por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de exenciones fiscales en sus salarios y de exenciones de seguridad social. El personal al servicio privado de los miembros de la misión goza de exenciones fiscales en los salarios que perciban.

### 3.2. *Las delegaciones en conferencias y reuniones internacionales*

La práctica internacional muestra que, cuando se celebra una conferencia internacional, los Estados anfitriones reconocen el deber de conceder inmunidades y privilegios a los miembros de las delegaciones estatales que participan en la conferencia, aunque las inmunidades y privilegios varían según los casos. Algunos autores, como Cahier, sostienen que el estatuto de estas personas debería ser muy cercano al de los representantes

estatales ante organizaciones internacionales. El Estado anfitrión puede decidir o acordar extender a los delegados estatales en una conferencia internacional el estatuto contenido en la Convención sobre Misiones Especiales (1969), en la Convención de Viena sobre representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales (1975), u otro estatuto contenido en un acuerdo específicamente concluido para la ocasión. Con frecuencia, sin embargo, las conferencias internacionales son convocadas por una organización internacional, o se celebran bajo sus auspicios. En esos casos, es posible celebrar un acuerdo específico entre la organización y el Estado anfitrión, o acudir al régimen aplicable en la mencionada Convención de Viena de 1975, que sin embargo no está aún en vigor ni cuenta con la ratificación de un buen número de Estados anfitriones o de sede.

En las reuniones de órganos de organizaciones internacionales, las delegaciones estatales suelen estar compuestas por representantes del Estado ante la organización, pero también por personal *ad hoc* enviado por los gobiernos de los Estados participantes. Si no resulta de aplicación la Convención de 1975, habrá que aplicar las disposiciones del acuerdo de sede o del acuerdo sobre privilegios e inmunidades que haya concluido la organización internacional de que se trate.

El Estado anfitrión también puede optar por regular estas cuestiones en su Derecho interno, como ha hecho España con la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. A falta de acuerdo específico, se aplican los artículos 42 a 48 d esta ley, que prevé la inviolabilidad de los locales dedicados a la conferencia y un régimen de inmunidades y privilegios aplicable a los participantes en la reunión o conferencia similar al de los agentes diplomáticos.

## BIBLIOGRAFÍA

DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 18ª edición, 2013, pp. 403-417.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 24ª edición, 2020, pp. 507-517 y 538-548

SHAW, M.: *International Law*, 8th edition, Cambridge University Press, 2017, pp. 554- 559 y 585-587

## Tema 9

### **Los órganos del Estado encargados de las relaciones internacionales (II). La Convención de Viena de 1961. Las misiones diplomáticas: concepto y funciones. Los locales de la misión. La jefatura y el personal de la misión. Estatuto diplomático: inmunidades y privilegios. Las representaciones permanentes ante Organizaciones Internacionales.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. La Convención de Viena de 1961. 3. Las misiones diplomáticas: 3.1. Concepto. 3.2. Funciones. 4. Los locales de la misión. 5. La Jefatura y el personal de la misión. 6. Estatuto diplomático: Inmunidades y privilegios. 6.1. Fundamento. 6.2. Inmunidades y privilegios de la misión diplomática. 6.3. Inmunidades y privilegios del personal de la misión. 6.3.1. Agentes diplomáticos. 6.3.2. Personal administrativo y técnico. 6.3.3. Personal de servicio. 7. Las Representaciones Permanentes ante Organizaciones Internacionales.

#### **I. Contextualización**

Las reglas que regulan los diversos aspectos de las relaciones diplomáticas constituyen una de las manifestaciones más tempranas del Derecho internacional. En cualquier momento de la historia en que una pluralidad de entidades políticas independientes ha coexistido se ha producido un desarrollo de normas consuetudinarias reguladoras del trato que ha de dispensarse a los embajadores y otros representantes diplomáticos. La diplomacia, como método de comunicación y relación entre Estados, es una institución de larga data, y las normas jurídicas que la regulan son el resultado de siglos de práctica estatal. El estatuto jurídico de los agentes diplomáticos, y especialmente los privilegios e inmunidades que les son reconocidos, han ido surgiendo, en parte, como manifestación del principio de igualdad soberana entre los Estados y, en parte, debido a necesidades prácticas de las relaciones internacionales.

El Derecho diplomático es uno de los sectores del Derecho internacional menos controvertidos y que cuenta con un mayor grado de aceptación, lo cual sin duda responde al interés de todos los Estados en mantener y preservar relaciones diplomáticas estables y no conflictivas, aunque existan puntualmente conductas estatales que se aparten de las normas y principios establecidos.

#### **2. La Convención de Viena de 1961**

Las normas de Derecho diplomático fueron objeto de codificación temprana y parcial en el Congreso de Viena (1815) y con la adopción de la Convención sobre Funcionarios Diplomáticos de La Habana (1933). Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX tiene lugar la obra codificadora más importante hasta el momento de las normas internacionales en esta materia. Contando con unos trabajos previos de la Comisión de Derecho Internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó en Viena una

Conferencia de Plenipotenciarios que adoptó la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, que entró en vigor el 24 de abril de 1964, y que cuenta con 193 Estados partes. España se adhirió a esta Convención el 21 de noviembre de 1967. El amplísimo grado de participación hace de la Convención de Viena un tratado de vigencia prácticamente universal.

La Convención de 1961 constituye un hito en la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, que proporciona un elevado nivel de seguridad jurídica en el terreno de las relaciones diplomáticas. La Convención de 1961 se ciñe a las relaciones diplomáticas permanentes entre Estados, y no regula las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales o las relaciones de organizaciones internacionales entre sí. La Convención de 1961 tampoco regula las misiones diplomáticas especiales, que son objeto de una Convención específica adoptada en 1969. Se trata además de una Convención declarativa, es decir, que codifica normas preexistentes en forma consuetudinaria, si bien no faltan en este tratado normas no meramente declarativas, sino que llevan a cabo un desarrollo progresivo del Derecho internacional. El centro de la regulación es la misión diplomática, entendida como órgano institucional de las relaciones diplomáticas, y no tanto las personas físicas que la integran.

### **3. Las misiones diplomáticas: concepto y funciones**

#### **3.1. Concepto**

Pese a que en su artículo 1 sí pueden encontrarse algunas definiciones, la Convención de 1961 no contiene una definición del concepto de misión diplomática. Aunque los redactores de la Convención no consideraron necesario o conveniente codificar este concepto, es posible definir la misión diplomática como un conjunto de personas y de recursos materiales enviados por un Estado y presentes en otro Estado, que están ordenados hacia un fin consistente en representar al Estado que envía (o Estado acreditante) en el Estado receptor. La misión diplomática consiste en una representación permanente del Estado acreditante ante el Estado receptor, establecida de mutuo acuerdo entre los Estados interesados.

El principio del mutuo acuerdo entre los Estados interesados es un requisito esencial para el establecimiento de la misión diplomática y gobierna otros aspectos importantes de la vida de la misión, como el número de personas que la integran, la posibilidad de abrir oficinas en localidades distintas de la sede principal o la cuestión de la acreditación múltiple, es decir ante varios Estados.

No existe en Derecho internacional la obligación jurídica para los Estados de mantener relaciones diplomáticas con otros Estados, menos aún con determinados Estados extranjeros. Por ello, al denominado derecho de legación de los Estados no corresponden unas obligaciones recíprocas de Estados particulares. La efectividad concreta de este derecho genérico de legación depende del mutuo acuerdo de los Estados interesados, lo cual se refleja en el artículo 2 de la Convención, conforme al cual “el establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo”. La obligación de los Estados de cooperar enunciada en la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas no impone la obligatoriedad de las relaciones diplomáticas permanentes.

El rango de la misión también se decide de mutuo acuerdo entre los Estados interesados, y depende del rango del Jefe de la misión, que según el artículo 14 de la Convención puede

ser un Embajador o nuncio acreditado ante el Jefe de Estado, un Enviado, ministro o internuncio acreditado ante el Jefe de Estado, o un Encargado de negocios acreditado ante el Ministro de Relaciones Exteriores.

También depende del consentimiento mutuo la doble o múltiple acreditación ante más de un Estado receptor (artículo 5), y la delicada cuestión del número de miembros de la misión diplomática. En esta última cuestión puede surgir el conflicto entre grandes potencias y los Estados pequeños. El interés de las primeras radica en la máxima libertad que les permita enviar numerosas personas, lo cual les pone en condiciones de ejercer una mayor presión política. El interés de los Estados pequeños consiste en poder evitar o limitar esa presión. La regla contenida en el artículo 11.1 de la Convención supone un triunfo de los Estados pequeños, los cuales, a falta de acuerdo, podrán exigir que el número de miembros de la misión sea razonable en función de las circunstancias y necesidades de la misión diplomática de que se trate.

### 3.2. Funciones

El artículo 3.1 de la Convención de 1961 señala como funciones principales de la misión diplomática:

- 1) Representar al Estado acreditante ante el Estado receptor. Como señala Maresca, esta representación supone que el Estado acreditante participa de buena fe en los acontecimientos internos y externos del Estado receptor. El carácter representativo de la misión implica que su establecimiento supone el reconocimiento de Estados, y su mantenimiento el reconocimiento de gobiernos
- 2) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites del Derecho internacional.
- 3) Negociar con el Estado receptor. Esta función negociadora ha de entenderse en sentido amplio, de modo que comprende los actos previos a la adopción de un tratado y también la solución de cualquier problema o controversia que surja con el Estado receptor
- 4) Enterarse por medios lícitos de la situación y acontecimientos en el Estado receptor e informar al Gobierno del Estado receptor. Entre los medios lícitos, como es obvio, no cabe incluir la corrupción ni el espionaje. Rebasar estos límites suele conllevar la expulsión del Estado receptor, previa declaración de persona non grata
- 5) Fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor

El ejercicio de las funciones de la misión diplomática encuentra dos importantes límites:

- 1) el deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor; y 2) la obligación de no inmiscuirse en los asuntos internos del Estado receptor. Como ejemplos claros de violaciones de esta última obligación, Cahier señala actividades como tomar partido en una campaña electoral, financiar un partido político, tomar parte en operaciones para derribar al gobierno del Estado receptor, criticar al gobierno, o interferir en las relaciones entre el Estado receptor y terceros Estados.

### 4. Los locales de la misión

El artículo 1 de la Convención de 1961 define los locales de la misión como “los edificios o las partes de los edificios, sea cual fuere su propietario, utilizados para las finalidades de la misión, incluyendo la residencia del Jefe de la misión, así como el terreno destinado al servicio de esos edificios o de parte de ellos”.

Como anticipo importante de los privilegios e inmunidades de la misión diplomática, es preciso señalar que, conforme al artículo 22.1, los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán entrar en ellos sin el consentimiento del Jefe de la misión. Pero además, el Estado receptor está obligado, según el artículo 22.2, a adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe su tranquilidad o se atente contra su dignidad. Como señala Pastor Ridruejo, la obligación contenida en el artículo 22.1 es de comportamiento (omisivo), y la contenida en el artículo 22.2 es de resultado.

El artículo 22.3 de la Convención dispone que “los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución”. Esto implica que en casos en los que la misión diplomática esté sometida a la jurisdicción del Estado receptor (contratos laborales con el personal administrativo, técnico o de servicio) una sentencia no puede ejecutarse sobre los bienes de la misión, a menos que el Estado acreditante renuncie a su inmunidad de ejecución. Asimismo, la cuenta corriente de la misión utilizada para sufragar las actividades oficiales es inembargable. En esta cuestión algunos tribunales, como los españoles, distinguen entre fondos bancarios inembargables, como los destinados a las actividades diplomáticas (es decir, soberanas o *iure imperii*) y fondos embargables, como los destinados a actividades de gestión o gastos ordinarios (*iure gestionis*). El problema radica, no obstante, en determinar qué parte de los fondos de una misma cuenta bancaria se destina a qué tipo de actividad. La jurisprudencia más reciente (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2012) mantiene que no cabe *presumir* que las cuentas corrientes embargadas se destinan en exclusiva a financiar las actividades de gestión.

## 5. La Jefatura y el personal de la misión

La Convención de Viena de 1961, en su artículo 1, contempla diversas categorías de personas que forman parte de la misión diplomática:

- a) El Jefe de la misión, que la Convención define como la persona encargada por el Estado acreditante de actuar como tal. El artículo 14, antes mencionado, especifica los distintos tipos de Jefe de misión. Entre estas tres figuras de Jefes de misión no se realizará ninguna distinción, salvo lo relativo a la precedencia y la etiqueta. Antes de nombrarlo, el Estado acreditante debe asegurarse de que la persona que vaya a desempeñar el cargo ha obtenido el plácet del Estado receptor, que no está obligado a explicar los motivos de una eventual negativa. En cualquier momento el Jefe de misión puede ser declarado persona non grata por el Estado acreditante, sin necesidad de dar explicaciones, debiendo ser retirado por el Estado acreditante.
- b) Personal diplomático, definido en la Convención como “los miembros del personal de la misión que posean la calidad de diplomáticos”. La pertenencia a la carrera diplomática no es imprescindible para estar incluido en esta categoría, pues los agregados militares, navales o aéreos pueden ser nombrados agentes diplomáticos. El criterio seguro es estar incluido en la lista diplomática publicada por el Estado receptor. El nombramiento del personal diplomático no está sujeto a plácet, aunque en el caso de los agregados mencionados, el Estado acreditante puede exigir conocer sus nombres y someterlos a aprobación. El Estado acreditante puede asimismo declarar a cualquiera de los agentes diplomáticos persona non grata, incluso antes de su llegada al territorio. Su nacionalidad será la del Estado acreditante, pero se admite que tengan la del Estado receptor si este lo consiente.

- c) Personal administrativo y técnico, dentro del cual es posible identificar al canciller, los archiveros, operadores de telecomunicaciones, traductores, oficinistas, etc. No necesitan pláacet, y pueden ser declarados en cualquier momento personas no aceptables. Pueden tener la nacionalidad del Estado acreditante, del Estado receptor, o de un tercer Estado.
- d) Personal de servicio de la misión. Son empleados en el servicio doméstico de la misión: conductores, ordenanzas, jardineros, cocineros, etc. No sometidos a pláacet, pueden ser declarados personas no aceptables y tener cualquier nacionalidad.

La Convención de 1961 también tiene en cuenta otras personas que no forman parte de la misión, como los miembros de la familia del personal diplomático y del personal administrativo y técnico, así como las personas al servicio privado de los miembros de la misión (“criados particulares”, en la terminología de la Convención).

## 6. Estatuto diplomático: Inmunidades y privilegios

### 6.1. Fundamento

Históricamente se han avanzado diversas teorías sobre el fundamento de las inmunidades y privilegios de que gozan las misiones y agentes diplomáticos. Entre ellas, cabe citar la que mantenía que al representar el agente diplomático al soberano, la posición jurídica de este (*legibus solutus*) debía hacerse extensiva a aquel. Grocio defendió la teoría de la extraterritorialidad, basada en la ficción jurídica de que el agente diplomático no había abandonado el territorio de su Estado y que la misión diplomática constituía un enclave del territorio del Estado acreditante en el Estado receptor. Actualmente, se acepta generalmente el fundamento funcional de inmunidades y privilegios, ya anticipado por Vattel en el siglo XVIII: estos y aquellas se conceden no en interés de las personas, sino para garantizar el desempeño eficaz de las funciones de la misión diplomática, conforme al principio *ne impediatur legatio*, que la Convención de 1961 adopta de modo explícito.

### 6.2. Inmunidades y privilegios de la misión diplomática

Además de lo expuesto anteriormente sobre la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática, y la inmunidad de ejecución de sus bienes, la Convención de 1961 recoge las siguientes inmunidades y privilegios:

- a) Libertad e inviolabilidad de las comunicaciones para fines oficiales, que el Estado receptor debe permitir y proteger. La misión puede emplear el correo diplomático y los mensajes en clave o cifrados. La correspondencia oficial es inviolable. La valija diplomática no puede ser abierta ni retenida, y la persona que ejerza las funciones de correo diplomático goza de inviolabilidad personal, y no puede ser detenido ni arrestado. La Comisión de Derecho Internacional ha estudiado el problema de los correos diplomáticos y las valijas no acompañadas. Destaca la regla propuesta por la Comisión que permite al Estado receptor solicitar que la valija diplomática sea sometida a inspección por medios electrónicos o técnicos, si tiene razones fundadas para creer que contiene algo distinto a correspondencia u objetos destinados a uso oficial. Si el Estado que envía rechaza la solicitud, el Estado receptor puede exigir que la valija sea devuelta a su lugar de origen (pero no puede abrirla o retenerla).
- b) Derecho a colocar la bandera y el escudo del Estado acreditante en los locales de la misión y en los medios de transporte.
- c) Privilegios fiscales y aduaneros: exención de impuestos y gravámenes nacionales, regionales y municipales sobre los locales de la misión. El Estado receptor permitirá la entrada, sin derechos de aduana ni gravámenes conexos, de los objetos destinados al uso oficial de la misión.

### 6.3. Inmunities y privilegios del personal de la misión

#### 6.3.1. Agentes diplomáticos

Los agentes diplomáticos gozan en primer lugar de inviolabilidad personal, no pudiendo ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor debe impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad (artículo 29).

Gozan también de inviolabilidad de residencia, documentación y correspondencia. La residencia particular del agente diplomático goza de la misma inviolabilidad que los locales de la misión.

Los agentes diplomáticos gozan de inmunidad de jurisdicción, que es absoluta en el caso de la jurisdicción penal. Si un agente diplomático comete un delito en el Estado receptor, el Gobierno de este Estado solo puede declararle persona non grata y obligarle a abandonar el país. También goza de inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, con las excepciones recogidas en el artículo 31.1 de la Convención que afectan a acciones reales sobre inmuebles particulares, acciones sucesorias en casos en que el agente diplomático figure y actúe a título privado, o acciones sobre actividades profesionales o comerciales que el agente diplomático ejerza fuera de sus funciones oficiales. En todos los casos, el Estado acreditante puede renunciar de modo expreso a la inmunidad, que es un derecho del Estado y no de la persona del agente diplomático. En caso de renuncia, los tribunales del Estado receptor podrán ejercer su jurisdicción sobre el agente diplomático.

Los agentes diplomáticos también gozan de inmunidad de ejecución, salvo en los casos mencionados del artículo 31.1. Esta inmunidad no les exime de cumplir las leyes y reglamentos del Estado receptor, precisión que ha de tenerse presente en el caso de la normativa sobre tráfico de vehículos de motor, que vincula a los agentes diplomáticos (también la normativa que sanciona las infracciones de tráfico), si bien la inmunidad de ejecución impide que las multas se puedan recaudar a través de medios coercitivos.

Los agentes diplomáticos también gozan de privilegios fiscales, al estar exentos de todos los impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales, regionales o locales, con las excepciones recogidas en el artículo 34, también de la exención del pago de derechos aduaneros por los objetos de uso personal del agente o de los miembros de su familia que formen parte de su casa. Rige asimismo la exención en materia de normas de seguridad social, salvo que el agente quiera participar voluntariamente y lo permita el Estado receptor y los acuerdos multilaterales o bilaterales.

Los familiares del agente diplomático gozan de las mismas inmunities y privilegios que este, siempre que formen parte de su casa y no sean nacionales del Estado receptor.

#### 6.3.2. Personal administrativo y técnico

El artículo 37.2 de la Convención concede a estas personas los mismos privilegios e inmunities que a los agentes diplomáticos, con dos excepciones: la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa solo cubre los actos realizados en ejercicio de sus funciones, y la franquicia aduanera solo incluye los objetos importados al realizar la primera instalación.

#### 6.3.3. Personal de servicio

Si no son nacionales del Estado receptor ni tienen en él su residencia permanente, estas personas gozan de inmunidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones,



de exención de impuestos por los salarios que perciban, y de exenciones en materia de seguridad social, estas últimas en los mismos términos que los agentes diplomáticos. Por otra parte, las personas al servicio privado de los miembros de la misión no forman parte de esta, pero si no son nacionales del Estado receptor ni tienen en él su residencia permanente, la Convención les concede exención de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban, y exención en materia de seguridad social si no son nacionales o residentes en el Estado receptor y están protegidos por las normas de seguridad social en el Estado acreditante. El Estado receptor ejercerá su jurisdicción sobre ellos de modo que no interfiera indebidamente en el ejercicio de las funciones de la misión.

### **7. Las Representaciones Permanentes ante Organizaciones Internacionales**

El estatuto jurídico-internacional de las misiones permanentes de los Estados ante las organizaciones internacionales debe deducirse de un número disperso de normas, entre las que hay que citar normas internacionales consuetudinarias, tratados internacionales (como los acuerdos sobre privilegios e inmunidades o los acuerdos de sede celebrados por la organización y el Estado anfitrión) y normas legislativas internas. Al no estar en vigor una convención de ámbito o vocación universal, se acentúan las peculiaridades casuísticas en función de cada organización internacional concreta, no existiendo apenas normas fijas para la creación de misiones permanentes.

Una peculiaridad de la situación ahora objeto de estudio es que las relaciones creadas por el establecimiento de misiones permanentes ante organizaciones internacionales tienen carácter triangular, al involucrar a la organización, al Estado acreditante y al Estado de sede, que es el sujeto que debe conceder y respetar los privilegios e inmunidades. Esto diferencia las misiones permanentes de los Estados ante organizaciones internacionales de las misiones diplomáticas que los Estados acreditan ante otros Estados, en las que la dinámica triangular no está presente. Por lo demás, los Estados miembros de una organización internacional pueden establecer misiones permanentes ante la misma, y los Estados no miembros pueden acreditar misiones permanentes de observación.

Una forma de adquirir criterios generales con los que mejor comprender y valorar la casuística particular existente en la práctica internacional, y los problemas asociados a la representación permanente de Estados ante organizaciones internacionales, es analizar brevemente la Convención de Viena sobre la representación de los Estados y sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (1975), que aún no está en vigor, ya que desde 2016 cuenta con 34 ratificaciones o adhesiones, siendo necesarias 35 para su entrada en vigor. España, ni ha firmado, ni ha ratificado o se ha adherido a la Convención de 1975. Tampoco lo han hecho varios Estados en cuyo territorio tienen su sede importantes organizaciones internacionales como Austria, Estados Unidos, Francia, Países Bajos o Suiza. Como señala Pastor Ridruejo, en la conferencia diplomática que adoptó la Convención de 1975 se enfrentaron los intereses de los Estados anfitriones (minoría) a los intereses de los Estados de envío (mayoría). A falta de esfuerzos negociadores y de compromisos conciliadores, en la votación final prevalecieron claramente los intereses de la mayoría, al precio de que los Estados anfitriones, cuya participación es necesaria para que la Convención de 1975 sea efectiva, no participen en ella.

Uno de los aspectos destacados de la Convención de 1975 es el relativo al establecimiento de misiones permanentes (artículo 5), siendo ello posible si las reglas de la organización lo permiten. Es decir, la organización puede oponerse, en términos de principio, al establecimiento de misiones permanentes, pero no al establecimiento de una misión en particular. El Estado anfitrión, por su parte, no puede oponerse al establecimiento de una misión concreta.

El Estado acreditante es libre en relación con el nombramiento de los miembros de la misión permanente, debiendo simplemente enviar las correspondientes credenciales a la organización. El número de miembros no debe exceder de lo razonable a la luz de las funciones de la organización, las necesidades de la misión, y las circunstancias del Estado anfitrión (artículo 14). Además, deben tener en principio la nacionalidad del Estado acreditante. La Convención de 1975 no faculta al Estado anfitrión a oponerse al nombramiento de una persona como miembro de una misión permanente y declararle persona no grata o no aceptable.

En estrecha relación con esto último, cabe plantearse qué sucede si un miembro de la misión permanente vulnera las leyes y reglamentos del Estado anfitrión, compromete su seguridad o interfiere en sus asuntos internos. El artículo 77.4 permite al Estado anfitrión adoptar “las medidas que sean necesarias para su propia protección”, debiendo consultar con el Estado que envía para que tales medidas no interfieran con el funcionamiento de la misión permanente. Ante el silencio de la Convención de 1975, una parte de la doctrina (Cahier, Pastor Ridruejo) se inclina por entender que estas medidas incluyen la declaración de persona non grata.

Finalmente, la Convención de 1975 regula las inmunidades y privilegios de la misión y del personal de la misión. En relación con la inviolabilidad de los locales de la misión permanente, la Convención ha optado por la inviolabilidad absoluta (la más restrictiva para el Estado anfitrión), en lugar de una inviolabilidad más limitada como la que gozan las misiones especiales conforme a la Convención de 1969.

## BIBLIOGRAFÍA

DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 18ª edición, 2013, pp. 383-392.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 24ª edición, 2020, pp. 516-537 y 545-547

SHAW, M.: *International Law*, 8th edition, Cambridge University Press, 2017, pp. 567-588

## Tema 10

### **La Convención de Viena de 1963. Las oficinas consulares: concepto, circunscripción y funciones. La jefatura y el personal de la oficina consular. Inviolabilidad, privilegios e inmunidades.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. La Convención de Viena de 1963. 3. Las Oficinas consulares: concepto y circunscripción y funciones. 4. La Jefatura y los miembros de la Oficina consular. 5. Inviolabilidad, privilegios e inmunidades.

#### **1. Contextualización**

Este tema se ocupa de la institución consular que cuenta hoy con un instrumento multilateral de gran aceptación y observancia por los Estados, la Convención de Viena de 1963. A la luz de esta Convención, se examina el concepto y circunscripción de la oficina consular, así como sus funciones que, siendo muy variadas, las más representativas son las relacionadas con la protección de los nacionales del Estado en el extranjero. Posteriormente, se trata la jefatura y los miembros de la oficina consular. Por último, la inviolabilidad, privilegios e inmunidades, cuya finalidad es garantizar el eficaz desempeño de las funciones de la oficina consular.

#### **2. La Convención de Viena de 1963**

La institución consular es muy antigua y anterior a la diplomática permanente. Vinculada en un principio al comercio internacional y a la necesidad de proteger en el extranjero a los ciudadanos que a él se dedicaban, las funciones que hoy realiza son producto de un desarrollo histórico largo y complejo, que explica el carácter variado e intrincado de las mismas.

De la institución consular encontramos precedentes en la Grecia clásica (los *prostates* y los *proxeni*) pero es en la Edad Media cuando la institución adquiere las características esenciales que están presentes en las actuales oficinas consulares. Durante el siglo XII, la institución tendría un amplio desarrollo en el Mediterráneo, extendiéndose en el siglo XIII al Atlántico oriental, al Mar del Norte y el Báltico. En los siguientes siglos se generaliza el envío de consulados y dejan de ser una magistratura corporativa para adquirir la condición de órgano del Estado que envía, actuando no sólo ante los nacionales sino igualmente ante las autoridades locales. La institución, además, tendió a asumir funciones diplomáticas y jurisdiccionales.

La aparición del Estado soberano en el siglo XVI, con la consiguiente centralización del poder estatal y el establecimiento de las misiones diplomáticas permanentes, que absorbieron buena parte de las funciones hasta entonces desempeñadas por los cónsules, provocó la decadencia de la institución consular. Pero a finales del siglo XVIII, el impulso del comercio, la navegación y la industria, así como la explosión de la emigración transoceánica, dio lugar a una recuperación de la institución. A esta época corresponden el Convenio consular de El Pardo de 1769 entre España y Francia o la promulgación en varios países -Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña- de su propia legislación consular. En el siglo

XIX se concluiría un buen número de convenios bilaterales en materia consular -bien, tratados consulares o tratados de paz, bien tratados de comercio y navegación con disposiciones consulares-. Se alcanza así un alto grado de uniformidad jurídica y práctica que hace posible la codificación del Derecho Internacional de las relaciones consulares.

Una primera manifestación de la codificación fue de ámbito regional con la Convención de la Habana sobre agentes consulares, concluida en 1928. En el ámbito mundial se adoptaría el 24 de abril de 1963 la Convención sobre relaciones consulares, que está en vigor desde el 19 de marzo de 1967 y a fecha de hoy son parte 180 Estados. España se adhirió a esta Convención el 3 de febrero de 1970 (B.O.E. de 6 de marzo de 1970). El Convenio europeo sobre funciones consulares, de 11 de diciembre de 1967, completa en el ámbito europeo la Convención de 1963. En vigor desde el 2011, el Convenio sólo ha sido ratificado por cinco Estados, siendo uno de ellos España (B.O.E. de 8 de abril de 2011).

Como rasgos generales de la Convención de 1963, puede señalarse que la mayoría de sus disposiciones se basan en el Derecho consuetudinario preexistente, aunque algunas constituyen manifestaciones de desarrollo progresivo del Derecho internacional. Asimismo, el régimen de la Convención se articula sobre la idea central de la oficina consular, entendida como órgano institucional de las relaciones consulares, e independiente desde el punto de vista conceptual de las personas físicas que componen la oficina. Y, relacionado con este rasgo, los privilegios e inmunidades que concede la Convención tienen un fundamento funcional y no personal.

### 3. Las Oficinas consulares: concepto y circunscripción y funciones

#### A) Concepto y circunscripción

La oficina consular es el órgano de la administración pública de un Estado en el territorio de otro Estado encargado del ejercicio de las funciones consulares.

Al igual que en las relaciones diplomáticas, el *establecimiento de relaciones consulares* está basado en el principio de consentimiento mutuo (art. 2). Ahora bien, el establecimiento de relaciones consulares tiene consecuencias de menor entidad que el mantenimiento de relaciones diplomáticas pues si estas últimas significan el reconocimiento de Estados, las relaciones consulares no comportan ineludiblemente tal reconocimiento, precisamente por el carácter no representativo de las misiones consulares. El mantenimiento de relaciones consulares tampoco significa forzosamente el reconocimiento de gobiernos. Asimismo, el establecimiento de relaciones consulares no implica el establecimiento de relaciones diplomáticas y la ruptura de estas últimas tampoco implica obligatoriamente la ruptura de relaciones consulares. En todo caso, el consentimiento otorgado para el establecimiento de relaciones diplomáticas implica, salvo indicación en contrario, el consentimiento para el establecimiento de las relaciones consulares.

El mutuo acuerdo entre el Estado que envía y el Estado receptor impera también en el establecimiento de una oficina consular, la fijación y modificación de su sede, clase y circunscripción (art. 4) y determinación del número de miembros de una oficina consular (art. 20). Cada oficina consular tiene su propia sede y circunscripción. Se entiende por *circunscripción consular* el territorio atribuido a una oficina consular para el ejercicio de las funciones consulares (art. 1.1 b). Cada circunscripción tiene en principio carácter exclusivo. Esta regla tiene dos excepciones. La primera, cuando una oficina consular sea dependiente de otra oficina consular. En este caso de superposición de circunscripciones consulares, el de la oficina independiente extiende su ámbito territorial sobre la circunscripción de la oficina dependiente, de modo que ejercerá en esta circunscripción tanto las funciones no

atribuidas a la oficina dependiente, como si fuese preciso, las que le han sido atribuidas. La otra excepción está prevista en el artículo 6 de la Convención, que señala que “En circunstancias especiales, el funcionario consular podrá, con el consentimiento del Estado receptor, ejercer sus funciones fuera de su circunscripción consular”.

La Convención prevé también la posibilidad de que una oficina consular establecida en un Estado asuma el ejercicio de funciones consulares en otros Estados, que ejerza funciones consulares por cuenta de un tercer Estado o que dos o más Estados designen a la misma persona como funcionario consular (arts. 7, 8 y 18). En los dos primeros casos, se requiere que se notifique al Estado o Estados receptores y que éstos no se opongan. En el tercer caso, es necesario el consentimiento previo del Estado receptor. Por otra parte, el jefe de la oficina o cualquier funcionario consular puede actuar como representante de su Estado ante una organización internacional, lo que sólo requiere la previa notificación al Estado receptor (art. 17).

En España, la creación, modificación y supresión de oficinas consulares se lleva a cabo mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministerio de Asuntos Exteriores, del que dependen orgánica y funcionalmente (art. 47. 2 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la acción y del servicio exterior del Estado). Los agentes consulares honorarios se rigen por el Real Decreto 1.390/2007, de 29 de octubre.

En cuanto a la *terminación de las funciones consulares*, tiene lugar cuando deja de existir el consentimiento mutuo que está en la base de su establecimiento (art. 25). Otras causas de terminación operan en caso de conflicto armado y de extinción de la personalidad jurídica internacional de cualquiera de los Estados interesados.

#### B) Funciones consulares

El artículo 5 de la Convención ofrece una relación detallada de las funciones consulares y sin carácter exhaustivo, pues como señala su letra *m*, la oficina puede ejercer otras funciones que le confíe el Estado que envía, siempre que no estén prohibidas por las leyes o reglamentos del Estado receptor o que éste no se oponga, así como las que estén reconocidas en los tratados consulares vigentes entre ambos Estados.

Estas funciones, numerosas y diversas, pueden ser clasificadas en los siguientes grupos:

- Funciones que coinciden en cierto modo con las de las misiones diplomáticas*, en las que encontramos las de protección, fomento de relaciones entre el Estado que envía y el Estado receptor, e información. En cuanto a la función de protección, se incluye como función consular la de “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional” (art. 5 *a*). A estos efectos, debe diferenciarse la protección diplomática de la protección consular. La primera supone una solicitud de reclamación que se presenta al Gobierno del Estado receptor en reparación de un daño consumado y, por tanto, definitivo; reclamación que requiere una violación del Derecho internacional y el previo agotamiento de los recursos internos si el daño ha sido ocasionado a un nacional. Sin embargo, la protección consular comporta la reclamación ante el propio órgano del Estado receptor del que emane el acto ilícito, que puede ser un órgano local o territorial o incluso, si lo permiten las leyes del Estado receptor o un acuerdo internacional, un órgano central. Esta reclamación requiere una violación del Derecho internacional o simplemente del Derecho interno del Estado receptor, aunque no el previo agotamiento de los recursos internos del Estado receptor. En cuanto a la función de fomento de relaciones mutuas, la Convención de 1963 incluye específicamente fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, mencionando también las relaciones económicas, culturales y científicas entre

el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos (art. 5 b). Respecto a la función de información, que se hará por medios lícitos, se restringe a “las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor”, añadiendo que la información debe darse no sólo al Gobierno del Estado que envía, sino también proporcionando datos a las personas interesadas (art. 5 c).

-La *asistencia consular* consiste en la acción encaminada a facilitar a los nacionales la permanencia en el territorio del Estado receptor, y a diferencia de los casos de ejercicio de la protección consular no presupone un comportamiento de las autoridades locales contrario al Derecho interno o al Derecho internacional. El artículo 5 proclama de forma genérica esta función (“prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas”, apartado e), refiriéndose luego a casos específicos de asistencia relativos a sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor (apartado g); velar por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela (apartado h); y representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no pudieran defenderlos oportunamente (apartado i). Se trata, en este último supuesto, de una representación *ex officio*. Para facilitar el ejercicio de la asistencia consular, el artículo 36 de la Convención enuncia unas reglas sobre comunicación de los funcionarios consulares con los nacionales del Estado que envía. Éstas consagran la libertad de comunicación e incluso la obligación que tienen las autoridades competentes del Estado receptor, cuando el interesado lo solicita, de informar sin retraso alguno a la oficina consular cuando en su circunscripción un nacional del Estado que envía sea arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva. También se establece el derecho de los funcionarios consulares a visitar al nacional en cuestión y organizar su defensa ante los tribunales; se formula, asimismo, el derecho a visitar a los nacionales que cumplan una sentencia privativa de libertad. En el asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), sentencia de 27 de junio de 2001, la Corte Internacional de Justicia reconoció que el artículo 36 implica no sólo la facultad de la oficina consular del Estado que envía de llevar a cabo estas funciones, sino también un derecho individual de los nacionales de ese Estado<sup>1</sup>.

-Otra función consular es “extender *pasaportes y documentos de viaje* a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado” (art. 5 d). También ejercita funciones *notariales y registrales*, que son las de “actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor (art. 5 f).

-En cuanto a la *cooperación judicial internacional*, es función consular “comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los

---

<sup>1</sup> Asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), sentencia de 27 de junio de 2001. La Corte también estimó que se había violado el artículo 36 en el asunto *Avena y otros ciudadanos mexicanos* (México c. Estados Unidos de América), sentencia de 31 de marzo de 2004., o también, en el asunto *Jadhav* (India c. Pakistán), sentencia de 17 de julio de 2019.

acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor (art. 5 j).

-En materia de *navegación marítima y aérea*, corresponde a la oficina consular el control e inspección de los buques y aeronaves del Estado que envía, así como de sus tripulaciones, de conformidad con las leyes y reglamentos de dicho Estado (art. 5 k). También, prestarles ayuda, recibir declaración sobre sus viajes, examinar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las competencias del Estado receptor, realizar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán y la tripulación, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía” (art. 5 l).

-Por su parte, la letra *m* del artículo 5 enuncia una regla *residual*, pudiendo citarse otras funciones de la oficina consular, algunas de ellas implícitamente recogidas entre las enumeradas en el artículo 5 de la Convención: vigilar el cumplimiento de los tratados, autorizar la celebración de matrimonios, funciones relativas al servicio militar de los nacionales del Estado que envía o las relativas al voto, o la seguridad social, o a la emigración o establecimiento.

Las funciones consulares pueden ser ejercidas también por las misiones diplomáticas, según las disposiciones de la Convención y a través de las llamadas secciones consulares (art 3).

#### 4. La Jefatura y los miembros de la Oficina consular

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención, la oficina consular está formada por distintas categorías de personas:

##### A) El jefe de la oficina consular

Según la clase de oficina que dirija, el jefe de la misma puede ser alguna de estas categorías: cónsul general, cónsul, vicescónsul y agente consular (art. 9). El jefe de la oficina entra en la categoría de funcionario consular, siéndole aplicable la clasificación de funcionarios consulares establecida en el artículo 1.2: funcionarios consulares de carrera (cónsules *missi*) y funcionarios consulares honorarios (cónsules *electi*). Ambas categorías se diferencian en que los cónsules de carrera son funcionarios del Estado que envía y tienen su nacionalidad mientras que los cónsules honorarios suelen ser habitualmente nacionales del Estado receptor y no son funcionarios del Estado que envía, del que no reciben retribución por el ejercicio de sus funciones. Residen habitualmente en el Estado receptor, en el que desarrollan su actividad principal.

El inicio de las funciones del jefe de la oficina consular se produce tras su nombramiento por el Estado que envía y su admisión por el Estado receptor (art. 10). Para ello, es necesario, por un lado, que el Estado que envía expida una *carta patente*, que es el documento que acredita su nombre completo, clase y categoría, la circunscripción consular y la sede de la oficina consular (art. 11). Por otro lado, es necesario el *exequátur* del Estado receptor, que contiene su autorización para que sea admitido en el ejercicio de sus funciones y que tiene carácter discrecional. El Estado que se niegue a otorgar el *exequátur* no estará obligado a comunicar al Estado que envía los motivos de esa negativa (art. 12). Además, en cualquier momento, y sin tener obligación de indicar las razones, el Estado receptor podrá comunicar al Estado que envía que el jefe de la oficina consular es persona *non grata* (art. 23)

B) Los funcionarios consulares

Son las personas encargadas del ejercicio de las funciones consulares, entre ellas el jefe de la oficina (art. 1. d), que pueden ser de carrera y honorarios. El Estado que envía puede en principio nombrarlos libremente, bastando con que notifique su nombramiento, clase y categoría (art. 19). No obstante, si sus leyes y reglamentos lo exigen, el Estado que envía podrá pedir al Estado receptor, o éste conceder, el *exequátur* (art. 19). Pueden ser declarados personas *non grata* en cualquier momento por el Estado receptor, sin obligación de indicar los motivos (art. 23).

C) Los empleados consulares

Son las personas encargadas del servicio administrativo o técnico de una oficina consular (art. 1. e). El Estado que envía también procede libremente a su nombramiento o a su contratación entre nacionales o residentes del Estado receptor, debiendo no obstante notificarlo en cada caso. Pueden ser declaradas en cualquier momento personas no aceptables por el Estado receptor sin deber de exponer las razones (art. 23).

D) Los miembros del personal de servicio

Son las personas empleadas en el servicio doméstico de una oficina consular (art. 1. f). Su nombramiento o contratación se rige por las mismas reglas aplicables a los empleados consulares. Pueden ser declaradas en cualquier momento personas no aceptables por el Estado receptor en cualquier momento sin necesidad de exponer las razones (art. 23).

## 5. Inviolabilidad, privilegios e inmunidades

El estatus consular está integrado por un conjunto de facilidades, privilegios e inmunidades que garantizan el desempeño eficaz de las funciones consulares. Aunque el preámbulo de la Convención les asigna un fundamento funcional, éstos son mayores para las oficinas dirigidas por funcionarios consulares de carrera y personas que la integran, que para las oficinas encabezadas por cónsules honorarios y personas físicas que forman parte de ellas.

A) Oficina consular:

Facilidades: el Estado receptor debe conceder “todas las facilidades para el ejercicio de las funciones de la oficina consular” (art. 28) y facilitar la adquisición de los locales necesarios (art. 30). Asimismo, debe facilitar la libre comunicación, incluida la comunicación con los nacionales del Estado que envía (arts. 35 y 36).

Privilegios: exención fiscal de los locales consulares y la residencia del jefe de la oficina consular de carrera de los que sea propietario o inquilino el Estado que envía o cualquier persona que actúe en representación suya (art. 32); libertad de tránsito y circulación de los miembros de la oficina consular por el territorio del Estado (art. 34); libertad de comunicación de la oficina consular (art. 35); y exención fiscal sobre las cantidades percibidas en concepto de derechos y aranceles consulares (art. 39).

Inmunidades: inviolabilidad de los locales consulares, siempre que se utilicen exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, en los que las autoridades no podrán penetrar sin autorización del jefe de la oficina (art. 31); e inviolabilidad de los archivos y documentos consulares dondequiera que se encuentren (art. 33).



A) Funcionarios consulares de carrera y demás miembros de la oficina consular:

Facilidades: ser tratados con la debida deferencia y adoptarse todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad (art. 40); comunicar sin demora al jefe de la oficina sobre cualquier arresto o detención de un miembro del personal consular (art. 42) y al ser llamado como testigo, evitarle cualquier perturbación en el ejercicio de sus funciones (art. 44).

Privilegios: la exención de inscripción en el registro de extranjeros y del permiso de residencia para los empleados consulares y sus familiares, a excepción de aquellas personas que no sean funcionarios permanentes o ejerzan una actividad privada lucrativa (art. 46); eximirles de la obligación de prestar testimonio por hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones, así como de exhibir la correspondencia y los documentos oficiales referentes a ellos (art. 44); exención de las obligaciones relativas a los permisos de trabajo que las leyes les impongan para el empleo de los trabajadores extranjeros (art. 47); exención de las disposiciones sobre la seguridad social (art. 48); exención fiscal de impuestos o gravámenes personales o reales (art. 49); la concesión de franquicia aduanera para los objetos de uso oficial de la oficina consular y de uso personal de los funcionarios y sus familias (art. 50); permiso de exportación de bienes muebles y exención del pago de impuestos de transmisión por los mismos en caso de fallecimiento de un miembro de la oficina consular (art. 51); y exención de prestaciones familiares (art. 52).

Inmunidades: gozan de inviolabilidad personal, aunque en grado menor que los agentes diplomáticos, puesto que no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva, sino cuando se trata de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente (art. 41). En los demás casos, sólo podrá limitarse su libertad por sentencia firme (art. 41). No se les reconoce la inviolabilidad de la residencia particular. En cuanto a la inmunidad de jurisdicción, los funcionarios consulares están beneficiados cuando se trate de actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones, aunque si se trata de la jurisdicción civil no hay exención cuando el procedimiento resulte de un contrato no concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía, o de la acción de un tercero como consecuencia de daños causado por un accidente de vehículo, buque o avión ocurrido dentro del Estado receptor (art. 43).

C) Funcionarios consulares honorarios y las oficinas consulares dirigidas por los mismos: Los privilegios e inmunidades son menores tanto en lo relativo a la propia oficina como en lo concerniente a las personas que la integran. Así, los locales de la oficina no gozan de inviolabilidad. Sólo se les protege de toda intrusión o daño y se evitará que la tranquilidad de los mismos se vea perturbada (art. 59). Los archivos y documentos sí son inviolables dondequiera que se encuentren, a condición de que se encuentren separados de otros papeles y documentos, en especial de la correspondencia particular del jefe de la oficina (art. 61). La exención fiscal de los locales consulares sólo se concede para los casos en que el Estado que envía sea directamente propietario o inquilino de los mismos (art. 60). La oficina disfruta de franquicia aduanera respecto a ciertos objetos, descritos específicamente, destinados a su uso oficial (art. 62). Goza también de libertad de comunicación, con alguna pequeña excepción (art. 58).

Respecto al jefe de la oficina y demás funcionarios consulares, no disfrutan de la inviolabilidad personal, aunque el Estado receptor tiene la obligación de concederles la protección que puedan necesitar en razón de su carácter oficial (art. 65). Sí gozan de inmunidad de jurisdicción por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones (art. 58). Por su parte, sólo se benefician de exención fiscal respecto de los emolumentos que perciba

del Estado por el ejercicio de sus funciones consulares (art. 66), están exentos de prestaciones personales (art. 67) y tienen algunos otros privilegios e inmunidades (art. 58). Los privilegios e inmunidades no se extienden a los miembros de su familia (art. 58).

### **BIBLIOGRAFÍA:**

-PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 24ª edición, 2020, pp. 549-562.

-VILARIÑO PINTOS, E.: *Curso de Derecho diplomático y consular*, 6ª edición, 2019, pp. 112-142, 173-177 y 539 y ss.

### **PÁGINAS WEB:**

-Corte Internacional de Justicia: [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)

En particular, Asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), sentencia de 27 de junio de 2001 (*ICJ, Reports, 2001*): <https://www.dipublico.org/cij/doc/134.pdf> (resumen del fallo)

Asunto *Avena y otros ciudadanos mexicanos* (México c. Estados Unidos de América), sentencia de 31 de marzo de 2004 (*ICJ, Reports*): <https://www.dipublico.org/cij/doc/147.pdf> (resumen del fallo)

Asunto *Jadhav* (India c. Pakistán), sentencia de 17 de julio de 2019 (*ICJ, Reports, 2019*): <https://www.dipublico.org/cij/doc/234.pdf> (resumen del fallo)

## Tema II

**Las competencias territoriales del Estado. El territorio. Los modos de adquisición de la competencia territorial. Las fronteras y la cooperación transfronteriza. Las fronteras españolas. El espacio aéreo. Espacios de interés internacional: los espacios polares, los cursos de agua internacionales, los canales internacionales, el espacio ultraterrestre.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. Las competencias territoriales del Estado. 3. El Territorio. 4. Los modos de adquisición de la competencia territorial. 4.1. Ideas generales. 4.2. Modos originarios. 4.3. Modos derivativos. 4.4. Principio de efectividad y principio *uti possidetis iuris*. 5. Las fronteras y la cooperación transfronteriza. 5.1. Las fronteras: delimitación y estabilidad. 5.2. La cooperación transfronteriza. 6. Las fronteras españolas. 6.1. La frontera con Francia. 6.2. La frontera con Portugal. 6.3. La frontera con el Territorio Británico de Ultramar de Gibraltar. 6.4. La frontera con Andorra. 6.5. Las fronteras con Marruecos. 7. El espacio aéreo. 8. Espacios de interés internacional: 8.1. Los espacios polares. 8.1.1. El espacio polar ártico. 8.1.2. El espacio polar antártico. 8.2. Los cursos de agua internacionales. 8.3. Los canales internacionales. 8.4. El espacio ultraterrestre

### 1. Contextualización

En el Derecho internacional actual, atributos esenciales del Estado como la soberanía y la jurisdicción solo se entienden plenamente con referencia a un territorio concreto, el constitutivo de cada Estado. Los Estados son sujetos internacionales territoriales, al contrario que las organizaciones internacionales. El territorio es así un concepto clave en el ordenamiento jurídico internacional, y coexiste con otras nociones como la de patrimonio común de la humanidad, que si bien relativizan en parte la de territorio, en modo alguno reducen su importancia para la estructura de la comunidad internacional

### 2. Las competencias territoriales del Estado

El Estado, en virtud de su carácter soberano, ejerce una serie de competencias de modo independiente y en igualdad con los demás Estados. Dichas competencias, que pueden ser contempladas como una proyección jurídica de la soberanía, son de carácter personal o territorial, sin perjuicio de que algunas de esas competencias se proyecten extraterritorialmente.

La soberanía territorial del Estado, y las competencias territoriales que de ella derivan, se caracterizan por su plenitud, exclusividad e inviolabilidad. *Plenitud* porque el Estado puede ejercer todas las competencias necesarias para el cumplimiento de sus funciones. *Exclusividad* porque en el territorio de un Estado no se permite el ejercicio de competencias territoriales de otro Estado sin el consentimiento del primero. *Inviolabilidad* porque es una obligación de Derecho internacional respetar la soberanía e integridad territorial de otros Estados.

El Estado ejerce sus competencias sobre una base física, su territorio, que a la vez es uno de los elementos constitutivos y esenciales del Estado.

### 3. El territorio

Kelsen definió el territorio del Estado como “el espacio al que se limita la validez del orden jurídico del Estado”. Esta definición jurídico-formal, sin embargo, no tiene en cuenta la posible proyección extraterritorial de la legislación y la jurisdicción estatales. Tampoco considera aspectos sustantivos importantes como la soberanía permanente del Estado sobre los recursos naturales de su territorio,

Pastor Ridruejo sostiene que no es necesario contar con una definición del territorio en Derecho internacional, debido a su carácter estable y generalmente preciso. Basta con señalar que el territorio del Estado se extiende sobre la tierra firme, el mar territorial y el espacio aéreo que se levanta sobre ambos espacios. El territorio, en esta concepción tridimensional, es el elemento más fijo del Estado, el que le da mayor estabilidad y continuidad.

Las Constituciones estatales no suelen definir el territorio, salvo en el caso de algunos Estados federales o Estados con límites territoriales en discusión. La Constitución española de 1978 tampoco los define, aunque sí hace referencia a su integridad territorial (artículos 8 y 94). En todo caso, el territorio español comprende el espacio terrestre, las aguas interiores y el mar territorial (Ley 10/ 1977, de 4 de enero, sobre mar territorial), y el espacio aéreo que se levanta sobre los anteriores espacios (Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea).

### 4. Los modos de adquisición de la competencia territorial

#### 4.1. Ideas generales

El Estado ejerce legítimamente sus competencias sobre un territorio cuando ha adquirido un título de soberanía sobre el mismo. Los modos en que se adquiere dicho título de soberanía han sido tradicionalmente clasificados, por influencia del Derecho romano, en modos originarios y derivados. En los modos originarios la soberanía se adquiere sobre un territorio no sometido a la soberanía de otro Estado. En los modos derivativos, sucede lo contrario.

Estos modos de adquisición de la competencia territorial han de ser puestos en relación con reglas de Derecho internacional, como las derivadas del principio de efectividad. Según este principio, es el ejercicio efectivo de funciones estatales en un territorio el que hace nacer la soberanía (y sus correspondientes competencias) sobre dicho territorio. Por su parte, el principio de la relatividad de la efectividad supone que la intensidad y características de las funciones estatales ejercidas han de ser examinadas a la luz de las circunstancias del caso concreto.

#### 4.2. Modos originarios

a) *Título histórico*: Es frecuente que el territorio forme parte del origen histórico del Estado. Opera en ese caso el principio de efectividad en el ejercicio de funciones estatales, oponible a todos los demás Estados.

b) *Adquisición de terra nullius*: En la pasada era de los descubrimientos se encontraron numerosos territorios no sometidos a la soberanía estatal, pero hoy en día no quedan tierras por descubrir y este modo adquisitivo ha perdido importancia. La jurisprudencia internacional ha considerado el descubrimiento como un título incipiente o imperfecto

(*inchoate title*), que si no va seguido del ejercicio de funciones estatales cede ante el principio de efectividad, como muestra la sentencia arbitral en el *asunto de la Isla de Palmas (1928)*.

c) *Accesión*: Se produce cuando aparecen masas terrestres que se incorporan al territorio ya existente, ya sea de modo artificial (obra humana, como la construcción de muelles) o natural (aluvión, delta o formación de islas). El Estado del territorio principal adquiere soberanía sobre estas tierras *ipso facto* y sin necesidad de proclamación, según el principio *accessorium sequitur principalis*. Un ejemplo de aluvión se da en la lengua de arena formada entre el Peñón de Vélez de La Gomera y la costa continental africana, cuya soberanía corresponde a España y Marruecos a partes iguales. Otro ejemplo de accesión se dio con la emersión volcánica de una isla en el mar territorial generado por la isla de Iwo Jima. La nueva isla es considerada territorio de Japón.

#### 4.3. Modos derivativos

a) *Cesión*: Existen varios ejemplos de cesión territorial por título convencional o tratado, como muestra la práctica de los tratados de paz, o también los tratados de cesión de un territorio a cambio de una contrapartida pecuniaria, como la compra de Luisiana a Francia por parte de Estados Unidos (1803), o el Tratado de Madrid (1899), por el que España cedió las Islas Carolinas, Marianas y Palao a Alemania a cambio de 25 millones de pesetas. La adquisición de soberanía por cesión se perfecciona con la ocupación del territorio y el ejercicio efectivo de funciones estatales por parte del Estado cesionario. La Corte Permanente de Justicia Internacional consideró en el *asunto de los intereses alemanes en la Alta Silesia* que la soberanía sobre el territorio cedido continuaba hasta “la completa desaparición de todo vínculo político con el Estado cedente”, aunque el tratado de cesión hubiera entrado en vigor.

b) *Conquista*: Fue importante en el Derecho internacional clásico, cuando la guerra era considerada una prerrogativa del Estado, posición luego fuertemente cuestionada por el Pacto Briand-Kellogg (1928) y la doctrina Stimson. El Derecho internacional contemporáneo repudia la conquista como modo de adquisición territorial, a la vista de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza (artículo 2.4 Carta de las Naciones Unidas). La resolución 2625 de la Asamblea General (1970) declara expresamente que “no se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada del uso de la fuerza”.

c) *Prescripción*: Se puede dar cuando el territorio ha estado bajo la soberanía territorial de un Estado, pero otro Estado ha ejercido de modo efectivo funciones estatales durante un tiempo, sin protesta del primer Estado, lo cual equivaldría a aquiescencia. El Derecho internacional no cuantifica el período de tiempo necesario para que la prescripción se haga efectiva. Este modo de adquisición territorial es discutido, si bien la Corte Internacional de Justicia aceptó valorar los argumentos jurídicos relativos a la prescripción en el *asunto relativo a las islas de Kasikili/Sedudu (Botsuana c. Namibia)* en 1999.

#### 4.4. Principio de efectividad y principio *uti possidetis iuris*

El principio de efectividad tiene importancia en todos los modos de adquisición de la competencia territorial. Sin embargo, en las controversias sobre límites territoriales entre Estados de reciente independencia como resultado del proceso de descolonización, prevalecen siempre los títulos sobre el principio de efectividad. En estos casos, rige el principio *uti possidetis iuris* (“como poseéis de acuerdo al derecho, así poseeréis”), que impone el respeto a los límites, internacionales o internos, establecidos en títulos procedentes de la época colonial. Solo cuando estos títulos son imprecisos o inexistentes

entra en juego el principio de efectividad, como apreció la Corte Internacional de Justicia en el *asunto de la controversia fronteriza entre Burkina Faso y la República de Malí* (1986). En el *caso de la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* entre El Salvador y Honduras (1992) la Corte aplicó el principio *uti possidetis iuris* a la soberanía sobre espacios marítimos. Por otro lado, la aplicación del principio *uti possidetis iuris* requiere que las autoridades coloniales hayan realizado en su momento una delimitación entre los territorios concernidos, a falta de la cual este principio no resulta aplicable, entrando entonces en juego el de efectividad.

## 5. Las fronteras y la cooperación transfronteriza

### 5.1. Las fronteras: determinación y características

Como señala Pastor Ridruejo, en la determinación de las fronteras concretas se sigue un proceso que comprende tres fases: a) *Elección de principios*: la línea media en los lagos, la línea central en las vías de agua no navegables, la línea de mayor profundidad (*thalweg*) en los ríos navegables, la línea que une las crestas más elevadas de montañas y picos, o líneas astronómicas como meridianos y paralelos. En Estados surgidos de la colonización, se aplica el principio *uti possidetis iuris*; b) *Trazado de los límites sobre un mapa*, operación que se realiza en el propio tratado fronterizo, o bien posteriormente por una Comisión de Límites establecida por aquél; y c) *Demarcación del terreno*, realizada por la Comisión de Límites o las autoridades locales en un proceso contradictorio, y que se hace constar por señales visibles, como el amojonamiento.

Desde un punto de vista jurídico-internacional, la característica más importante de las fronteras ya establecidas es su estabilidad, lo cual tiende a evitar conflictos territoriales potencialmente peligrosos. Dicha estabilidad se manifiesta en que no cabe invocar el cambio fundamental de circunstancias como causa de terminación de un tratado cuando el mismo establezca una frontera (artículo 62 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969), o en que una sucesión de Estados en un tratado no afecta a las fronteras establecidas por el mismo (artículo 11 Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados, 1978), y ni siquiera afecta a la frontera la terminación del propio tratado, como decidió la Corte Internacional de Justicia en el *asunto de la controversia territorial, Jamahiriya Árabe de Libia c. Chad* (1994).

### 5.2. La cooperación transfronteriza

Las fronteras representan un límite a la soberanía territorial, pero también ofrecen la posibilidad de cooperación internacional, en forma de cooperación transfronteriza. Este tipo de cooperación trata de dar respuesta a las cuestiones que plantea el hecho fronterizo, como el tráfico de personas, en especial trabajadores, los controles policiales y aduaneros, las comunicaciones o la explotación de recursos compartidos. La cooperación transfronteriza puede realizarse a nivel estatal, regional y local.

En el seno del Consejo de Europa se ha adoptado la *Convención-marco europea sobre cooperación transfronteriza entre autoridades y colectividades territoriales* (1980), que España ratificó en 1990, subordinando su aplicación efectiva a la conclusión de acuerdos interestatales con el Estado interesado. Ello sucedió en 1995 con Francia y en 2002 con Portugal. La cooperación que establezcan las Comunidades Autónomas con regiones francesas y portuguesas al otro lado de la respectiva frontera debe respetar los límites del Convenio-marco de 1980.

Antes de la entrada en vigor del Convenio-marco, la cooperación transfronteriza entre regiones se articuló a través de mecanismos de coordinación que no constituían acuerdos jurídicos propiamente dichos, como la Comunidad de Trabajo de los Pirineos, en 1983 (con participación de País Vasco, Navarra, Aragón y Cataluña) o la Comunidad de Trabajo Galicia- Región del Norte de Portugal (1991). Estos mecanismos no pueden ser considerados acuerdos internacionales dado que sus participantes carecen de *ius ad tractatum*. La entrada en vigor del Convenio-marco de 1980 y la de los mencionados acuerdos con Francia y Portugal ha significado la necesidad de adaptación de los mecanismos de cooperación no normativos entre regiones como ha ocurrido en 2006 con el Convenio de cooperación transfronteriza entre la Región del Norte de Portugal y Galicia.

## 6. Las fronteras españolas

Siguiendo a Pueyo Losa, se pueden describir las fronteras españolas del modo siguiente:

### 6.1. La frontera con Francia

La frontera occidental hispano-francesa, desde la desembocadura del río Bidasoa hasta el límite de la provincia de Huesca (provincias de Guipúzcoa y Navarra), está delimitada por el Tratado de Bayona (2 de diciembre de 1856). El condominio sobre la Isla de los Faisanes está reglamentado en un Tratado de 1857 y el Convenio de 27 de marzo de 1901. El sector correspondiente a las provincias de Huesca y Lérida, hasta Andorra, está delimitado por el Tratado de Bayona (14 de abril de 1862). El túnel fronterizo de Somport está delimitado por el Convenio de París de 12 de junio de 1928. Por último, la frontera desde el Valle de Arán hasta el Mediterráneo está delimitada por el Tratado de Bayona de 26 de mayo de 1866 y en la Declaración de Bayona de 4 de junio de 1906. En este sector de la frontera se encuentra el enclave español de la Villa de Llívia, regulado por el Tratado de 12 de noviembre de 1660.

### 6.2. La frontera con Portugal

Las fronteras hispano-lusas están establecidas con carácter general en el Convenio de Lisboa de 29 de septiembre de 1864. La delimitación de la frontera desde la desembocadura del Miño hasta la confluencia del Caya con el Guadiana se fija mediante Canje de Notas de 1 de diciembre de 1906. Los límites fronterizos con la Dehesa La Contienda se establecen en el Convenio de Madrid de 27 de marzo de 1893. Y finalmente, la frontera que va desde la confluencia del Cuncos con el Guadiana se establece en el Convenio de Lisboa de 29 de junio de 1928.

### 6.3. La frontera con el Territorio de Ultramar Británico de Gibraltar

Está establecida en el artículo 10 del Tratado de Utrecht de 13 de julio de 1713, por el que se cede a la Corona británica la Ciudad y el Castillo de Gibraltar, así como su puerto, defensas y fortalezas que le pertenecen.

### 6.4. La frontera con Andorra

Su delimitación se remonta a tiempos inmemoriales, sin que exista tratado de límites ni normas al respecto en la Constitución de Andorra (1993).

### 6.5. Las fronteras con Marruecos

El Tratado de Paz y Amistad entre España y Marruecos de 26 de abril de 1860 ampliaba el territorio de Ceuta para garantizar la seguridad de la guarnición de esta plaza, creándose además una comisión para la demarcación y conservación de límites. En el Convenio de 24 de agosto de 1859 Marruecos cedió a España territorio próximo a la plaza de Melilla con

idéntico fin, tras lo cual se adoptó un Acta de demarcación (1862) y un Acuerdo de conservación de límites (1863).

La soberanía española en sus territorios en el norte de África tiene como títulos iniciales la cesión (Ceuta), la conquista (Melilla), y la ocupación (peñones de Vélez de la Gomera, Alhucemas y las islas Chafarinas).

## 7. El espacio aéreo

### 7.1. La Convención sobre Aviación Civil Internacional

Con el desarrollo de la aviación a principios del siglo XX, se planteó el debate entre el principio de libertad del aire y el de soberanía del Estado subyacente sobre su espacio aéreo. Este segundo principio fue recogido en el Convenio de París (1919), y alcanzó firme arraigo cuando finalizaba de la segunda guerra mundial, momento en que empezaron a cobrar importancia las cuestiones comerciales de la navegación aérea. Una conferencia internacional celebrada en Chicago dio como resultado la firma de la Convención sobre Aviación Civil Internacional (1944).

La Convención de Chicago contiene normas básicas en relación con el espacio aéreo, como: a) soberanía del Estado subyacente sobre su espacio aéreo; b) aplicación exclusiva a aeronaves civiles, pues la Convención no se aplica a aeronaves de Estado (militares, policiales o aduaneras); c) libertad de sobrevuelo y escala técnica de aeronaves extranjeras que no presten servicios con itinerario fijo; y d) creación de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI). Los desacuerdos se centraron en la regulación de la aviación comercial internacional con itinerario fijo, y en concreto sobre como conceder y aplicar las cinco libertades del aire, siendo las tres últimas las libertades propiamente comerciales: 1) libertad de sobrevuelo de territorio extranjero sin aterrizaje; 2) libertad de escala técnica en territorio extranjero; 3) libertad de desembarcar en territorio extranjero pasajeros, correo y mercancías embarcadas en el Estado de nacionalidad de la aeronave; 4) libertad de embarcar en territorio extranjero pasajeros, correo y mercancías con destino al territorio del Estado de nacionalidad de la aeronave; y 5) libertad de embarcar en territorio extranjero pasajeros, correo y mercancías con destino a otro territorio extranjero.

El desacuerdo entre las tesis liberales (sostenidas por los Estados con grandes líneas aéreas nacionales) y las tesis proteccionistas no pudo salvarse, y la Convención de Chicago no recogió las cinco libertades como base jurídica del sistema multilateral. Las libertades aéreas comerciales se han ido reconociendo en acuerdos bilaterales. La crisis del petróleo en los años setenta del siglo XX acrecentó el predominio del bilateralismo sobre el multilateralismo en la regulación del tráfico aéreo comercial. España ratificó la Convención de Chicago en 1947, y ha concluido numerosos acuerdos bilaterales de tráfico aéreo.

En la Unión Europea, sin embargo, ha imperado la tendencia contraria, debido al proceso de liberalización y desregulación del tráfico aéreo iniciado en 1987, debido a la creciente competitividad del mercado mundial de transporte aéreo y a la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en el asunto *Nouvelles Frontières* (1986), en la que se inclina por la aplicabilidad al transporte aéreo europeo de la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y las normas de libre competencia.

### 7.2. Seguridad de la navegación aérea

Existen tres importantes tratados cuyo fin es prevenir y sancionar actos ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea, aplicables a aeronaves civiles, y en los cuales España es Estado parte:



- 1) Convenio de Tokio (1963) sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves. La competencia para conocer de las infracciones corresponde al Estado de matrícula de la aeronave, aunque otros Estados pueden intervenir en ciertos supuestos.
- 2) Convenio de La Haya (1970), sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves. Basado en la opción entre el ejercicio de la jurisdicción penal o la extradición de los presuntos responsables (*aut dedere aut punire*).
- 3) Convenio de Montreal (1971), sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación. Añade actos delictivos contra la seguridad de la aviación.

## 8. Espacios de interés internacional

### 8.1. Los espacios polares

#### 8.1.1. El espacio polar ártico

El espacio polar ártico, delimitado por la línea del círculo polar, está compuesto por diversas zonas: a) zonas situadas en el territorio continental de los Estados árticos, como Estados Unidos (Alaska), Dinamarca (Groenlandia), Rusia, Canadá y Noruega. Son áreas de soberanía territorial que generan espacios marítimos; b) islas naturales, las cuales, conforme a la teoría de los sectores, pertenecen al Estado cuyo territorio apunta al círculo ártico y en cuyo sector polar caen. Se sustituye el principio de ocupación efectiva por el de contigüidad, que ha sido aceptado por los Estados árticos. Estas islas naturales, a su vez, generan espacios marítimos, salvo las rocas que no pueden sustentar la habitación humana o vida económica propia, que solo generan mar territorial; c) islas de hielo, que pueden ser consideradas como islas artificiales si son utilizadas para explorar los recursos de la plataforma continental; y d) el Océano Ártico, que se considera alta mar.

#### 8.1.2. El espacio polar antártico

Definido por la línea de convergencia antártica, en él se aplica el Tratado de la Antártida (1959), del que España es parte desde 1982. Cabe destacar: a) congelación de todas las pretensiones de soberanía territorial sobre la Antártida, sin que la participación en el tratado pueda interpretarse como renuncia a dichas pretensiones y reclamaciones; b) desmilitarización de la Antártida, que ha de usarse exclusivamente para fines pacíficos; y c) libertad de investigación científica y cooperación internacional.

Pasados los 30 años de vigencia, ninguno de los Estados partes solicitó la revisión del Tratado de la Antártida, que sigue en vigor, complementado por el Protocolo de Madrid (1991), sobre protección del medio ambiente.

### 8.2. Los cursos de agua internacionales

Los cursos de agua internacionales, o ríos internacionales, constituyen la frontera entre dos Estados, o bien atraviesan el territorio de dos o más Estados. En relación con la navegación por tales ríos, el principio tradicional es el de libertad de navegación, si bien es necesario atender al régimen convencional particular establecido por los Estados interesados en cada río.

Por otro lado, está en vigor la Convención sobre el régimen de la utilización de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (1997), de la que España es parte desde 2009. Se trata de una Convención-marco, cuyo objetivo es orientar a los Estados en la conclusión de acuerdos particulares. La Convención se basa en el principio de utilización equitativa y razonable del curso de agua internacional, y en la obligación de no causar daños significativos a otros Estados.

Las relaciones hidráulicas de España (Estado de aguas arriba) con Portugal (Estado de aguas abajo) se regulan en el Convenio de Albufeira (1998), y otros instrumentos bilaterales.

### 8.3. Los canales internacionales

Como señala Abellán Honrubia, son vías de agua, creadas artificialmente, que comunican dos espacios marítimos y que están sometidos a un régimen internacional. Los estrechos marítimos naturales, y los canales que comunican dos cursos de agua o dos cuencas hidrográficas, no son canales internacionales.

Los canales internacionales se localizan en el territorio de un único Estado, y su carácter internacional se debe a que en ellos rige un régimen internacional convencional que regula su uso y aprovechamiento. Existen tres canales internacionales:

- a) *Canal de Suez*, regulado por la Convención de Constantinopla (1888). Establece la libertad de navegación para buques comerciales y la de tránsito para buques de guerra, con posible detención de 24 horas en casos excepcionales. Egipto nacionalizó la compañía concesionaria del canal en 1956, y tras la crisis de Suez se comprometió a respetar la Convención de Constantinopla. Tras los Acuerdos de Camp David (1979), la Convención de Constantinopla se aplica también a Israel.
- b) *Canal de Panamá*: Actualmente regulado por el Tratado del Canal de Panamá y el Tratado relativo a la neutralidad permanente y al funcionamiento del Canal, ambos de 1977. El 31 de diciembre de 1999 finalizó la gestión de Estados Unidos y Panamá asumió la responsabilidad total de la administración del canal, que se constituye como una vía acuática de tránsito internacional permanentemente neutral, abierto al tránsito pacífico de buques de todos los Estados. En 1981 España se adhirió a un Protocolo sobre la neutralidad del canal en tiempo de paz o de guerra.
- c) *Canal de Kiel*, internacionalizado por el Tratado de Versalles (1919), denunciado por Alemania en 1936. El régimen internacional fue restablecido en 1945. El paso de buques de guerra extranjeros está sometido a autorización previa por Alemania.

### 8.4. El espacio ultraterrestre

La era espacial comienza el 4 de octubre de 1957, cuando la Unión Soviética pone en órbita el primer *sputnik*. A partir de entonces, con la práctica de dos Estados (Unión Soviética y Estados Unidos) y la *opinio iuris* de estos y muchos otros (expresada en la Asamblea General de las Naciones Unidas) va surgiendo un *corpus* normativo que regula la actividad en el espacio ultraterrestre.

El régimen jurídico general del espacio ultraterrestre se encuentra en el Tratado del Espacio (1967), al que España se adhirió en 1968, que tiene carácter de convenio-marco, y que incorpora principios jurídicos enunciados por la Asamblea General en 1963. Entre esos principios, cabe destacar: a) El espacio ultraterrestre, la Luna y los cuerpos celestes son patrimonio común de la humanidad; b) Su exploración y utilización ha de hacerse en interés de todos los países; c) Exclusión de la soberanía estatal; d) Libertad de acceso, exploración y utilización por todos los Estados; e) Desmilitarización del espacio ultraterrestre, que es parcial, pues se permite el tránsito de misiles con cabezas termonucleares y el uso de armas convencionales.

El régimen-marco del Tratado de 1967 se ha desarrollado en parte en otros tratados, entre los que destacan:

- 1) Acuerdo sobre salvamento y devolución de astronautas y devolución de objetos lanzados (1968)
- 2) Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1972)
- 3) Convenio sobre registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (1976)
- 4) Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (1979)

Las organizaciones internacionales que lleven a cabo actividades espaciales están sometidas a este régimen convencional elaborado en el marco de la ONU, si declaran que aceptan los derechos y obligaciones que derivan del convenio relevante, y si una mayoría de sus Estados miembros son partes en él y en el Tratado de 1967.

### **Bibliografía y páginas web**

ABELLÁN HONRUBIA, V.: “Los canales internacionales”, en DIEZ DE VELASCO, M.: Instituciones de Derecho Internacional Público, 18ª edición, 2013, pp. 592-595-447.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “Las competencias del Estado”, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 24ª edición, 2020 pp. 347-363.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “Las competencias del Estado sobre el espacio ultraterrestre: el Derecho del espacio ultraterrestre. Los cursos de agua internacionales. Los espacios polares”, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 24ª edición, 2020, pp. 456-493.

PUEYO LOSA, J.: “Las competencias del Estado (I): Competencias territoriales”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 423-447.

PUEYO LOSA, J.: “Las competencias del Estado (II): El territorio terrestre y el espacio aéreo”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 453-477.

SHAW, M.: “Territory”, *International Law*, 8<sup>th</sup> edition, Cambridge University Press, 2017, 361-409.

Organización de la Aviación Civil Internacional,  
<https://www.icao.int/about-icao/Pages/default.aspx>

United Nations Office for Outer Space Affairs,  
<https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html>

Corte Internacional de Justicia  
<https://www.icj-cij.org/homepage/index.php?lang=en>

## Tema 12

### **Derecho del Mar (I). La codificación del Derecho del Mar. Las aguas interiores. El mar territorial. La zona contigua. Los estrechos utilizados para la navegación internacional: el caso del Estrecho de Gibraltar. Los Estados archipelágicos. El régimen de los Estados sin litoral.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. La codificación del Derecho del Mar. 3. Las aguas interiores. 3.1. Concepto y delimitación. 3.2. Régimen jurídico. 4. El mar territorial. 4.1. Concepto y anchura. 4.2. Delimitación. 4.3. Régimen jurídico. 4.3.1. El derecho de paso inocente. 4.3.2. Límites al ejercicio de la jurisdicción penal y civil. 5. La Zona contigua. 5.1. Concepto y régimen jurídico. 5.2. Extensión. 6. Los estrechos utilizados para la navegación internacional: el caso del Estrecho de Gibraltar. 6.1. Pluralidad de regímenes jurídicos. 6.2. El régimen de paso en tránsito. 6.3. El caso del Estrecho de Gibraltar. 7. Los Estados archipelágicos. 7.1. Concepto y delimitación. 7.2. Régimen jurídico. 8. El régimen de los Estados sin litoral.

#### **1. Contextualización**

El mar juega un papel importante en las relaciones internacionales, al servir a la vez como espacio para el desarrollo de vías de comunicación y como fuente de recursos. Históricamente, el Derecho del mar se ha basado en la dualidad entre el principio de libertad de los mares y la soberanía que el Estado ribereño ejercía sobre el mar territorial. La última codificación del Derecho del Mar ha abandonado esta dualidad, regulando una pluralidad de espacios marinos, como las aguas interiores, el mar territorial, la Zona Económica Exclusiva (ZEE) y la alta mar. A estos espacios hay que añadir la plataforma continental y la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos, para tener una panorámica completa del Derecho internacional del mar.

#### **2. La codificación del Derecho del Mar**

El Derecho internacional del Mar fue en su origen un conjunto de normas consuetudinarias que, con el tiempo, requirieron mayor clarificación y precisión. La codificación de estas normas consuetudinarias no escritas fue primero abordada por entidades privadas o científicas (el *Institut de Droit International*, la Universidad de Harvard), para luego pasar a realizarse en conferencias intergubernamentales. Un primer esfuerzo en este sentido fue el realizado en la Conferencia de La Haya (1930), auspiciada por la Sociedad de Naciones, cuyo principal resultado fue que la regla que establecía una extensión de 3 millas para el mar territorial perdió su carácter indiscutido, en detrimento de los intereses de las grandes potencias marítimas.

La I Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar tuvo lugar en 1958 en Ginebra, y su resultado fue la adopción de cuatro Convenciones: la de Alta Mar, la de

Plataforma Continental, la de Mar Territorial y Zona Contigua y la de Pesca y Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar. Estas Convenciones reflejan no solo los tradicionales intereses comerciales y militares que han dado forma al Derecho del Mar, sino también nuevos intereses económicos en la pesca en alta mar y en los recursos energéticos de la plataforma continental. Una II Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (1960) se celebró en Ginebra y terminó sin acuerdo sobre una extensión de 6 millas para el mar territorial y otras 6 millas como zona de pesca exclusiva.

La III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, iniciada en 1973, culminó en 1982 con la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM), o Convención de Montego Bay. Los trabajos de codificación tuvieron presentes factores económicos (derechos soberanos de los Estados ribereños sobre los recursos naturales marinos), factores estratégicos (intereses de las grandes potencias en la movilidad de submarinos y aeronaves en los estrechos utilizados para la navegación internacional) y tecnológicos (posibilidad de explotar los recursos minerales de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional). También fue relevante una nueva preocupación por preservar el medio ambiente marino y codificar reglas contra la contaminación del mar. Utilizando el *package deal* como método de negociación, la CNUDM terminó adoptándose por votación y entró en vigor el 16 de noviembre de 1982. La participación en la CNUDM se vio favorecida por la adopción, el 28 de julio de 1982, del Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la CNUDM, que en realidad enmienda el régimen de explotación de los fondos marinos. La CNUDM entró en vigor para España el 14 de febrero de 1988.

Entre los logros de la CNUDM, puede citarse el llevar a cabo una ordenación integral del medio marino, dividiéndolo en aguas interiores, mar territorial, aguas archipelágicas, Zona Económica Exclusiva y alta mar. También regula la zona contigua, los estrechos internacionales, la plataforma continental y la zona internacional de los fondos marinos, así como la preservación e investigación científica del medio marino. Crea tres nuevas instituciones: la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar y la Comisión de Límites de la Plataforma Continental.

### **3. Las aguas interiores**

#### *3.1. Concepto y delimitación*

Se hace referencia aquí a las aguas interiores del mar, y no a otros espacios acuáticos como ríos o lagos que existen en el territorio del Estado. El artículo 8.1 CNUDM establece que “las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial forman parte de las aguas interiores del Estado”, dejando a salvo las normas relativas a los Estados archipelágicos. Los puertos forman parte de las aguas interiores.

La línea de base que sirve para medir la anchura del mar territorial desde la costa del Estado ribereño es normalmente la línea de la baja mar. Esta regla admite excepciones, que pueden dar lugar a que haya aguas entre la costa y las líneas de base. Esas aguas son aguas interiores. Así, en el caso de una isla bordeada por arrecifes, la línea de base para medir el mar territorial es la línea del lado externo del arrecife. Las aguas comprendidas entre el arrecife y la isla son aguas interiores. En el caso de costas accidentadas, con profundas aberturas y escotaduras, el Estado ribereño puede adoptar líneas de base rectas que unan los puntos adecuados. Las aguas comprendidas entre las líneas de base rectas y la costa son también aguas interiores. En las desembocaduras de los ríos, la línea de base es una recta trazada entre los puntos de la línea de la baja mar de sus orillas. En el caso de las bahías con un

solo Estado ribereño, se puede trazar una línea recta de demarcación entre los puntos naturales de entrada, siempre que la distancia entre dichos puntos no exceda de 24 millas marinas. Las aguas que queden así encerradas serán consideradas aguas interiores. Esta regla no se aplica en el caso de las llamadas bahías históricas, es decir, aquellas cuyas aguas no tendrían la consideración de interiores de no ser por la existencia de un “título histórico”, como señaló la Corte Internacional de Justicia en el *caso de las pesquerías anglo-noruegas* (1951). Por título histórico cabe entender el haber ejercido soberanía sobre las aguas en cuestión durante largo tiempo sin protesta de otros Estados.

### 3.2. Régimen jurídico

El Estado ribereño ejerce soberanía territorial sobre las aguas interiores. En ellas no se aplica el derecho de paso inocente, salvo que, debido al trazado de una línea de base recta, queden encerradas como aguas interiores aguas que antes del trazado no tenían esta consideración.

En virtud de su soberanía, el Estado ribereño puede regular el acceso de buques extranjeros a los puertos. La comunicación marítima internacional se vería en la práctica dificultada sin el acceso a puertos de otros Estados. Por ello, la Convención de Ginebra sobre el régimen internacional de los puertos marítimos (1923), y su Estatuto anejo, contienen la regla fundamental de que, bajo condiciones de reciprocidad, cada Estado parte se compromete a asegurar a los buques de otros Estados un tratamiento igual al de sus propios buques en el acceso y utilización de sus puertos marítimos. Cabe así presumir que los buques mercantes pueden acceder a los puertos de otro Estado ribereño salvo disposición específica en sentido contrario. La Convención de 1923 y su Estatuto se aplican a buques de titularidad privada y pública, pero no a buques que ejerzan el poder público, ni a buques de pesca, ni a la navegación de cabotaje.

En el Derecho español, las anteriores normas internacionales tienen su reflejo en la Ley 10/1977, de 4 de enero sobre mar territorial. En cuanto a las escalas de buques de guerra extranjeros en puertos españoles en tiempo de paz, rige la Orden del Ministerio de Defensa 25/1985, que distingue entre escala accidental (arribada forzosa o fuerza mayor), escala no oficial (por motivos operativos, logísticos o de descanso de la tripulación), y la escala oficial (a invitación del Gobierno español). Todas las escalas deben solicitarse por vía diplomática.

## 4. El mar territorial

### 4.1. Concepto y anchura

El artículo 2 CNUDM establece que la soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores a la franja de mar adyacente denominada mar territorial. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo que se alza sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar, y se ejerce conforme a la CNUDM y otras normas internacionales. La aparición de este espacio marítimo responde a intereses de seguridad y económicos.

Desde el siglo XVII, se fue consolidando la regla de la bala de cañón (*cannon shot rule*), según la cual la extensión del mar territorial alcanzaba hasta donde llegase la artillería costera, distancia que en el siglo XVIII fue estimada en 3 millas náuticas. Pese a algunas desviaciones puntuales de esta regla en el siglo XIX (los países escandinavos afirmaron un mar territorial de 4 millas, España y Portugal de 6, Méjico de 9), no fue ampliamente contestada hasta el siglo XX. La ampliación de la anchura del mar territorial hasta las 12 millas náuticas actuales

(artículo 3 CNUDM) fue posible porque se acordó a la vez un régimen especial para los estrechos utilizados para la navegación internacional, como se verá más adelante.

#### 4.2. Delimitación

Partiendo de que la medición del mar territorial se hace a partir de las líneas de base mencionadas al tratar las aguas interiores, pueden surgir problemas de delimitación del mar territorial entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente (cuando la distancia entre costas enfrentadas es inferior a 24 millas náuticas). El artículo 15 CNUDM establece que, salvo acuerdo en contrario, la delimitación se llevará a cabo según el criterio de la línea media o equidistante. Esta regla no es aplicable cuando existen derechos históricos o concurren circunstancias especiales. En el asunto *Qatar c. Bahrein* (2001), la Corte Internacional de Justicia señaló que el método más aceptado es trazar la línea equidistante, para después examinar si han de realizarse ajustes en razón de circunstancias especiales.

#### 4.3. Régimen jurídico

El Estado ribereño ejerce soberanía sobre el mar territorial, su lecho y subsuelo marinos, y sobre el espacio aéreo que se levanta sobre él. Esto implica la facultad del ribereño de regular (y excluir) el acceso a los recursos vivos y no vivos de buques de terceros Estados. También puede regular (y prohibir) el sobrevuelo de aeronaves de pabellón de terceros Estados. Sin embargo, la soberanía del ribereño sobre su mar territorial está sujeta a dos importantes limitaciones.

##### 4.3.1. El derecho de paso inocente

Consagrado en el Derecho internacional general antes de la codificación del Derecho del mar, el derecho de paso inocente concilia la soberanía del Estado ribereño y los intereses de la navegación. Conforme al artículo 17 CNUDM, los buques de todos los Estados (ribereños y sin litoral) tienen derecho de paso inocente por el mar territorial de otros Estados.

Se entiende por *paso* la navegación por el mar territorial con el fin de atravesarlo sin entrar en las aguas interiores, o de dirigirse hacia las aguas interiores o salir de ellas. El paso del buque ha de ser *rápido e ininterrumpido*. Son posibles la detención y el fondeo debido a incidentes normales de la navegación, o en casos de fuerza mayor, dificultad grave o prestación de auxilio a personas, buques o aeronaves en peligro. El artículo 19 CNUDM define el paso inocente como aquel que no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño. Además, incluye una lista de actividades que cualifican el paso de un buque por el mar territorial como no inocente, como la amenaza o el uso de la fuerza contra la soberanía, integridad territorial o independencia política del Estado ribereño, los actos destinados a obtener información en perjuicio de la seguridad o defensa del ribereño, la contaminación intencionada, el embarco o desembarco de personas, moneda o productos en contravención de las normas aduaneras, fiscales, sanitarias o de inmigración del ribereño, la pesca, las actividades de investigación o levantamiento hidrográficos, o la perturbación de los sistemas de comunicaciones del Estado ribereño, así como cualquier otra actividad no directamente relacionada con el paso, lo cual convierte a esta lista en un *numerus apertus*. Además, la navegación en inmersión no es considerada paso inocente, pues los submarinos y otros vehículos sumergibles deben navegar en superficie y enarbolar su pabellón.

El Estado ribereño puede regular materias relacionadas con el paso inocente, como la seguridad de la navegación o el tráfico marítimo. Podrá tomar en su mar territorial las

medidas necesarias para impedir todo paso que no sea inocente (artículo 25 CNUDM). Al mismo tiempo, se abstendrá de poner dificultades al paso inocente de buques extranjeros, y en especial, de discriminar de hecho o de derecho contra los buques de un Estado determinado. Por otro lado, el paso inocente de buques de guerra por el mar territorial no está subordinado a notificación o autorización del Estado ribereño.

#### 4.3.2. Límites al ejercicio de la jurisdicción penal y civil

El artículo 27 CNUDM contiene la regla general según la cual el Estado ribereño no ejercerá su jurisdicción penal a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial (dicho ejercicio corresponde al Estado del pabellón del buque). También enuncia cuatro excepciones: 1) que el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño; 2) que el delito pueda perturbar la paz del país o el orden en el mar territorial; 3) cuando lo solicite el capitán del buque, o un agente diplomático o funcionario consular; y 4) cuando sea necesario para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes. El Estado ribereño sí puede realizar detenciones o investigaciones a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial procedente de aguas interiores. No así si procede de un puerto extranjero y pasa por el mar territorial sin entrar en aguas interiores.

Según el artículo 28 CNUDM, “el Estado ribereño no debería detener ni desviar buques extranjeros que pasen por el mar territorial para ejercer su jurisdicción civil sobre personas que se encuentran a bordo”. Como excepciones, sí puede tomar medidas de ejecución o cautelares sobre dichos buques: 1) como consecuencia de responsabilidades u obligaciones contraídas durante el paso por las aguas del Estado ribereño; y 2) en relación con un buque extranjero que se detenga en el mar territorial o navegue por él procedente de aguas interiores.

## 5. La zona contigua

### 5.1. Concepto y régimen jurídico

El artículo 33 CNUDM prevé la creación de una zona contigua al mar territorial en la cual el Estado ribereño podrá tomar las medidas necesarias para prevenir, y en su caso sancionar, las infracciones de sus normas aduaneras, fiscales, de inmigración o sanitarias que se cometan en su territorio o en su mar territorial.

El Estado ribereño no ejerce soberanía sobre la zona contigua, sino que proyecta su jurisdicción sobre la misma mediante el ejercicio de ciertas competencias especializadas, y orientadas a los fines de prevención y sanción que señala el artículo 33 CNUDM.

El Convenio de Ginebra de 1958 calificaba a la zona contigua como una zona de alta mar, por lo que su régimen residual se consideraba inspirado en el principio de libertad de los mares propio de la alta mar. Sin embargo, con el establecimiento de una Zona Económica Exclusiva (ZEE) de hasta 200 millas, el régimen residual de la zona contigua ha pasado a ser el de la ZEE.

### 5.2. Extensión

La zona contigua no podrá extenderse más allá de las 24 millas marinas, contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. Como señala Pastor Ridruejo, la aceptación unánime de esta extensión en la III Conferencia permite considerar esta extensión como una norma consuetudinaria de Derecho internacional general.

En Derecho español, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante establece una zona contigua que se extiende desde el límite exterior del



mar territorial (12 millas) hasta las 24 millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial.

## **6. Los estrechos utilizados para la navegación internacional: el caso del Estrecho de Gibraltar**

### *6.1. Pluralidad de regímenes jurídicos*

Antes de la CNUDM, el régimen jurídico de los estrechos utilizados para la navegación internacional era el de paso inocente, aunque a diferencia de lo previsto para el mar territorial, el paso inocente no podía ser suspendido. Cuando en la III Conferencia se plantea extender la anchura del mar territorial a 12 millas marinas, se comprobó que las aguas de muchos estrechos que en ese momento contaban con un canal de alta mar quedarían incluidas por completo en el mar territorial de los Estados ribereños. Esta territorialización de los estrechos obstaculizaría la libertad de sobrevuelo de las aeronaves militares y la de navegación de submarinos en inmersión. Las potencias navales insistieron en la introducción de un nuevo régimen de paso en tránsito a través de ciertos estrechos, lo que hizo a su vez posible el acuerdo sobre la nueva anchura del mar territorial.

El régimen de *paso en tránsito*, como establece el artículo 37 CNUDM, se aplica a los estrechos utilizados para la navegación internacional entre una parte de alta mar o de ZEE y otra parte de alta mar o de ZEE. Ejemplos de este tipo de estrechos son los de Dover, Malaca o Singapur.

El régimen de *paso inocente* se aplicará a los estrechos utilizados para la navegación internacional en dos supuestos: 1) cuando el estrecho esté formado por una isla del Estado ribereño y su territorio continental, y del otro lado de la isla exista una ruta de alta mar o que atraviese una ZEE y permita la navegación (Estrechos de Messina o Corfú); y 2) estrechos entre una parte de alta mar o de ZEE y el mar territorial de otro Estado (Estrechos de Tirán o Akaba). El paso inocente en este tipo de estrechos no puede ser objeto de suspensión alguna, pero no incluye la navegación en inmersión ni la libertad de sobrevuelo.

Estos dos regímenes recogidos en la Parte III de la CNUDM no se aplican a determinados *estrechos con régimen propio*: 1) los regulados por tratados de larga data aún vigentes, como el Estrecho de Magallanes (Tratado Argentina-Chile de 1881) o los Estrechos Turcos (Convención de Montreux de 1936); 2) los estrechos que se encuentren en aguas archipelágicas.

### *6.2. El régimen de paso en tránsito*

Conforme al artículo 38.2 CNUDM, el paso en tránsito es el ejercicio de la libertad de navegación y sobrevuelo para los fines de tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho de que se trate. Esto no impide el paso por el estrecho para entrar, salir o regresar a uno de los Estados ribereños del estrecho. El paso en tránsito no puede ser obstaculizado ni suspendido por el Estado ribereño.

Los buques y aeronaves que ejerzan el derecho de paso en tránsito deben abstenerse de toda amenaza o uso de la fuerza. Los buques deben cumplir las normas internacionales sobre seguridad y prevención de la contaminación, y las aeronaves de Estado (militares, policiales o aduaneras) cumplirán *normalmente* las normas de seguridad previstas en el Reglamento de la OACI aplicable a aeronaves civiles, lo que plantea interrogantes relativos a eventuales situaciones excepcionales. España interpreta que tales situaciones solo pueden

consistir en fuerza mayor o peligro extremo. Los submarinos no están obligados a navegar en superficie y enarbolar su pabellón, y por tanto pueden transitar en inmersión.

### 6.3. El caso del Estrecho de Gibraltar

El Estrecho de Gibraltar comunica las ZEE de España, Portugal y Marruecos en el Océano Atlántico, y la ZEE de España, Marruecos y la alta mar en el Mar Mediterráneo, y encaja en lo previsto en el artículo 37 CNUDM.

Durante la III Conferencia, España y Marruecos, como integrantes del Grupo de Estados Estrecharios, defendieron mantener el régimen de paso inocente sin suspensión en los estrechos (que era el establecido en la Convención de Ginebra de 1958), posición que fue perdiendo fuerza durante la Conferencia. Actualmente, los dos Estados son partes en la CNUDM, por lo cual el régimen aplicable al Estrecho de Gibraltar es el de paso en tránsito. Las declaraciones realizadas por España y Marruecos al firmar o ratificar la CNUDM son compatibles con el régimen de paso en tránsito establecido en la misma.

El Reino Unido, asumiendo la posición de las potencias navales, siempre se mostró partidario del régimen de paso en tránsito.

Tras la entrada en vigor de la CNUDM para España y Marruecos, pueden considerarse superados los regímenes establecidos por la Convención de Ginebra de 1958 o el Tratado entre España y Francia de 1912.

## 7. Los Estados archipelágicos

### 7.1. Concepto y delimitación

El artículo 46 CNUDM define el Estado archipelágico como el Estado constituido totalmente por uno o varios archipiélagos, y que podrá incluir otras islas. También define el archipiélago como un grupo de islas, partes de islas, las aguas que las conectan, y otros elementos naturales, que formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca, o que históricamente hayan sido considerados como tal.

Actualmente, 22 Estados han declarado el estatuto de Estado archipelágico conforme a la CNUDM. Como ejemplos cabe citar a Bahamas, Cabo Verde, República Dominicana, Indonesia, Jamaica, Nueva Guinea-Papúa o Trinidad y Tobago.

Los Estados archipelágicos podrán trazar líneas de base archipelágicas rectas que unan las islas y arrecifes más alejados del archipiélago (artículo 47 CNUDM). Dentro de las líneas de base deben quedar comprendidas las principales islas, y formar un área en el que la relación entre la superficie terrestre y la marina sea entre 1 a 1 y 1 a 9. La *ratio* inferior impide a Estados como Australia, Cuba, Islandia, Madagascar, Nueva Zelanda o Reino Unido trazar líneas de base archipelágicas. La longitud de las líneas de base no puede exceder las cien millas marinas (salvo un 3% de ellas, que pueden alcanzar hasta 125 millas). Las líneas de base no se desviarán de la configuración general del archipiélago. El sistema de líneas de base archipelágicas no se aplicará de forma que aisle el mar territorial de otro Estado de su ZEE o de la alta mar.

Por otro lado, la anchura del mar territorial, de la zona contigua, de la ZEE, y de la plataforma continental se miden a partir de las líneas de base archipelágicas trazadas conforme al artículo 47 CNUDM.

### 7.2. Régimen jurídico

El Estado archipelágico ejerce soberanía sobre las aguas encerradas entre las líneas de base, denominadas aguas archipelágicas. Dicha soberanía se extiende al lecho y al subsuelo de esas aguas y sus recursos, y también al espacio aéreo suprayacente.

El Estado archipelágico debe respetar los acuerdos preexistentes con otros Estados y reconocer, mediante acuerdos bilaterales los derechos de pesca tradicionales de Estados vecinos. También debe respetar los cables submarinos tendidos por otros Estados, y permitir su mantenimiento y reemplazo.

En cuanto a la navegación, los buques de todos los Estados gozan del derecho de paso inocente a través de las aguas archipelágicas. Por razones de seguridad, el Estado archipelágico puede suspender temporalmente el paso inocente. Además, el Estado archipelágico puede designar vías marítimas y rutas aéreas sobre ellas, adecuadas para el paso ininterrumpido y rápido de buques y aeronaves extranjeros por o sobre sus aguas archipelágicas y el mar territorial adyacente. En todo caso, las vías aéreas y marítimas sobre y por las aguas archipelágicas incluirán las rutas normalmente utilizadas para la navegación internacional, en un régimen esencialmente similar al de paso en tránsito en los estrechos utilizados para la navegación internacional.

### 7.3. Archipiélagos de Estado

Se denominan Estados mixtos a los Estados que ejercen soberanía sobre un territorio continental y también sobre uno o más archipiélagos, como es el caso de España, Ecuador, Canadá, India y otros. En la III Conferencia, algunos de ellos insistieron en la aplicación del principio archipelágico a los archipiélagos de Estado que forman parte del territorio estatal. La oposición de las grandes potencias marítimas lo impidió, y la CNUDM no regula los archipiélagos de Estado. La Corte Internacional de Justicia, en el *asunto Qatar c. Bahrein* (2001), confirmó que el trazado de líneas de base rectas archipelágicas solo se aplica en el caso de Estados que se hayan declarado archipelágicos conforme a la CNUDM.

España ejerce soberanía sobre los archipiélagos balear y canario. Por medio del Real Decreto de 5 de agosto de 1977 se han trazado líneas de base rectas en las costas españolas, peninsulares e insulares. En cuanto a estas últimas, las líneas de base rectas solo se establecen entre islas cercanas (Mallorca y Cabrera, Ibiza y Formentera, Lanzarote, Fuerteventura y otras islas menores). Es un trazado normal de líneas de base que no implica la aplicación del principio archipelágico. La aplicación de la Ley 15/1978, de 20 de febrero, sobre la ZEE española no ha modificado esta situación.

## 8. El régimen de los Estados sin litoral

La CNUDM define al Estado sin litoral como “un Estado que no tiene costa marítima” (artículo 124). Los derechos de estos Estados reconocidos en la CNUDM son, en esencia:

- a) Derecho de acceso al mar y desde el mar, lo que a su vez implica la libertad de tránsito a través del territorio de los Estados de tránsito por todos los medios de transporte. Las condiciones para el ejercicio de esta libertad de tránsito serán objeto de acuerdos entre los Estados sin litoral y los Estados de tránsito. El derecho de tránsito de los Estados sin litoral no está sujeto a que se establezcan condiciones de reciprocidad en tales acuerdos, ni emana de estos. La obligación del Estado de tránsito en relación con los mismos es un *pactum de contrahendo*, y no un mero *pactum de negotiando*, como establecía el Convenio sobre Alta Mar de 1958.
- b) El tráfico en tránsito no estará sujeto a derechos de aduana, impuestos u otros gravámenes, salvo los derivados de servicios específicos en relación con dicho tráfico.
- c) Podrán establecerse zonas francas y otras facilidades aduaneras en los puertos del Estado de tránsito, para facilitar el tráfico en tránsito.

- d) Los buques del pabellón de un Estado sin litoral gozarán de igual trato que otros buques extranjeros en los puertos de mar del Estado de tránsito.

### **Bibliografía y páginas web**

GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L.: “Estudio del régimen jurídico del Estrecho de Gibraltar: conflictos de soberanía, espacios marinos y navegación”, en VALLE GÁLVEZ, A. y EL HOUDAIGUI, R. (Dir.) y ACOSTA SÁNCHEZ, M. (Coord.), 2006, pp. 265-289

JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “Régimen jurídico de los espacios marinos (I): aguas interiores, mar territorial y zona contigua”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 485-512

JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “Régimen jurídico de los espacios marinos (II)”: estrechos utilizados para la navegación internacional y Estados archipelágicos, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 513-526

JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “Régimen jurídico de los espacios marinos (III)”: plataforma continental, zona económica exclusiva y Estados sin litoral”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 547-548

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 24ª edición, 2020, pp. 364-428.

TANAKA, Y.: *The International Law of the Sea*, 3<sup>rd</sup> edition, 2019, pp. 26-37, 94-142, 479-486

International Tribunal for the Law of the Sea, <https://www.itlos.org/en/top/home>

Una representación esquemática de los espacios marinos, puede consultarse en: <https://sites.tufts.edu/lawofthesea/chapter-two/>

## Tema 13

### **Derecho del Mar (II). La plataforma continental. La zona económica exclusiva. El alta mar. La zona internacional de los fondos marinos y oceánicos. La protección medioambiental de los océanos: CNUDM y proceso BBNJ. La protección del patrimonio cultural subacuático**

Sumario: 1. Contextualización. 2. La plataforma continental. 2.1. Concepto. 2.2. Régimen jurídico. 3. La Zona Económica Exclusiva. 3.1. Concepto. 3.2. Régimen jurídico. 3.3. Delimitación. 4. La alta mar. 4.1. Concepto. 4.2. Régimen jurídico. 5. La zona internacional de los fondos marinos y oceánicos. 5.1. Concepto. 5.2. Régimen jurídico. 5.2.1. La Zona como patrimonio común de la humanidad. 5.2.2. La Autoridad Internacional de los Fondos marinos. 6. La protección medioambiental de los océanos: CNUDM y proceso BBNJ. 7. La protección del patrimonio cultural subacuático. 7.1. Creciente interés y accesibilidad. 7.2. Protección jurídica internacional

#### **1. Contextualización**

El mar juega un papel importante en las relaciones internacionales, al servir a la vez como espacio para el desarrollo de vías de comunicación y como fuente de recursos. Históricamente, el Derecho del mar se ha basado en la dualidad entre el principio de libertad de los mares y la soberanía que el Estado ribereño ejercía sobre el mar territorial. La última codificación del Derecho del Mar ha abandonado esta dualidad, regulando una pluralidad de espacios marinos, como las aguas interiores, el mar territorial, la Zona Económica Exclusiva (ZEE) y la alta mar. A estos espacios hay que añadir la plataforma continental y la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos, para tener una panorámica completa del Derecho internacional del mar.

#### **2. La plataforma continental**

##### *2.1. Concepto*

Desde un punto de vista geológico, la plataforma continental es una prolongación del territorio continental inmerso bajo las aguas del mar, es decir, un área submarina adyacente al continente (o alrededor de una isla), que se extiende desde la costa hasta el inicio del talud o vertiente submarina que desciende de modo súbito hacia las profundidades oceánicas.

Antes de 1945, los recursos del lecho y el subsuelo habían despertado escaso interés entre los Estados, pero a partir de ese año, la creciente demanda de petróleo y el desarrollo tecnológico atrajeron gradualmente una mayor atención hacia dichos recursos. En 1945, mediante la Proclamación Truman, los Estados Unidos extendieron su jurisdicción sobre los recursos naturales de la plataforma continental. Este acto unilateral desencadenó otros

similares por parte de varios Estados, lo cual preparó el terreno para la regulación de este espacio en la Convención de 1958, y en la CNUDM.

El artículo 76.I CNUDM establece que la plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial, y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas cuando el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia. Las 200 millas marinas se cuentan desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. La definición anterior combina dos criterios alternativos: 1) geológico, que favorece a los Estados con una plataforma natural superior a las 200 millas marinas, y 2) el criterio de la distancia, que beneficia a Estados cuya plataforma natural no alcanza esa longitud, que ven así reconocida la posibilidad de disponer de una plataforma de hasta 200 millas marinas con independencia de criterios geológicos. Por otro lado, respecto de algunos Estados de plataforma amplia, como Argentina, Australia, Canadá o India, cuya plataforma geológica rebasa las 200 millas, el artículo 76 CNUDM contiene complejas reglas técnicas para establecer su borde exterior, que no podrá rebasar las 350 millas marinas.

En cuanto a la delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente, las reglas son las mismas que para la delimitación de la ZEE, por lo que se explicarán más adelante.

## 2.2. Régimen jurídico

La CNUDM reconoce al Estado ribereño la soberanía sobre la plataforma a efectos de exploración y explotación de los recursos naturales, entendiendo por tales los recursos no vivos (sobre todo minerales), y los recursos vivos de especies sedentarias o en constante contacto físico con el lecho de la plataforma continental. Estos derechos son exclusivos, pues nadie más puede ejercerlos sin el consentimiento del Estado ribereño.

Como derechos más específicos, también exclusivos, del ribereño, cabe citar el de construir, reglamentar y autorizar la construcción y el uso de islas artificiales, y otras instalaciones sobre la plataforma continental. También el derecho a autorizar cualquier perforación o excavación de túneles que se realice en la plataforma.

Existen límites al ejercicio de los derechos del Estado ribereño, como: a) no afectar a la condición jurídica de las aguas suprayacentes, ni a la del espacio aéreo sobre dichas aguas; b) no afectar injustificada y negativamente a la navegación por tales aguas, ni a otros derechos y libertades de los demás Estados; y c) no impedir a otros Estados el tendido y conservación de cables y tuberías submarinas, si bien el Estado ribereño puede establecer condiciones para el ejercicio de este derecho.

Los Estados con plataforma amplia deben efectuar pagos o contribuciones en especie a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos por la explotación de los recursos no vivos en la parte de la plataforma continental que rebasa las 200 millas, una vez se hayan completado cinco años de producción minera.

Por lo demás, es preciso señalar que los regímenes jurídicos de la plataforma continental y de la ZEE se superponen en la mayoría de los casos, como consecuencia de la idéntica extensión (200 millas) de ambos espacios.

### 3. La Zona Económica Exclusiva

#### 3.1. Concepto

La ZEE es un espacio marino creado en la III Conferencia sobre Derecho del Mar. En materia de pesca y explotación de recursos, la ZEE termina de superar la dualidad clásica entre mar territorial y alta mar. En este espacio convergen los intereses de los Estados de pesca a distancia con los de los Estados ribereños, que han resultado beneficiados por la creación de la ZEE.

El artículo 57 CNUDM dispone que la anchura máxima de la ZEE será de 200 millas marinas, contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. La ZEE incluye el lecho y el subsuelo marinos, así como las aguas suprayacentes y el espacio aéreo por encima de dichas aguas. Los derechos del Estado ribereño sobre el lecho y el subsuelo se ejercen conforme a las normas que regulan la plataforma continental, en virtud del artículo 56.3 CNUDM.

Dado que la ZEE y la plataforma continental son espacios marinos que tienden a recaer sobre un mismo espacio físico, se ha planteado la cuestión de su distinción. Los partidarios de la unidad defendían la absorción de la plataforma continental por la ZEE. Los tendentes a la dualidad, doctrina que prevalece, consideran que ambos espacios marinos mantenían diferencias relevantes. Así, la distancia máxima de la ZEE es siempre 200 millas, mientras que hay una tendencia a extender la plataforma hasta el borde exterior del margen continental por parte de los Estados de plataforma amplia, de modo que, en un mismo Estado ribereño, esta puede llegar más lejos que la ZEE. Además, el Estado debe declarar una ZEE para establecerla como espacio marino propio, lo cual no es necesario en el caso de la plataforma continental, pues los derechos soberanos del Estado ribereño sobre esta última son independientes “de toda declaración expresa” (artículo 77.3 CNUDM).

#### 3.2. Régimen jurídico

El Estado ribereño tiene derechos de *soberanía* para los fines de exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, vivos y no vivos, del lecho y el subsuelo marinos, y de las aguas suprayacentes. También respecto de otras actividades económicas, como la producción de energía derivada del agua, las corrientes y los vientos. Además de este ámbito de soberanía, el ribereño tiene *jurisdicción* respecto a: i) el establecimiento y uso de islas artificiales, instalaciones y estructuras, ii) la investigación científica marina; iii) la protección y preservación del medio marino. Esta jurisdicción del Estado ribereño no debe afectar a las libertades de navegación y sobrevuelo, de tendido de cables y tuberías submarinas, ni a otros usos legítimos del mar a que tengan derecho otros Estados.

Como puede verse, la explotación y conservación de los recursos pesqueros caen bajo la soberanía del Estado ribereño. En la III Conferencia sobre Derecho del Mar, sin embargo, también se reguló el acceso a la pesca de los nacionales de otros Estados, tal y como reclamaban los Estados de pesca a distancia y los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajada. Conforme a la CNUDM, dicho acceso se regula como sigue: i) el Estado ribereño determinará la captura máxima de recursos vivos en su ZEE; ii) también determinará su propia capacidad de captura; iii) en caso de excedente, dará acceso al mismo a otros Estados mediante la conclusión de acuerdos u otros arreglos. A la hora de dar acceso a otros Estados, el ribereño debe tener en cuenta las necesidades de los Estados en

desarrollo y la necesidad de reducir al mínimo la perturbación económica para los Estados cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona o hayan hecho esfuerzos de investigación o identificación de poblaciones. No se reconocen derechos históricos de pesca de los nacionales de otros Estados.

Para garantizar el respeto de sus derechos soberanos en la ZEE, el Estado ribereño puede adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales. Todo ello, según Díez de Velasco, configura una potestad sancionadora de carácter administrativo. Dicha potestad no incluye el uso de la fuerza armada por parte del Estado ribereño para hacer cumplir su normativa pesquera.

### 3.3. Delimitación

El artículo 74 CNUDM dispone que la delimitación de la ZEE entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del Derecho internacional, a fin de llegar a una solución equitativa. El artículo 83 CNUDM contiene idénticas reglas para la plataforma continental. En ninguno de los dos casos hay mención expresa de la línea media o equidistante como método de delimitación.

La jurisprudencia internacional (arbitral y judicial) ha ido perfilando estas reglas hasta destilar un método de delimitación por etapas aplicable en numerosos casos en los que no hay acuerdo de los Estados implicados. La primera etapa consiste en realizar una delimitación provisional trazando una *línea equidistante* (costas adyacentes) o *línea mediana* (costas frente a frente). En una segunda etapa, se toman en consideración diversas *circunstancias relevantes* que pueden modificar la delimitación inicial. Estas circunstancias pueden ser *geográficas* (posición, dirección, extensión de las costas, tamaño y población de las islas. Son las más importantes, pues es el territorio lo que genera espacios marítimos), *sociales* (históricas, políticas, económicas) u *otras circunstancias* (geológicas, ambientales). En la tercera etapa, se valora si los resultados alcanzados son equitativos. En la práctica, relegar la regla de la equidistancia para buscar un resultado equitativo no predeterminado hace que la actividad de delimitación no sea fácilmente predecible.

El establecimiento de la ZEE ha afectado desfavorablemente los intereses de España como Estado de pesca a distancia. España ha establecido su propia ZEE de 200 millas mediante la Ley 15/1978, de 20 de febrero, aunque limitada a las costas peninsulares e insulares del Océano Atlántico. El RD de 5 abril de 2013 extendió la ZEE al sector noroccidental del Mar Mediterráneo. Subsisten cuestiones pendientes de delimitación con Francia, Argelia y Marruecos. España tiende a favorecer la delimitación basada en el criterio de la equidistancia.

## 4. La alta mar

### 4.1. Concepto

Según las ideas vigentes en el Derecho internacional clásico y defendidos por la Escuela de Salamanca (Vázquez de Menchaca) y Hugo Grocio, el mar es un dominio común en el que rige el principio de libertad. Tradicionalmente se entendía por alta mar la parte del mar no perteneciente a las aguas interiores o al mar territorial de un Estado. Tras la entrada en vigor de la CNUDM, el alta mar empieza donde termina la ZEE de 200 millas. Ningún



Estado podrá legítimamente someter cualquier parte de la alta mar a su soberanía (artículo 89 CNUDM). La alta mar debe ser utilizada exclusivamente con fines pacíficos.

#### 4.2. Régimen jurídico

Según el artículo 87 CNUDM, la libertad de la alta mar comprende, para Estados ribereños y Estados sin litoral, entre otras: a) La libertad de navegación; b) La libertad de sobrevuelo; c) La libertad de tender cables y tuberías submarinos; d) Libertad de construir islas artificiales; e) Libertad de pesca; y f) Libertad de investigación científica. Esta lista tiene carácter de *numerus apertus*. Y en todo caso, la libertad de la alta mar no permite la exploración y explotación de los recursos del lecho y el subsuelo marinos por debajo de ella, actividades reguladas por las normas aplicables a la Zona internacional de los fondos marinos y oceánicos.

La libertad de navegación implica que todos los Estados tienen derecho a que los buques que enarbolan su pabellón naveguen por la alta mar, en la cual cada buque está sometido a la jurisdicción exclusiva del Estado de su pabellón, pabellón que determina la nacionalidad del buque. Según Pastor Ridruejo, las competencias del Estado sobre los buques en alta mar se basan en el pabellón y la nacionalidad, y tienen un carácter más personal que territorial. Existen excepciones al principio de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón:

- a) *Abordaje*: Si implica responsabilidad penal del capitán o de otras personas al servicio del buque, es posible que también ejerza la jurisdicción penal el Estado de la nacionalidad de dichas personas.
- b) *Transporte de esclavos*: Los buques de guerra o aeronaves militares de cualquier Estado tienen derecho de visita si tienen sospechas razonables de que un buque se dedica a la trata de esclavos. Todo esclavo que se refugie en buque, sea cual sea su pabellón, queda libre *ipso facto*.
- c) *Piratería*: Los buques de guerra o aeronaves militares de cualquier Estado pueden apresarse a cualquier buque dedicado a actos de piratería o que esté en poder de piratas. Los tribunales del Estado de apresamiento podrán ejercer su jurisdicción penal sobre personas y buques en estos casos.
- d) *Transmisiones no autorizadas* de radio o televisión difundidas desde un buque o instalación en violación de normas internacionales. Una pluralidad de Estados puede ejercer su persecución.
- e) *Derecho de persecución*: El Estado ribereño puede perseguir a un buque extranjero que haya presuntamente violado sus leyes y reglamentos. La persecución puede continuar en alta mar si ha empezado en las aguas interiores, aguas archipelágicas, mar territorial y ZEE. El derecho de persecución cesa cuando el buque entra en el mar territorial del Estado de su pabellón o de un tercer Estado.

## 5. La zona internacional de los fondos marinos y oceánicos

### 5.1. Concepto

Este espacio marino (en adelante, la Zona), abarca el lecho marino y oceánico, y su subsuelo, que se encuentran fuera de los límites de la jurisdicción nacional, es decir, de las plataformas continentales de los Estados ribereños. Son estos Estados quienes delimitan la Zona al fijar la extensión de dichas plataformas.

Este espacio es especialmente rico en nódulos polimetálicos, que tienen importantes aplicaciones industriales. El desarrollo tecnológico ha ido acrecentando el interés en la Zona. Los desacuerdos sobre la Zona entre las potencias marítimas y el Grupo de los 77

motivaron que diversos Estados no firmasen la CNUDM. Los problemas se resolvieron en el sentido defendido por los Estados industrializados, y se pudo adoptar (por consenso) el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la CNUDM, que en realidad supone una enmienda de las normas de la CNUDM que regulan la Zona, y que permitió una muy amplia participación en este tratado.

## 5.2. Régimen jurídico

### 5.2.1. La Zona como patrimonio común de la Humanidad

En 1970, la Asamblea General de la ONU adoptó por consenso la *Declaración de Principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional*. Esta consagraba la Zona como Patrimonio Común de la Humanidad, conforme a los siguientes principios: a) Exclusión de soberanía; b) Uso exclusivo para fines pacíficos; c) Régimen internacional que organice la Zona para que su explotación sea en beneficio de toda la humanidad. En cuanto al valor jurídico de estos principios, este quedaba ligado a los resultados de la III Conferencia.

La noción de patrimonio común de la humanidad excluye la apropiación soberana de la Zona. La utilización en beneficio de la humanidad implica que los usos de la Zona reviertan en todos, con especial consideración de las necesidades de los países en desarrollo, si bien la noción de humanidad ha de entenderse mediatizada por los Estados. Ello requiere la creación de una organización internacional que controle la explotación de la Zona. Los beneficios de este sistema pueden ser no separables (pacificación de la Zona y protección del medio marino) o consistir en beneficios económicos que sí pueden repartirse.

### 5.2.2. La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos

La Autoridad es una organización internacional con personalidad jurídica propia, capacidad jurídica para cumplir sus fines y privilegios e inmunidades. Su sede está en Kingston (Jamaica). Sus miembros son todos los Estados partes en la CNUDM.

La Autoridad se estructura en una *Asamblea*, órgano plenario que establece las políticas generales de la organización y un *Consejo*, órgano ejecutivo con competencias en todas las materias de explotación minera. Se compone de 36 Estados miembros que representan diversos intereses (Estados consumidores, inversores, exportadores y en desarrollo). Como norma general adopta sus decisiones por consenso, y en su defecto, por mayoría simple (cuestiones de procedimiento) y mayoría de dos tercios (cuestiones de fondo). También cuenta con una *Secretaría* como órgano administrativo y con órganos subsidiarios técnicos o de asesoramiento, como la *Comisión Jurídica y Técnica*. Por último, la *Empresa* es el órgano operativo o de gestión que se creará cuando sea rentable la explotación de los recursos de la Zona. Operará en asociación con el sector privado, mediante un sistema de *joint ventures*.

Por el momento, no ha habido actividades mineras en la Zona. Se desarrollan actividades de exploración destinadas a obtener información medioambiental y minera. La Autoridad ha aprobado 30 contratos de exploración que involucran a 22 Estados.

## 6. La protección medioambiental de los océanos: CNUDM y proceso BBNJ

### 6.1. La CNUDM

La Parte XII de la CNUDM regula la protección y preservación del medio marino, cuyo fin es proteger a este de la contaminación procedente de cualquier fuente (actividad terrestre,

actividad en los fondos marinos, vertimientos, contaminación desde buques, contaminación desde la atmósfera). El artículo 192 recoge la obligación de los Estados de proteger y preservar el medio marino. La delegación de España en la III Conferencia sostuvo que este principio de protección y preservación tiene carácter de *ius cogens*.

El artículo 194 CNUDM contempla medidas relativas a todas las fuentes de contaminación, para reducir en lo posible la evacuación de sustancias contaminantes al mar, la contaminación causada por buques, incluyendo medidas para la prevención de accidentes y reaccionar frente a emergencias, así como medidas para reducir la contaminación causada por instalaciones y dispositivos utilizados para la exploración y explotación de los recursos naturales de los fondos marinos.

En relación con la contaminación causada por buques extranjeros, el Estado ribereño tiene en el mar territorial y en la ZEE amplias facultades legislativas, reglamentarias y ejecutivas, que permiten inspeccionar, retener e iniciar procedimientos contra buques que puedan estar infringiendo la normativa de prevención y reducción de la contaminación en el medio marino.

En la alta mar, la competencia para proteger y preservar el medio marino corresponde al Estado del pabellón del buque. Ahora bien, en el caso de accidentes marítimos, otros Estados pueden adoptar medidas para protegerse de la contaminación resultante, siempre que guarden proporción con el daño real o potencial derivado de un accidente.

## 6.2. El proceso BBNJ

El carácter dinámico del Derecho del mar convierte a la CNUDM en un marco jurídico dentro del cual se desarrollan diversas materias, incluida la diversidad biológica marina. En 1992 se adoptó el Convenio de Diversidad Biológica, de participación prácticamente universal, cuyo objetivo es la conservación de la biodiversidad situada bajo jurisdicción nacional. Además, existen Convenios Marinos Regionales, que también se aplican en zonas de jurisdicción nacional, y por ello no son adecuados para una protección global de la biodiversidad más allá de los espacios bajo jurisdicción nacional.

En 2015, la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución 69/292 de 19 de junio, relativa a la *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, dando así impulso al proceso BBNJ (*Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction*). En 2017, la Asamblea General adoptó la resolución 72/249 de 24 de diciembre, que convocaba una conferencia intergubernamental para examinar un posible texto preparatorio de dicho instrumento internacional. Dentro de la biodiversidad marina en zonas fuera de la jurisdicción nacional entran cuestiones como los recursos genéticos marinos, la distribución de los beneficios de dichos recursos, las áreas marinas protegidas, las evaluaciones de impacto ambiental y la transferencia de tecnología marina. El resultado final del proceso BBNJ ha de ser el mencionado instrumento internacional concebido como un acuerdo de aplicación de la CNUDM.

Entre las cuestiones más conflictivas del proceso BBNJ figura la de la naturaleza jurídica de los recursos genéticos marinos. La Convención sobre Biodiversidad (1992) define a estos recursos como material genético de valor real o potencial, y a su vez define el material genético como todo material de origen vegetal, animal o microbiano que contenga unidades funcionales de la herencia. Se plantea entonces la cuestión de si los peces son recursos

genéticos marinos incluidos en el ámbito material del nuevo instrumento internacional, lo cual rechazan los países industrializados. Como señala Vázquez Gómez, la referida inclusión de los peces modificaría el régimen actual de la pesca internacional, lo cual es una de las líneas rojas para la delegación española.

## 7. La protección del patrimonio cultural subacuático

### 7.1. Creciente interés y accesibilidad

El patrimonio cultural subacuático ha despertado un creciente interés en la comunidad científica y el público en general, como fuente de información histórica y de actividades culturales. Dicho patrimonio consiste sobre todo en pecios de navíos y en ruinas de edificios, e incluso ciudades. Esta riqueza arqueológica de los fondos marinos es cada vez más accesible, tanto para investigadores como para cazadores de tesoros, lo cual deja este patrimonio expuesto a peligros como su destrucción (por incorrecto tratamiento al ponerlo en contacto con el aire) y saqueo. La protección jurídica insuficiente a nivel nacional hace necesario contar con una regulación internacional que dé respuesta a los principales retos planteados.

### 7.2. Protección jurídica internacional

El artículo 303 CNUDM establece la obligación para los Estados de proteger los objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar, y cooperar a tal efecto. Prevé además que se creen normas específicas para proteger este patrimonio. Por su parte, el artículo 149 CNUDM obliga a conservar los objetos arqueológicos e históricos hallados en la Zona, o a disponer de ellos en beneficio de la humanidad, teniendo en cuenta los derechos preferentes del Estado de origen, del Estado de origen cultural, o del Estado de origen histórico y arqueológico.

La *Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático* (2001), declara que el mismo es parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad, y en su artículo 1 lo define como “todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, total o parcialmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años”. El artículo 2 enuncia unos principios generales de protección del patrimonio cultural subacuático, como: a) obligación de cooperar entre los Estados partes; b) preservación en beneficio de la humanidad; c) preservación *in situ* como opción prioritaria; d) no explotación comercial; e) respeto debido a los restos humanos; y f) acceso responsable y no perjudicial del público al patrimonio cultural subacuático *in situ*.

En cuanto a los espacios marinos, en *aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial*, los Estados tienen el derecho exclusivo de reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático. Aznar Gómez considera además que la práctica estatal general (unilateral y convencional), ha generado una norma consuetudinaria que atribuye al Estado ribereño competencias legislativas y ejecutivas sobre bienes y objetos arqueológicos situados bajo las aguas de la *zona contigua*. En la *ZEE, plataforma continental y la Zona* se establece un régimen de cooperación internacional específico que prevé un sistema de notificación, consultas y coordinación en la aplicación de medidas de protección al patrimonio hallado en estos espacios marinos.

La Convención de la UNESCO ha de interpretarse en el contexto y de conformidad con las normas del Derecho internacional y de la CNUDM, cuya regulación no menoscaba. Tampoco modifica las normas sobre inmunidad soberana de buques y aeronaves de Estado. En su artículo 6, alienta a los Estados Partes a celebrar acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales que, siendo conformes con la Convención de 2001, eleven el nivel de protección establecido en la misma.

### **Bibliografía y páginas web**

DIEZ DE VELASCO, M.: “Los espacios de interés internacional (I): el alta mar, la zona internacional de los fondos marinos y los espacios polares”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp.

JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “Régimen jurídico de los espacios marinos (III)”: plataforma continental, zona económica exclusiva y Estados sin litoral”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 24ª edición, 2020, pp.

TANAKA, Y.: *The International Law of the Sea*, 3rd edition, 2019, pp.

VÁZQUEZ GÓMEZ, E.: “La protección de la diversidad biológica marina más allá de la jurisdicción nacional. Hacia un nuevo acuerdo de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2019), pp. 1-29, disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org)

International Seabed Authority, <https://www.isa.org.jm/es>

International Tribunal for the Law of the Sea, <https://www.itlos.org/en/top/home>

Una representación esquemática de los espacios marinos, puede consultarse en: <https://sites.tufts.edu/lawofthesea/chapter-two/>

## Tema 14

### 14. Las competencias personales del Estado. Nacionalidad y extranjería. Normativa internacional, europea y española sobre asilo, refugio y apatridia.

Sumario: 1. Contextualización. 2 Las competencias personales del Estado. Nacionalidad y extranjería. 3. Normativa internacional, europea y española sobre asilo, refugio y apatridia.

#### 1. Contextualización

El Estado es un sujeto de Derecho Internacional que posee una base territorial. Sin embargo, el territorio no es el único ámbito donde se proyectan las competencias de los Estados, sino que también se proyectan sobre la población. De hecho, recordemos que la población es uno de los elementos constitutivos del Estado (territorio, población y organización política).

El tipo de competencias que los Estados ejercen sobre su población se denominan competencias personales. Este tema se abordará desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, necesaria y complementaria al Derecho Internacional Privado. Así, comprobaremos cómo surge la necesidad de intervención del Derecho Internacional Público, estableciendo límites a las competencias exclusivas del Estado en materia de nacionalidad y, en especial, en el régimen de extranjería. Dichos límites son consecuencia, fundamentalmente de la protección internacional de los derechos humanos. Igualmente, abordaremos un examen de la principal normativa internacional, europea y española sobre el refugio, asilo y la apatridia. Dada la problemática existente en España en relación con dichas materias, un examen desde la perspectiva iuspublicista es absolutamente necesario.

#### 2. Las competencias personales del Estado. Nacionalidad y extranjería

##### 2.1. Las competencias personales del Estado

El ejercicio normal de las competencias personales del Estado es ejercido sobre las personas (físicas y jurídicas) que se hallan en su territorio y son nacionales suyas. Sin embargo, dicho ejercicio también se ejerce, con diferente magnitud, sobre:

- sus nacionales, independientemente de si se encuentran dentro o fuera de su territorio,
- los extranjeros que estén en su territorio
- y sobre las personas que se encuentran bajo su jurisdicción (aunque no estén en su territorio ni sean sus nacionales)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> El ejemplo que pone Díez de Velasco, M., en su capítulo titulado “Competencia personal del Estado: nacionalidad y extranjería”, y actualizado por Escobar Hernández, C., es: una persona que se halla en un territorio ocupado militarmente por el Estado o en un buque o aeronave que porta el pabellón del Estado (DÍEZ DE VELASCO, M., y ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., titulado “Competencia personal del Estado: nacionalidad y extranjería”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp.620-635).

En cuanto a las limitaciones que el Derecho Internacional impone a los Estados cuando éstos ejercen sus competencias personales, hemos de diferenciar los siguientes supuestos:

1. Limitaciones generales, son las que se derivan de la protección internacional de los Derechos Humanos y que se aplican a todas las personas sin discriminación de ningún tipo en función de su condición de seres humanos.
2. Limitaciones al Estado en el ejercicio de sus competencias sobre sus nacionales cuando éstos se encuentran en el exterior, que se derivan de su falta de soberanía fuera de su territorio.
3. Limitaciones al Estado en el ejercicio de sus competencias sobre los extranjeros que se encuentren en su territorio.

## 2.2. Nacionalidad y extranjería

La nacionalidad es el vínculo jurídico que une a una persona con un Estado<sup>2</sup>. El poder de atribuir la nacionalidad es competencia exclusiva del Estado<sup>3</sup>. No existe un derecho de las personas a la nacionalidad de un determinado Estado.

Sin embargo, el Derecho Internacional sí establece ciertos límites a esta competencia exclusiva del Estado:

1. Nadie podrá ser privado arbitrariamente de su nacionalidad (art.15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948)
2. Nadie podrá ser privado de su derecho a cambiar de nacionalidad (art.15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948)
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad en el nacimiento (art.8 de la Convención de Derechos del Niño de 1989)
4. Los Estados deben abstenerse de determinar quiénes son nacionales de terceros Estados.

En cuanto a la extranjería, para determinar quiénes son extranjeros para un Estado, existen dos criterios<sup>4</sup>:

1. Un criterio de exclusión, son extranjeros todos los no nacionales.
2. Un criterio más restrictivo, según el cual se consideran extranjeros a las personas que no son consideradas como nacionales por el Estado en que están domiciliadas o en el que son transeúntes, pero son consideradas como nacionales suyos por un tercer Estado o por varios, en el caso de nacionalidad múltiple. En este supuesto no serían considerados como extranjeros los apátridas, ya que no son nacionales de un tercer Estado.

La opción por uno u otro criterio es importante, puesto que afecta a las normas que protegen a dichas personas.

<sup>2</sup> En el asunto Nottebohm, el Tribunal Internacional de Justicia afirmó que: “la nacionalidad es un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectiva solidaridad de existencia, de intereses y de sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes” (CIJ, Recueil, 1955, pp.4 y ss.). Para ver un resumen del caso: <https://www.dipublico.org/cij/doc/23.pdf>

<sup>3</sup> Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Opinión consultiva sobre los Decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos, 1923 (CPJI, Série B, n°4, p.24). Ver la versión española en: <https://www.dipublico.org/11844/opinion-sobre-decretos-de-nacionalidad-en-tunez-y-marruecos-1922-corte-permanente-de-justicia-internacional-serie-b-no-4/>

<sup>4</sup> DÍEZ DE VELASCO, M., y ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., titulado “Competencia personal del..”, cit, p.625.

Al igual que los nacionales, los extranjeros están sujetos al Derecho interno del territorio del Estado en el que se hallen. No obstante, el Derecho Internacional Público establece unos límites al ejercicio de dicha competencia personal por parte del Estado. Los límites proceden de:

1. El Derecho Internacional General, de modo que los Estados han de garantizar un *standard minimum* de dichos extranjeros en su territorio.
2. El Derecho Internacional Convencional, de manera que los Estados han de procurar conseguir que los tratados que celebran con otros Estados en cuyo territorio residen nacionales de los primeros reconozcan derechos en beneficio de éstos.

### 2.3. La competencia del Estado sobre sus nacionales en el extranjero

El poder del Estado sobre sus nacionales se ejerce plenamente en el seno de su territorio. Cuando sus nacionales se hallan en el extranjero, el Estado no podrá ejecutar sus actos sobre los mismos, sin el consentimiento del Estado donde se encuentren. Díez de Velasco<sup>5</sup> pone el ejemplo de una persona que ha sido condenada en su Estado de origen y huye al extranjero. En este supuesto, la ejecución de dicha sentencia habrá de precisar del consentimiento e, incluso, de la colaboración del Estado del territorio en que se halle para su entrega al Estado de origen.

No obstante, lo frecuente son los acuerdos bilaterales o regionales de los Estados con otros Estados para que sus nacionales en el extranjero obtengan ventajas en materia comercial o migratoria, por ejemplo. En todo caso, si no hubiera un tratado de estas características entre un Estado y el Estado en donde se halla un nacional del primer Estado, se cuenta con la protección del llamado *standard minimum*. Para garantizar la aplicación de los tratados anteriormente mencionados o la protección del *standard minimum* de sus nacionales en el extranjero, el Estado cuenta con la herramienta de la protección diplomática.

### 2.4. La competencia del Estado sobre los extranjeros que se hallen en su territorio

Los extranjeros que se hallen en el territorio de un Estado poseen el llamado *standard minimum*:

1. Derecho a que su vida y sus intereses sean defendidos por el Estado territorial contra las acciones de violencia colectiva organizadas en contra de los extranjeros.
2. Derecho a no ser detenidos arbitrariamente, es decir, sin conformidad con las normas del Estado territorial y por autoridad no competente, y a que se proceda a una investigación en tiempo razonable, y si se deriva una acusación de la misma, derecho a ser oído, antes de que la autoridad competente tome una decisión<sup>6</sup>.
3. Derecho a no ser torturado y a que no se le someta a tratamientos inhumanos.
4. Tener libre acceso a los tribunales, sin que se produzca ninguna discriminación en virtud de su nacionalidad.

<sup>5</sup> DÍEZ DE VELASCO, M., y ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., titulado “Competencia personal del..”, cit, p.625.

<sup>6</sup> *Affaire Chevreau*, R.S.A.: II, 1115-1123 y 1142-1143 (se puede consultar on line en: [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_II/1113-1143.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/1113-1143.pdf)). Este asunto hace referencia al arresto de un súbdito francés por las autoridades británicas en territorio persa, ocupado por Gran Bretaña con el consentimiento del gobierno persa, durante la I Guerra Mundial.



5. Derecho a poder ejercitar determinados derechos civiles básicos, como son los relativos a las relaciones paterno-filiales.

No obstante, la sentencia del TIJ en el asunto *Amhadiou Sadio Diallo* señala ya una evolución en el Derecho Internacional Público en el sentido de que las reclamaciones a favor de los extranjeros “originariamente limitada a las violaciones del estándar mínimo de trato a los extranjeros, se ha ido extendiendo para incluir, en especial, a los derechos humanos internacionalmente reconocidos”<sup>7</sup>.

Igualmente, el Estado de residencia tiene el deber de proteger con la debida diligencia a las personas y los bienes de los extranjeros proporcionándoles un mínimo de seguridad. Así, en el laudo arbitral dictado en el asunto relativo a las reclamaciones británicas en la Zona española de Marruecos (1925) se dice que “se presupone que la seguridad general en el país de residencia no caiga por debajo de un cierto nivel y su protección por la justicia no se convierta en puramente ilusoria”<sup>8</sup>.

En todo caso, hay que afirmar que no existe la total asimilación en materia de derechos entre nacionales y extranjeros. Hay una serie de derechos de los que se excluye tradicionalmente a los extranjeros:

1. Los denominados derechos políticos, con carácter general, el derecho de sufragio y el derecho a ocupar cargos públicos.
2. El derecho a desempeñar determinadas profesiones vinculadas al ejercicio de la soberanía Estatal (como juez, diplomático o militar).

Por la vía de los tratados internacionales de carácter bilateral o regional, se puede producir una equiparación entre los derechos de los nacionales del Estado territorial y los derechos de los nacionales de los otros Estados parte, en determinadas áreas. Así mismo, en muchas legislaciones internas de los Estados se recoge el “principio de reciprocidad”, que significa el hacer depender el goce de determinados derechos a los extranjeros dentro un determinado Estado al hecho de que se reconozca el mismo trato a sus nacionales en el Estado nacional del extranjero. Así, en algunos tratados se incluye la “cláusula o sistema de trato nacional”, o una “cláusula de reciprocidad”, en aras a lograr dicha equiparación de nacionales y extranjeros.

En cuanto a la admisión de extranjeros, no existe una obligación de admisión, sino que se trata de una competencia discrecional del Estado. Sin embargo, sí existe la prohibición de discriminación entre nacionales de diferentes Estados. En cuanto a los requisitos a imponer a la entrada de extranjeros, se dan dos situaciones:

1. Turistas: en este caso es habitual la exigencia de pasaporte y/o visado (no implica discriminación la dispensa a nacionales de determinados Estados).
2. Inmigrantes: en este supuesto, se pueden imponer requisitos más severos. El establecimiento de cupos o contingentes, la subordinación de la entrada a un contrato de trabajo o a una autorización para trabajar no supondría un trato discriminatorio.

<sup>7</sup> Asunto *Amhadiou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), CIJ, Recueil, 2007, párr.39. Se puede consultar on line en español en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/165.pdf>

<sup>8</sup> UN, *Recueil de Sentences Arbitrales*, vol. II, pp. 640-646.

En cuanto a la expulsión de los extranjeros, no existe una norma de DI general que la prohíba, pero sí existen límites:

1. Ha de ser reglamentada por el Derecho interno
2. El Estado es responsable internacionalmente por la realización de expulsiones arbitrarias<sup>9</sup>. Dicha expulsión no debe ir acompañada de daños, vejaciones o sufrimientos innecesarios y deben darse explicaciones de los motivos determinantes de la expulsión. Igualmente, la expulsión de extranjeros susceptibles de ser considerados refugiados sin el análisis de su situación podría dar lugar a responsabilidad internacional del Estado.

En cuanto a las expulsiones colectivas, merecen especial atención unas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con España y la expulsión de dos ciudadanos, uno de Mali y otro de Costa de Marfil, en la valla de Melilla. En primera instancia, dicho Tribunal consideró probado que los demandantes fueron expulsados y devueltos a Marruecos contra su voluntad y que estas medidas fueron tomadas por la vía de hecho, sin que hubiera una decisión administrativa o judicial previa y sin que se procediera en ningún momento a la identificación de los demandantes. Al haber actuado de esta forma, entendió el TEDH que se habían violado dos artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), fallando a favor de los demandantes y en contra de España: En primer lugar, el artículo 4 del Protocolo nº 4, donde se prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. En segundo lugar, el artículo 13 CEDH, que preconiza el derecho a un remedio o recurso efectivo: entiende el TEDH que esta expulsión en caliente impidió que los demandantes tuvieran acceso a algún remedio o recurso por virtud del cual hubieran podido hacer llegar su queja a la autoridad competente y obtener una valoración rigurosa y exhaustiva sobre su solicitud antes de ser devueltos.

No obstante, en la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 13 de febrero de 2020, El Tribunal hizo suyo el argumento del Estado español en el sentido de que, además de tener un acceso real y efectivo al territorio español en el paso fronterizo de Beni Enzar, los demandantes podrían haber solicitado un visado o protección internacional en las representaciones diplomáticas y consulares de España. en sus países de origen o tránsito o bien en Marruecos. En consecuencia, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, el Tribunal consideró que la falta de decisiones individuales de expulsión podría atribuirse al hecho de que los demandantes no habían hecho uso de la entrada oficial y de los procedimientos existentes a tal efecto. Por lo tanto, la Gran Sala estimó que España no había conculcado los derechos de los demandantes.

### **3. Normativa internacional, europea y española sobre asilo, refugio y apatridia**

#### *3.1. Normativa internacional, europea y española sobre asilo y refugio*

El marco normativo internacional sobre el asilo y refugio viene dado por: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo

<sup>9</sup> Sentencia en el *Asunto N.D. y N.T. contra España* (Demandas nº 8675/15 et 8697/15), 3 de octubre de 2017. Ver también: Sentencia de la Gran Sala, *Asunto N.D. y N. T. contra España* (Demandas nº 8675/15 y 8697/15), 13 de febrero de 2020.

sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967<sup>10</sup>. Según la mencionada Convención de Ginebra, refugiado es aquella persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país” (art.1).

Los Estados partes en la Convención de Ginebra están obligados a conceder a los refugiados: documentos de identidad (art.27) y documentos de viaje (art.28). No obstante, la protección fundamental de los refugiados viene dada por el compromiso de los Estados de no expulsar o devolver a los refugiados (principio de *non refoulement*). En aras a lograr la cooperación estatal en la protección de los refugiados, Naciones Unidas creó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) el 14 de diciembre de 1950. Actualmente, ACNUR desempeña sus funciones en relación con actuaciones sobre el terreno de protección a personas que provengan de migraciones forzadas, bien sean refugiados, desplazados internos, apátridas o solicitantes de asilo.

A diferencia del refugio, el asilo territorial no posee una normativa internacional que lo regule. Se definiría el asilo territorial como la protección que un Estado otorga en su territorio a las personas que están perseguidas por motivos políticos, ideológicos, raciales o de otra clase, con peligro para su vida o su libertad. A pesar de los intentos de adoptar un convenio internacional de carácter universal sobre el asilo territorial, no se ha logrado. La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU tampoco reconoce el derecho de asilo, pero sí afirma que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país (art.14.1). Lo que sí tenemos es una declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1967, la Declaración 2312 (XXII), que perfila los elementos esenciales del asilo territorial.

En cambio, sí poseemos una regulación del asilo en el ámbito de la Unión Europea. Recordemos que ya existe una regulación al respecto en el Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, de 15 de junio de 1990, y en el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, de 19 de junio de ese mismo año. Dicha materia fue comunitarizada por el Tratado de Amsterdam de 1999, lo que posibilitó la puesta en marcha de una política de asilo y abrió camino a un futuro sistema común de asilo en la Unión. Los principales instrumentos para la creación de dicho sistema común denominado SECA fueron: la Directiva relativa a los requisitos de asilo, que entró en vigor en enero de 2012, las versiones refundidas de actos legislativos de 2013 (Reglamento Eurodac, Reglamento de Dublín III, Directiva sobre las condiciones de acogida y Directiva sobre procedimientos de asilo), y las orientaciones estratégicas del Consejo Europeo de 2014 sobre la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia para la consecución plena de un Sistema Europeo Común de Asilo.

Atendiendo a la presión migratoria experimentada desde 2014, en mayo de 2015 la Comisión presentó la Agenda Europea de Migración, que establece nuevas disposiciones para la reforma del SECA, en particular, pretende la adopción de medidas para simplificar, aclarar y reducir los procedimientos de asilo, ofrecer unas garantías comunes a los solicitantes de asilo y garantizar unas normas más estrictas para combatir abusos, incluida

<sup>10</sup> Instrumento de adhesión de España de 22 de julio de 1978 (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978. Corrección de errores en BOE núm. 272, de 14 de noviembre).

una lista común de países de origen seguros. Otro de los aspectos importantes es la transformación de la EASO, agencia de apoyo de la Unión, en una Agencia de Asilo de la Unión Europea de pleno derecho que se encargue de facilitar el funcionamiento del SECA y garantizar la convergencia en la evaluación de las solicitudes de asilo en toda la Unión, así como de realizar un seguimiento operativo y técnico de la aplicación del Derecho de la Unión, en particular asistiendo a los Estados miembros en la formación de expertos nacionales. El 23 de septiembre de 2020, la Comisión publicó el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, con el fin de dar un nuevo impulso a la estancada reforma del SECA. El Pacto pretende alcanzar un nuevo equilibrio entre responsabilidad y solidaridad. La Comisión propone integrar el procedimiento de asilo en la gestión general de la migración, vinculándolo a un proceso de control previo a la entrada y de retorno<sup>11</sup>.

El sistema europeo parte de una identificación entre asilo y refugio aplicando la protección del asilo a los que cumplan con las condiciones de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951. Igualmente, prevé tres modalidades diferentes de protección:

- a) La condición de refugiado basado en la mencionada Convención de Ginebra, que merece la mayor protección;
- b) Los supuestos excluidos de la definición de refugiado por la Convención de Ginebra pero en los que el individuo tiene que salir del país de residencia por haber padecido graves violaciones de derechos humanos, aplicando una “protección subsidiaria”.
- c) Un régimen de “protección temporal” para grandes masas de población que salen del país de origen por situaciones extraordinarias de guerra o catástrofe natural, con independencia de sufrir persecución.

En España, según la Constitución de 1978, la regulación del derecho de asilo se remite a lo que disponga la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Para los supuestos no cubiertos por el asilo, se contempla la protección subsidiaria, que es un derecho dispensado a las personas de otros países y a los apátridas. En definitiva, se otorga dicha protección a las personas que no reúnen los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se dan motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen de su anterior residencia habitual, se enfrentarían a daños graves.

Es diferente el asilo territorial del asilo diplomático, que se concede en la sede de una misión diplomática, en un buque de guerra o en una aeronave militar a una persona. Es un tipo de asilo tan sólo circunscrito al ámbito regional latinoamericano (no se aplicaría la práctica a otros Estados que a los de dicha región y que, además, sean parte de los tratados internacionales sobre la materia o resulten obligados por la costumbre internacional). Entre los tratados que regulan el asilo diplomático, destaca la Convención sobre Asilo de La Habana de 1928, la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933, el Tratado sobre Asilo y Refugio político de Montevideo de 1939 o la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático.

A España no le obligaría la práctica relativa al asilo diplomático. De hecho, al igual que la mayoría de los Estados no iberoamericanos, España no reconoce el asilo diplomático como un derecho. Bien al contrario, España estima que la pretensión de ejercerlo lesiona la soberanía del Estado en cuya representación diplomática se pretende refugiarse. Siempre que España ha acogido a personas en sus misiones diplomáticas, lo ha hecho basándose en la figura del refugio temporal por razones humanitarias. Dicha figura y la protección otorgada

<sup>11</sup> <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/151/la-politica-de-asilo>

a la misma habría de cesar cuando haya expectativas racionales de que el refugiado va a ser objeto de un juicio justo o ya no será perseguido por el hecho que originó su petición de refugio. El refugio temporal por razones humanitarias ha sido concedido por nuestro país en sus misiones diplomáticas en Cuba, Guinea Ecuatorial, y más recientemente, en el caso de la acogida de Leopoldo López en la Embajada española en Venezuela.

### 3.2. Normativa internacional, europea y española sobre apatridia

La apatridia se refiere a aquella persona que ningún Estado reconoce como nacional según su derecho interno. Su marco jurídico regulador viene dado por: el Convenio de Nueva York sobre el estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención sobre la reducción de casos de Apatridia de 1961.

Las causas más frecuentes que originan la apatridia son: el traspaso de soberanía/sucesión de Estados; la concurrencia de nacionalidades excluyentes entre sí; la incapacidad o rechazo de un Estado para garantizar registro de nacimientos; la renuncia voluntaria a una nacionalidad en espera de conseguir otra; la sanción (aunque el DI prohíbe la desnaturalización en contra de la voluntad). Es de destacar que poseen un *standard minimum* de derechos similar al de los extranjeros, y que contamos con varios ejemplos en el mundo. Así, los palestinos, kurdos en Siria, los gitanos en Chequia y Eslovaquia, los tártaros en Ucrania, entre otros.

España es uno de los pocos países que cuentan con un procedimiento específico para el reconocimiento del estatuto de apátrida. Al respecto, es apátrida toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación<sup>12</sup>. La existencia de un procedimiento específico en el ordenamiento jurídico español confiere un considerable grado de seguridad jurídica, y es una de las recomendaciones de ACNUR en la materia. La Subdirección General de Protección Internacional u Oficina de Asilo y Refugio tiene encomendada la tramitación de las solicitudes para el reconocimiento del estatuto de apátrida, de acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, el artículo 34.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- CASANOVAS, O, Y RODRIGO, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6ªed., 2017, pp.287-303.
- DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición (coordinada por Concepción Escobar Hernández), 2013, pp. 620-623.
- Ver: la ficha temática relativa a la política de asilo, en la página web del Parlamento Europeo, en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/151/la-politica-de-asilo>

<sup>12</sup> <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/estatuto-de-apatrida>

## Tema 15

### **La protección internacional de los derechos humanos: caracteres generales. La protección de los derechos humanos en el ámbito universal: la acción de las Naciones Unidas. La protección regional de los derechos humanos con especial referencia al Consejo de Europa**

Sumario: 1. Contexto. 2. La protección internacional de los Derechos Humanos: Caracteres generales. 3. La protección de los derechos humanos en el ámbito universal: la acción de las Naciones Unidas. 3.1. El Consejo de Derechos Humanos. 3.2. La protección convencional de los derechos humanos. 4. La protección regional de los derechos humanos con especial referencia al Consejo de Europa.

#### **1. Contexto**

Es necesario comenzar distinguiendo los derechos humanos, a los que nos dedicaremos en este tema, del Derecho Humanitario (Tema 19). Por el primero entendemos el conjunto de normas en las que se proclaman de los que somos titulares todas las personas tanto en tiempo de paz como de conflicto armado mientras el Derecho Humanitario tiene aplicación en estos últimos.

Para estudiar los derechos humanos, en primer lugar nos detendremos en los caracteres generales de su protección internacional, para pasar a la protección de los derechos humanos en el ámbito universal, con el que nos proponemos estudiar el papel que desempeña Naciones Unidas en este objetivo, para terminar con la protección regional de los derechos humanos con especial referencia al Consejo de Europa.

#### **2. La protección internacional de los derechos humanos: caracteres generales**

En Derecho Internacional clásico el tratamiento que dispensaran los Estados a sus nacionales era un asunto doméstico, aunque en algunas cuestiones puntuales el ordenamiento internacional contenía obligaciones sobre el trato a dispensar a los ciudadanos extranjeros que podrían ser objeto de reclamaciones de protección diplomática por parte del Estado del que fueran nacionales si se incumplían aquellas obligaciones. También existían prohibiciones concretas como la de la esclavitud desde la Declaración de 1815, siempre que un tratado internacional en vigor la contuviera.

La construcción de la protección internacional de los derechos humanos actual encuentra su origen en la Carta de las Naciones Unidas. Así, los derechos humanos exceden a la competencia doméstica de los Estados y se caracterizan por la universalidad, indivisibilidad

e interdependencia<sup>1</sup>. La universalidad se entiende en un doble sentido: 1) todas las personas son titulares de los derechos proclamados, estando obligados todos los Estados a su respeto y garantía. Del preámbulo de la Carta de las Naciones se desprende que expresan “la dignidad y el valor de la persona humana...”. 2) Son normas generales de Derecho Internacional<sup>2</sup> las que proclaman estos derechos, normas que poseen una doble naturaleza consuetudinaria y convencional. Observemos que el “núcleo duro de los derechos humanos forma tándem indisoluble con su *imperatividad* internacional”<sup>3</sup>, “núcleo duro” formado por los derechos que no pueden suspenderse<sup>4</sup>. La universalidad ha de prevalecer frente a las diferencias culturales o religiosas, puesto que las particularidades pueden “modular su ejercicio... pero no justifican en modo alguno que los derechos y libertades fundamentales sean desconocidos ni que las limitaciones establecidas por las normas internas puedan llegar a afectar su contenido esencial”<sup>5</sup>.

A pesar de ello, la universalidad de los derechos humanos no impide la existencia de sistemas regionales de protección siempre que respeten el estándar de protección universal, pudiendo proporcionar un nivel más elevado que éste. De este modo, existen los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos así como el Sistema africano de derechos humanos y de los pueblos, que persiguen aquel propósito.

Hemos de considerar conjuntamente la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos. La interdependencia ha de entenderse en el sentido de que aunque se os entre los de primera generación (civiles y políticos) que imponen obligaciones de resultado y de segunda generación (económicos, sociales y culturales) que establecen obligaciones de comportamiento, todos ellos forman parte de la categoría general de derechos humanos. Es más, para poder avanzar en el disfrute de los derechos humanos deben garantizarse en su totalidad, pues por ejemplo es innegable la dependencia del derecho a la vida y el derecho a la salud. Junto con ellos existen los de tercera generación (de solidaridad o colectivos), que no se niega que “formen parte del ordenamiento jurídico internacional o, incluso, que sea imperativo el carácter de la mayoría de las normas que los protegen. Lo que se cuestiona es que su articulación pueda y deba realizarse en el ámbito de los derechos humanos”<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Ver en este sentido la Declaración de Viena que adoptó por consenso de los 171 representantes de Estados miembros en la Conferencia mundial de Derechos Humanos en 1993 y puede verse en: [https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf)

<sup>2</sup> J.A. PASTOR RIDRUEJO, “Sobre la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva época, vol. 12, 2011, pp. 267 y ss

<sup>3</sup> A. REMIRO, R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA, L. PÉREZ-PRAT, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007, parágrafo 679; de los mismos autores *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, parágrafo 581.

<sup>4</sup> Ver en este sentido el artículo 4.2 del Pacto de Derechos civiles y políticos de 1966, que establece por tales el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la esclavitud,

<sup>5</sup> P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA *Sistema de derecho internacional público*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2018, página 399.

<sup>6</sup> A. REMIRO, R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA, L. PÉREZ-PRAT, *Derecho... op. Cit. Supra*, respectivamente parágrafos 624 y 533.

### 3. La protección de los derechos humanos en el ámbito universal: la acción de las Naciones Unidas

Aunque son escasas las menciones a los derechos humanos han sido suficientes edificar el sistema de protección de los derechos humanos del que gozamos en la actualidad. Así se refiere a ellos además de en el preámbulo, en el artículo 1.3, que proclama uno de los propósitos de las Naciones Unidas la realización de la cooperación “en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”, sin ningún tipo de discriminación. El artículo 55 indica que la Organización promoverá “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”, de nuevo, sin discriminación, incorporando el artículo 56 el compromiso de todos los Estados miembros de adoptar cuantas medidas resulten necesarias para la materialización de los propósitos incorporados en el artículo anterior.

La Carta (artículo 13) indica también que la Asamblea General será el órgano encargado de la realización de estudios y formular recomendaciones para “ayudar a hacer efectivos” estos derechos. Por su parte, el artículo 62, asigna al Consejo económico y social la competencia de “hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto” a los derechos humanos, pudiendo este órgano establecer comisiones para promoverlos (artículo 68), con este fundamento se creó la Comisión de derechos humanos, que en 2006 fue sustituida por el Consejo de derechos humanos<sup>7</sup>.

La ausencia de una relación de los derechos humanos objeto de protección en la Carta se resolvió en 1948 con la remisión por parte de la Comisión de derechos humanos del proyecto de Declaración a los Estados miembros de Naciones Unidas. La Asamblea General aprobó el 10 de diciembre la Resolución 217 A(III) cuyo anexo proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos. A pesar de que la Asamblea General, de acuerdo con la Carta, solo puede formular recomendaciones a los Estados miembros, en la actualidad no existen dudas de su carácter jurídicamente vinculante, considerándose que muchos de los derechos en ella contenidos forman parte del Derecho internacional general<sup>8</sup>.

A partir de entonces, el trabajo de la Organización en aras a la protección de los derechos humanos sigue un doble camino: 1) la protección derivada de la Carta, a través de los instrumentos de la Comisión primero y el Consejo de derechos humanos después, y 2) la protección convencional, contenida en los tratados internacionales que con carácter general o sectorial se han auspiciado por la Organización.

#### 3.1. El Consejo de derechos humanos

El Consejo es un órgano subsidiario de la Asamblea General, responsable de la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas sin distinciones. Para ello formula recomendaciones respecto de las violaciones de estos derechos. El Consejo ha de

<sup>7</sup> El acuerdo de creación se adoptó en la Cumbre Mundial de 2005 ([https://www.un.org/spanish/summit2005/fact\\_sheet.html](https://www.un.org/spanish/summit2005/fact_sheet.html)) y se materializó en la Resolución de la Asamblea General 60/251, de 15 de marzo de 2006 (<https://undocs.org/es/A/RES/60/251>)

<sup>8</sup> No podemos detenernos aquí a analizar el importantísimo papel desempeñado por la Declaración en los ordenamientos estatales.



guiarse “por los principios de universalidad, imparcialidad, objetividad y no selectividad, diálogo internacional constructivo y cooperación a fin de impulsar la promoción y protección de todos los derechos humanos, es decir, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”<sup>9</sup>.

Los instrumentos con los que cuenta para realizar sus funciones se encuentran en el “paquete de construcción institucional<sup>10</sup>”, a saber: el Examen Periódico Universal (EPU), el procedimiento de denuncia y los procedimientos especiales. El Estado que se somete al EPU ha de presentar un informe, entre otros, sobre los avances en el cumplimiento de los derechos humanos, que el Consejo evalúa de forma objetiva y transparente, identificando los avances y retos a los que se enfrenta y que concluye con la elaboración de un informe del Consejo con sus conclusiones y recomendaciones<sup>11</sup>.

El procedimiento de denuncia es una evolución del procedimiento 1503 de la Comisión de derechos humanos. En la actualidad, garantiza “un procedimiento de denuncia imparcial, objetivo, eficiente, orientado a las víctimas y oportuno”, manteniéndose la confidencialidad del procedimiento, con la que se persigue incrementar la cooperación del Estado<sup>12</sup>. Está pensado para “abordar los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia”<sup>13</sup>.

Los procedimientos especiales son mecanismos que el Consejo pone en práctica que pueden tener dos materializaciones: mandatos temáticos, sobre violaciones graves de derechos humanos en el mundo; y, mandatos por países, acerca de los derechos humanos en un territorio o un Estado concreto. Su origen se encuentra en los procedimientos públicos especiales de la Comisión.

### 3.2. Protección convencional de los derechos humanos

Pronto se advirtieron dos deficiencias en la Declaración Universal: la naturaleza recomendatoria del instrumento en el que se había incorporado; y, la ausencia de sistemas de control de cumplimiento. Para superarlos se pretendió celebrar un tratado internacional que finalmente fueron los Pactos internacionales de Derechos civiles y políticos y de Derechos económicos, sociales y culturales<sup>14</sup>. Además de estos que contienen una protección general que recogen los derechos proclamados en la Declaración, se han celebrado otros de carácter sectorial, como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención

<sup>9</sup> Apartado 4 de la Resolución indicada en la nota 7.

<sup>10</sup> Res. 5/1 del Consejo de Derechos Humanos “Construcción institucional del Consejo de derechos Humanos”.

<sup>11</sup> Id. nota anterior.

<sup>12</sup> Ibid. párrafos 85 y ss.

<sup>13</sup> Ibid. párrafo 85.

<sup>14</sup> Ratificados por España el 13 de abril de 1977 y publicados en BOE nº 103, de 13 de abril de 1977.

sobre los derechos del niño, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias...

Cada uno de ellos incorpora un sistema de control de cumplimiento y la creación de un Comité con esta finalidad (excepto el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales<sup>15</sup>), denominados como el tratado en el que encuentra fundamento su creación, salvo el Pacto de Derechos civiles y políticos (Comité de Derechos Humanos). Comités que tienen el número de miembros que se establecen en el Tratado en el que encuentran su origen<sup>16</sup>. Entre los Comités no existen procedimientos de coordinación oficiales, a pesar de la existencia de temas transversales, lo que no ha impedido la adopción de Observaciones generales conjuntas como ha ocurrido, por ejemplo, con el Comité sobre los derechos del niño y el de protección de los derechos trabajadores migrantes, que han adoptado una sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional<sup>17</sup>.

Los tratados antes citados incorporan un sistema de control de cumplimiento que supone la colaboración con los Estados a través de los informes que han de remitir periódicamente a los Comités de los tratados en los que son parte. Mecanismo de colaboración por cuanto permite a este órgano identificar tanto los avances producidos en cumplimiento del tratado (motivos de satisfacción del Comité) como aquellos en los que no alcanzan los umbrales deseables (motivos de preocupación), concluyendo con algunas recomendaciones, que se contienen en sus "Observaciones finales". El propósito es procurar elevar el disfrute de los derechos contenidos en el tratado en cuestión en el Estado que remite el informe.

Junto con este mecanismo, algunos de estos tratados incorporan (de forma heterogénea) las comunicaciones, que pueden ser interestatales o individuales. En el caso del Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial además de las comunicaciones interestatales, permite a los Estados admitir la posibilidad de que el Comité reciba y examine las comunicaciones individuales o colectivas presentadas por personas sometidas a su jurisdicción<sup>18</sup>. El Comité de derechos humanos podrá recibir y examinar comunicaciones estatales e individuales, las primeras solo si ambos Estados (comunicante y comunicado) han aceptado esta posibilidad, las segundas exclusivamente respecto de los Estados que sean partes en el Pacto y en su Protocolo Facultativo. Lo mismo ocurre con

<sup>15</sup> Comité creado en aplicación de la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social, de 28 de mayo de 1985, como un órgano subsidiario de éste.

<sup>16</sup> Así, el Comité de Derechos Humanos, el de eliminación de la discriminación racial, derechos del niño y el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, cuentan con 18 miembros, el Comité contra la discriminación contra la mujer está formado por 23 y el Comité contra la tortura y el de desapariciones forzadas tienen 10, por solo citar algunos.

<sup>17</sup> Se trata de la Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, que puede verse en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/22&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/22&Lang=es)

<sup>18</sup> Los particulares o grupos de particulares tendrán que cumplir los requisitos de admisibilidad establecidos en los textos en los que se contiene esta posibilidad.

el Comité de derechos económicos, sociales y culturales respecto de las individuales, aunque para poder examinar las comunicaciones estatales además de ser parte ambos Estados en el Pacto y en el Protocolo deberán haber admitido la posibilidad que se incorpore en el último<sup>19</sup>.

Tanto en el caso de las comunicaciones individuales como interestatales el procedimiento concluye con un informe, denominado Dictamen en el primer caso. Documento que, según la Sentencia 1263/2018, de la sección cuarta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español, teniendo en cuenta la inexistencia de cauces específicos para hacer efectivas las recomendaciones de un Dictamen, en este caso del Comité contra la discriminación contra la mujer, en las que reconocía que España había vulnerado los derechos fundamentales recogidos en el Convención:

“es posible admitir en este caso que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse” (F.J. 8.2)

#### **4. La protección regional de los derechos humanos con especial referencia al Consejo de Europa**

En el ámbito regional europeo coexisten tres sistemas de protección de derechos humanos: el Consejo de Europa, la Unión Europea y la OSCE<sup>20</sup>. De ellos, nos referiremos al Consejo de Europa, que cuenta con 47 Estados miembros. Esta Organización posee dos instrumentos al efecto: la Carta Social Europea (derechos económicos y sociales), que España ratificó el 6 de mayo de 1980<sup>21</sup> y el Convenio Europeo de derechos humanos y de las libertades fundamentales, adoptado solo dos años después de la Declaración Universal (1950), en vigor desde 1953, que protege los derechos civiles y políticos principalmente, que España ratificó el 26 de septiembre de 1979<sup>22</sup>, al que nos dedicaremos.

El sistema actual del Convenio Europeo, desde la entrada en vigor del protocolo 11 (el 1 de noviembre de 1998), cuenta con una única institución de naturaleza judicial: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, compuesto por 47 jueces, uno por cada Estado parte en

<sup>19</sup> El Protocolo al Pacto incorpora un mecanismo añadido que es el de investigación, para cuya aplicación el Estado parte tendrá que haber aceptado esta posibilidad.

<sup>20</sup> P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema de Derecho Internacional Público*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 4ª ed. 2016.

<sup>21</sup> En BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.

<sup>22</sup> En la manifestación de su consentimiento, España se reserva la aplicación de: “1) Los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el título XV del Tratado Segundo y en el título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar. 2) El artículo 11, en la medida en que fuere incompatible con los artículos 28 y 127 de la Constitución Española.” Por otra parte, añade dos declaraciones interpretativas con el siguiente contenido: 1) La disposición del punto tercero del párrafo 1.º del artículo 10, como compatible con un régimen que corresponda a la organización de la radiodifusión y televisión en España; 2) Las disposiciones de los artículos 15 y 17, en el sentido de que permiten la adopción de las medidas contempladas en los artículos 55 y 116 de la Constitución Española” Ver en BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

el Convenio (artículo 20), elegidos por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa de una lista de tres candidatos que presenta cada Estado parte (artículo 22). Tienen un mandato de nueve años no renovables, salvo que antes cumplan la edad de 70 años, momento en el que finalizan su mandato (artículo 23). El Tribunal posee competencia contenciosa y consultiva, esta última se ha visto ampliada tras la entrada en vigor (1 de agosto de 2018) del Protocolo 16, fecha a partir de la cual además del Comité de Ministros (que contemplaba el artículo 47) podrán plantear cuestiones consultivas los “órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante”, siempre que se solicite la opinión “en el marco de un asunto del que esté conociendo” (artículo 1).

Por lo que se refiere a la competencia contenciosa, gozan de legitimación activa junto con los Estados, los particulares, grupos de particulares y organizaciones no gubernamentales. Salvo cuando los Estados sean demandantes, deberán reunirse los requisitos indicados en el artículo 35 del Convenio: haber agotado los recursos internos del Estado infractor, plantear la demanda en un plazo máximo de seis meses desde que se dictó la decisión interna definitiva, no puede ser anónima, “esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de acuerdo, y no contenga hechos nuevos”, por último, no puede ser incompatible con “las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante”.

El artículo 26.1 del Convenio establece que el Tribunal actuará en “formación de juez único, en comités formados por tres jueces, en Salas de siete jueces o en una Gran Sala de diecisiete jueces.” El juez único podrá decidir la inadmisibilidad de una demanda individual o archivarla “cuando tal decisión pueda adoptarse sin tener que proceder a un examen complementario” (artículo 27.1), si no declara la inadmisibilidad, la remite a un comité o a una sala. Los comités podrán, igual que el juez único inadmitir o archivar la demanda, o “declararla admisible y dictar al mismo tiempo sentencia sobre el fondo, si la cuestión subyacente al caso, relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, ya ha dado lugar a jurisprudencia consolidada del Tribunal” (artículo 28.1). Las salas se pronuncian sobre la admisibilidad y el fondo de las demandas interestatales así como sobre las individuales si “no se ha adoptado ninguna decisión de las demandas individuales” (artículo 29). En ambos casos (demandas individuales o estatales) podrá inhibirse en favor de la Gran Sala antes de dictar sentencia si el asunto pendiente “plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal” excepto si media la oposición de una de las partes en el asunto.

El procedimiento consta de una fase escrita y una vista. Puede indicar medidas cautelares cuando lo considere necesario. En la actualidad se ha puesto en marcha el denominado “procedimiento piloto” (artículo 61 del Reglamento), que pretende resolver grupos de demandas objetivamente similares con origen en una misma causa. El Tribunal puede elegir una o varias de ellas para pronunciarse, en la solución aportada no solo declara el incumplimiento, sino que le permite identificar el problema subyacente a esas demandas aportando indicaciones sobre las medidas que el Estado tendría que adoptar para

remediarlo. La tramitación del resto de las demandas se “congela” dando tiempo al Estado para que elimine el problema sistémico o estructural que genera las demandas recibidas. Aplazamiento que puede estar condicionado a que el Estado parte tome las medidas necesarias para cumplir las conclusiones de la primera sentencia, a la que se denomina “piloto”.

Por último, las Sentencias del Tribunal Europeo son declaratorias, obligatorias y definitivas, a pesar de la posibilidad de remisión a la Gran Sala por cualquiera de las partes en el plazo de tres meses desde que la Sala de 7 jueces dicta sentencia (artículo 43). Las sentencias son declarativas de la vulneración (en su caso) de las obligaciones del Convenio por los Estados parte. Pese a ello, el artículo 41 del Convenio establece la posibilidad de que si la legislación del Estado “sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.”

Sin embargo, hay supuestos en los que la reparación equitativa no puede sustituir a la ejecución directa de la Sentencia, como cuando la víctima de la violación se encuentra privado de libertad. En el caso de España no hubo una vía procesal que permitiera la ejecución de las Sentencias del Tribunal hasta 2015, que se modifica la LOPJ mediante la LO 7/2015, que establece la posibilidad de solicitar la revisión de una resolución judicial firme como consecuencia de una sentencia del Tribunal Europeo que declare la vulneración del Convenio por nuestro país cuando “la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”, añadiéndose en el ámbito penal el requisito de que quien solicita la revisión ha de ser aquel que hubiera actuado como demandante ante el Tribunal Europeo. Teniendo de plazo para ello 1 año desde que la sentencia de este Tribunal sea firme.

## Tema 16

**La aplicación del Derecho Internacional (I). La protección diplomática como instrumento de reacción ante el incumplimiento de Derecho Internacional: concepto, requisitos y modos de ejercicio. Los instrumentos de aplicación coactiva del Derecho Internacional: el control internacional. Las sanciones y las contramedidas.**

Sumario: 1. Contextualización. 2 La aplicación del Derecho Internacional (I): 2.1. La protección diplomática como instrumento de reacción ante el incumplimiento de Derecho Internacional: Concepto, requisitos y modos de ejercicio. 2.2. Los instrumentos de aplicación coactiva del Derecho Internacional: el control internacional. Las sanciones y las contramedidas.

### **I. Contextualización**

En cualquier ordenamiento jurídico existen mecanismos de aplicación del mismo. El Derecho Internacional Público no es diferente, sino que también posee mecanismos de aplicación. En este tema se aborda un instrumento de aplicación del Derecho Internacional que ha sido muy relevante para nuestro país, como es la protección diplomática. Dos asuntos merecen destacarse en este sentido, el caso de la *Barcelona Traction* ante el TIJ, en el que la posición de España fue muy importante respecto de los requisitos y caracteres de la protección diplomática; y, más recientemente, el caso *Couso* ante la Audiencia Nacional, en relación con la obligación de España de otorgar la protección diplomática.

Por otro lado, en este tema se examinan otros instrumentos de aplicación coactiva del Derecho Internacional Público, como son las sanciones o medidas institucionalizadas, especialmente en el marco de la ONU, y las medidas de autotutela (represalias o contramedidas, y retorsión).

### **2. La aplicación del Derecho Internacional (I):**

#### **2.1. La protección diplomática como instrumento de reacción ante el incumplimiento de Derecho Internacional: concepto, requisitos y modos de ejercicio**

##### **A) Concepto**

Uno de los procedimientos previstos por el Derecho Internacional para asegurar la aplicación de sus normas es la protección diplomática. Se trata de un procedimiento clásico, cuya regulación se encuentra en normas de carácter consuetudinario, hoy generalmente admitidas. Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) aprobó en 2006 un Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática. El nombre de esta institución puede generar equívocos ya que, aunque tradicionalmente esta protección la ejercían las misiones diplomáticas mediante gestiones diplomáticas, actualmente puede ejercerla cualquiera de

los órganos del Estado encargados de las relaciones internacionales mediante cualquier medio de solución de controversias aceptado por el Derecho Internacional, incluida la vía jurisdiccional.

La protección diplomática es la reclamación emprendida por un Estado contra otro Estado con el objetivo de lograr la reparación de los daños causados por éste a la persona o los bienes de alguno de sus nacionales, como consecuencia de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. En la actualidad, cabe distinguir entre la protección diplomática que ejerce el Estado respecto de sus nacionales, y la protección funcional que pueden ejercer las Organizaciones Internacionales respecto de sus agentes. También conviene diferenciar esta figura de la protección o asistencia consular, ejercida por el Estado a favor de sus nacionales, mediante consulados en el extranjero, con el fin de conseguir ventajas para ellos, o ayudarles en caso de problemas sobrevenidos.

En su sentido clásico, la protección diplomática es una institución jurídica, un medio para exigir responsabilidades por hechos que afectan a los nacionales y que se establece de Estado a Estado. Comporta la petición de un Estado a otro para establecer negociaciones oficiosas u oficiales y llegar posteriormente, si hace falta, a una eventual reclamación formal. Se pide la reparación de daños por un presunto perjuicio sufrido por un nacional suyo, sea persona física o jurídica. El daño tiene que ser causado por un hecho considerado internacionalmente ilícito, cometido por el segundo Estado respecto de aquél nacional de manera definitiva. Esto implica que el perjuicio no ha sido reconocido o compensado por las vías ordinarias internas de reclamación (tribunales, órganos administrativos...), a las cuales el particular extranjero ha acudido, hasta llegar a agotarlas todas.

La triple finalidad con la que se ejerce la protección diplomática es:

- |  |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>a) prevenir la violación de normas internacionales relativas a extranjeros;</li> <li>b) hacer cesar una actividad de carácter ilícito;</li> <li>c) obtener una reparación.</li> </ul> |
|--|

Estas tres finalidades pueden ser ejercidas simultánea o sucesivamente.

En definitiva, para iniciar la protección diplomática debe existir, como mínimo -y según el principio de la buena fe vigente en el Derecho Internacional- una apariencia razonable de hecho ilícito por parte de un Estado contra un nacional de otro Estado. Si dicha apariencia no se da, estaríamos ante una clara injerencia en los asuntos internos de un Estado. Para evitar estas situaciones, el Derecho Internacional establece una serie de filtros previos al inicio de la protección diplomática. Así, por ejemplo, en España, con carácter preceptivo, antes de iniciar los mecanismos de protección diplomática es necesario consultar al Consejo de Estado (artículo 21.6 de la Ley Orgánica de 22 de abril de 1980). Ver: [https://www.consejo-estado.es/pdf/Ley\\_Organica.pdf](https://www.consejo-estado.es/pdf/Ley_Organica.pdf)

Cada Estado fija en su legislación interna los órganos competentes para llevar a cabo la protección diplomática. Normalmente lo hace el gobierno mediante el Ministerio de

Asuntos Exteriores. En España, según el Decreto de 4 de agosto de 2000<sup>1</sup>, es este Ministerio el que decide ejercerla o no, con carácter discrecional. Puede hacerlo directamente por medio de sus funcionarios centrales o bien delegarlo a la misión diplomática española acreditada ante el Estado presuntamente infractor en la persona de su nacional. Al ser un mecanismo de gobierno a gobierno, la petición de negociaciones se hace frente al Ministerio de Asuntos Exteriores del otro Estado o bien frente a su misión diplomática acreditada en el país que reclama. Nunca puede ser interpuesta frente a un órgano administrativo, un tribunal o un parlamento extranjero, aunque hayan sido los causantes reales del perjuicio al nacional.

#### B) Naturaleza jurídica

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) , la protección diplomática es un derecho del Estado que consiste en hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho Internacional Público. Se trata, por lo tanto, de un nuevo derecho subjetivo, propio y exclusivo del Estado y de diferente naturaleza que los derechos lesionados de sus nacionales (ver asunto LaGrand<sup>2</sup>).

De ello se derivan una serie de consecuencias muy importantes:

- 1.- El particular no puede exigir que el Estado ejerza la protección diplomática, pues no está obligado a hacerlo, sino que formulará la reclamación cuando le interese por consideraciones de carácter político.
- 2.- En el caso de que el Estado decida ejercer la protección diplomática podrá abandonarla en cualquier momento sin la autorización del particular perjudicado. En cambio, el particular no podrá renunciar a la misma, ya que la renuncia a la protección es negada mayoritariamente por la doctrina. La cuestión se planteó de modo más acuciante en cuanto a la práctica de los países de América Latina, conocida como Cláusula Calvo, que se incluía en los contratos celebrados con extranjeros (relativos a obras públicas, concesiones, etc...), en la que consentían a ser equiparados a los nacionales a efectos de reclamaciones o acciones judiciales y renunciaban a prerrogativas o facultades en su condición de extranjeros (también en la protección diplomática). Dicha cláusula no es admitida actualmente.
- 3.- Si como consecuencia del ejercicio con éxito de la protección diplomática el Estado consigue una indemnización, a modo de reparación, podrá disponer de ella como estime conveniente (por ejemplo, las expropiaciones de propietarios españoles a raíz de la independencia de Guinea Ecuatorial).

No obstante, se ha abierto camino la tesis según la cual los Estados tienen alguna obligación, por imperfecta que sea, de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando son víctimas de violaciones graves de sus derechos. Dentro del Derecho español, la evolución en este tema se ha realizado a través de la jurisprudencia, la cual ha ido creando un deber difuso según el cual el Estado tiene que velar diligentemente por la defensa de los derechos de sus nacionales, derechos presuntamente violados por los países extranjeros. En efecto, puede reclamarse por la vía administrativa contra la decisión estatal de no ofrecer protección diplomática.

<sup>1</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-14926>

<sup>2</sup> Un resumen puede hallarse en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/134.pdf>



Así, en 2019, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional estimó el recurso interpuesto por la esposa del cámara de TV José Couso contra la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración a causa de la omisión de protección diplomática en relación con el fallecimiento de su esposo durante la toma de Bagdad (Irak), el 8 de abril de 2003. La Sala reconoció una indemnización en favor de la viuda de Couso de casi 100.00 euros y de más de 41.000 para cada uno de sus dos hijos menores cuando ocurrieron los hechos. Ver: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d3da9aa06788aeec>

Esta jurisprudencia, junto con la interconexión entre la protección diplomática y los derechos humanos, así como el art. 10.2 de la Constitución española hace que se vislumbre un cambio en la concepción de la protección diplomática en España.

### C) Requisitos

Los requisitos exigidos por el Derecho Internacional para que un Estado pueda ejercer la protección diplomática de un particular son dos:

- 1) que dicho particular tenga su nacionalidad (nacionalidad de la reclamación) y
- 2) el agotamiento previo de los recursos internos del Estado supuestamente infractor.

Algunos autores han considerado que sería igualmente imprescindible un tercer requisito, a saber, el criterio de las manos limpias o *clean hands*, es decir, la conducta correcta del particular que se pretende proteger, pues la protección no sería admisible si existiese una relación entre su comportamiento indebido (por ejemplo, evasión de impuestos, fraude en las exportaciones, etc.) y el hecho ilícito que sufre. Pero un estudio de la práctica demuestra que la protección diplomática se ha ejercido y se ha admitido incluso cuando la particular víctima de un hecho ilícito internacional hubiese violado el Derecho interno.

#### La nacionalidad de la reclamación. El caso de las personas jurídicas

La nacionalidad de la reclamación es un término técnico que implica que la persona física o jurídica sea nacional del Estado que reclama. Salvo acuerdo en contrario, cada Estado sólo puede ejercer la protección diplomática de sus nacionales. De ello se deduce que cabe el ejercicio de la protección diplomática por un Estado concreto en dos casos: cuando el agraviado sea nacional suyo; cuando no lo sea, pero existan acuerdos particulares, como en el caso de la representación internacional de un Estado por otro. Igualmente, la CDI ha propuesto que se ejerza la protección diplomática de los apátridas y refugiados que tengan residencia legal y habitual en el Estado. En principio, se da el requisito de la continuidad, de modo que se requiere tal nacionalidad en el momento de producirse el daño, pero debe continuar la misma en el momento en que se ejercite la protección diplomática, y si ésta hace valer ante una jurisdicción internacional, hasta el momento en que se dicte la sentencia.

La nacionalidad de las personas físicas.

La nacionalidad del individuo plantea problemas en los casos de doble nacionalidad y cambio de nacionalidad. En los casos de doble nacionalidad, si se adquiere una nueva nacionalidad sin perder la anterior, cualquiera de los dos Estados podría ejercer la protección diplomática a favor de la persona física e, incluso, podrían hacerlo ambos conjunta o

acumulativamente. En caso de que las reclamaciones sean incompatibles o excluyentes, el Estado que tiene prioridad para ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad efectiva<sup>3</sup>, es decir, el Estado con el que el particular (persona física) tiene unos vínculos más estrechos (lugar donde reside, trabaja, tiene los negocios, etc.). Sin embargo, la reclamación será inviable y, en consecuencia, no prosperará, si la persona física posee la nacionalidad tanto del Estado reclamante como del Estado reclamado<sup>4</sup>. Sin embargo, es posible una excepción, en el caso de que una de las nacionalidades sea la predominante.

La nacionalidad de las personas jurídicas.

Este problema afecta especialmente a las sociedades mercantiles. Teniendo en cuenta que muchas veces están sujetas a nacionalizaciones o a la rescisión arbitraria de contratos y las grandes implicaciones económicas, e incluso políticas, que comportan estos hechos, es muy importante determinar qué Estado puede protegerlas. En estos casos no es el criterio de la efectividad el que prevalece. Dos son las teorías que se aplican. La primera hace referencia a la doctrina del control, que apuesta por la nacionalidad del grupo mayoritario de accionistas. La segunda alude a la legislación que ha presidido la constitución de la sociedad, que coincidiría con el lugar de sede. El TIJ ha dado preferencia a este segundo criterio más legalista en el caso de la Barcelona Traction .

Visto que las soluciones legislativas sobre la nacionalidad de las sociedades son muy variadas y que todavía dista mucho para que puedan ser unificadas, la jurisprudencia internacional ha optado mayoritariamente por el criterio del lugar de constitución, que normalmente es el de la sede social de la persona jurídica, a la hora de determinar la nacionalidad de la sociedad. El inconveniente que presenta esta opción es que algunas sociedades pueden tener la nacionalidad de paraísos fiscales con los que no les une ningún vínculo efectivo.

#### El previo agotamiento por el particular de los recursos existentes en el orden interno

Antes de solicitar la protección diplomática, el particular que haya sufrido algún daño como consecuencia de un hecho ilícito internacional atribuible a un Estado extranjero deberá intentar la reparación mediante las posibilidades que ofrezca el Derecho interno de ese Estado y una vez agotados los recursos internos podrá iniciarse la reclamación internacional. Se ha discutido sobre si esta norma de agotamiento de los recursos internos posee un carácter sustantivo (el no agotamiento impide la aparición del hecho ilícito internacional) o procesal (el no agotamiento implica la inadmisibilidad de la protección diplomática). La regla del agotamiento previo de los recursos internos no se aplica en algunos supuestos<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Esto fue lo que se planteó en el caso *Nottebohm*, cuando un súbdito alemán que se traslada a Guatemala a muy corta edad, residiendo allí, decide antes de la II Guerra Mundial, adquirir la nacionalidad de Liechtenstein. Tras la guerra, este Principado intenta la protección diplomática del particular frente a Guatemala, y el TIJ declara esta petición inadmisibile, porque la naturalización no respondía al vínculo de la nacionalidad efectiva, es decir a "un vínculo jurídico que tiene por fundamento un hecho social de relación, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes.

<sup>4</sup> Artículo 4 del Convenio de La Haya de 1930 relativo a los conflictos de leyes sobre nacionalidad; Decisión del Tribunal Permanente de Arbitraje de 5 de mayo de 1912 en el caso Canevaro; Dictamen del TIJ sobre Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas.

<sup>5</sup> 1.- Cuando el perjuicio para el particular sea consecuencia de un hecho ilícito internacional que haya sufrido directamente el Estado de su nacionalidad (por ejemplo, el asalto a una misión diplomática).2.- En caso de acuerdo entre las partes. De hecho, conviene recordar que no estamos ante una norma de ius cogens internacional, sino ante una disposición de carácter dispositivo que puede ser excluida por las partes sin mayor problema. En este sentido, un ejemplo de renuncia expresa lo podemos hallar en la Convención de

El fundamento de la norma del agotamiento ha sido puesto de relieve por el Gobierno español en el caso *Barcelona Traction*<sup>6</sup>, enfatizando la idea del respeto de la independencia y soberanía de los Estados y de su poder jurisdiccional, cuyos actos se presumen conformes al Derecho Internacional. De este modo, el agotamiento previo de los recursos internos es un requisito consuetudinario que deja muy patente la diferencia profunda entre la protección diplomática y la protección y la asistencia consulares. En el caso de la protección consular, a diferencia de la protección diplomática, no se presenta ante el Gobierno del Estado infractor, sino ante el órgano local del Estado, competente dentro de la circunscripción consular, o un órgano de entes o autoridades territoriales.

El agotamiento de los recursos internos supone la utilización de todos ellos, incluso los que se plantean ante tribunales de casación. En el caso de España se extendería incluso hasta el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, si el derecho lesionado es susceptible de protegerse por esta vía.

#### La conducta correcta del perjudicado

Cierto sector doctrinal, como WITENBERG, ROUSSEAU o GARCÍA ARIAS, han mantenido que la conducta incorrecta del reclamante, por violación del Derecho interno del Estado reclamado o del Derecho Internacional, motivaría la inadmisibilidad de la protección diplomática. Esta doctrina condujo a los colaboradores del Gobierno español a estudiar el comportamiento ilegal y fraudulento de la sociedad belga en el caso de la *Barcelona Traction*. En sus estudios, sólo hallaron precedentes en la doctrina y la jurisprudencia anglosajona, y en los casos de capturas de buques que se dedicaban al transporte de esclavos, a fines del siglo XVIII y XIX. En el caso *Nottebohm*<sup>7</sup>, o en el caso de la *Barcelona Traction*<sup>8</sup>, como afirma PASTOR RIDRUEJO, las conductas incorrectas no determinaron la resolución del caso, pero propiciaron un ambiente o atmósfera, que tuvo sus consecuencias.

#### D) Modos de ejercicio

En cuanto a los modos de ejercicio pueden ser variados. Lo normal es que se recurra a gestiones diplomáticas, bien oficiosas u oficiales, y dentro de éstas últimas, la principal es la presentación de una reclamación formal. Se puede recurrir también a los medios de arreglo pacífico de controversias, incluido el judicial, si las partes lo convinieren o hubieren aceptado la competencia de algún órgano judicial. En este sentido, conviene recordar la libertad de elección de medios para el arreglo de controversias.

### **2.2. Los instrumentos de aplicación coactiva del Derecho Internacional: el control internacional. Las sanciones y las contramedidas.**

#### a) Las sanciones

Las sanciones internacionales se distinguen de las medidas de autotutela (que pueden adoptar los Estados) en su carácter colectivo e institucionalizado, pues son impuestas no

---

Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones. 3.- Cuando los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz, por los varios motivos.

4.- En los casos de retrasos injustificados en la administración de justicia por los tribunales o cuando no dicten sentencia en un plazo razonable.

<sup>6</sup> Un resumen del fallo puede encontrarse en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/42.pdf>

<sup>7</sup> Un resumen del fallo puede encontrarse en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/23.pdf>

<sup>8</sup>Un resumen del fallo puede encontrarse en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/42.pdf>

sólo por el Estado perjudicado por un hecho ilícito internacional sino por un grupo más numeroso, que las adopta en el seno de una Organización Internacional. Además, las sanciones internacionales se reservan para reaccionar contra violaciones verdaderamente graves del Derecho Internacional.

Cabe distinguir dos grupos de sanciones:

- i) El primero es el que se deriva de la violación reiterada por parte de un Estado de sus obligaciones como miembro de una organización. Dichas sanciones pueden comprender medidas como la expulsión del Estado de la organización o la suspensión o limitación de sus derechos (por ejemplo, la suspensión del derecho de voto).
- ii) El segundo, que es el que nos interesa, es el de las sanciones por violaciones del Derecho Internacional que tengan graves consecuencias para la comunidad internacional.

Las sanciones adoptadas por las Naciones Unidas tienen como finalidad garantizar la aplicación de los principios y las normas establecidas en la Carta y, en particular, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Efectivamente, el Consejo de Seguridad, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, puede imponer sanciones a un Estado, miembro o no miembro, en caso de agresión o quebrantamiento de la paz, sanciones que pueden ser de dos clases: 1) El artículo 41 se refiere a sanciones que no implican el uso de la fuerza, tales como la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, etc., así como la ruptura de las relaciones diplomáticas; 2) El artículo 42 le autoriza a ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Así, con ocasión de la invasión de Kuwait por Irak, en 1990, el Consejo de Seguridad decretó un embargo económico y comercial que se mantuvo hasta 2003 y, aunque no debía afectar a la ayuda médica o humanitaria, causó estragos en la población. Además, para asegurar su cumplimiento aprobó un bloqueo marítimo y aéreo y, como no surtió el efecto de forzar la retirada del territorio ocupado, autorizó a los Estados a utilizar todos los medios necesarios (eufemismo utilizado para referirse al uso de la fuerza) para conseguir dicho objetivo.

#### b) Las contramedidas

A pesar de la existencia de sanciones, y dado que en la sociedad internacional no existe un órgano superior que pueda asegurar “coercitivamente” la aplicación de las normas internacionales, el Derecho Internacional permite a los Estados aplicar medidas coercitivas contra otros Estados que cometan hechos ilícitos internacionales.

Tales medidas constituyen medidas de autoprotección o autotutela, pues son adoptadas por el propio Estado para salvaguardar sus derechos e intereses. La autotutela reviste dos modalidades principales: las represalias y las retorsiones. Las represalias o contramedidas consisten en la acción del Estado perjudicado, contraria en sí misma al Derecho internacional, pero que se convierte en lícita al constituir una reacción al hecho ilícito de otro Estado. La licitud de las represalias depende de una serie de condiciones: la proporcionalidad; que no sean cometidas para responder a la violación de normas de *ius cogens*; y el agotamiento de todos los medios pacíficos de controversias.

La retorsión, por su parte, son medidas de autoprotección que adopta un Estado frente a los actos de otro Estado, lícitos o ilícitos, que le han causado perjuicios, pero que, a diferencia de las represalias, no comportan en sí mismas violación alguna del Derecho Internacional. En todo caso, se trata de actos no amistosos, como, por ejemplo, la imposición de embargos o la no admisión de buques extranjeros a puertos o el establecimiento de límites a la importación de ciertas mercancías. Así, con motivo de la intervención del ejército de la antigua URSS en Afganistán, en el año 1980, EEUU adoptó, entre otras, las medidas de retorsión siguientes: el cese de las exportaciones de cereales (económica); la no ratificación del Tratado SALT II (política); la retirada de los agentes consulares de EEUU de la ciudad de Kiev (diplomática); y la no participación de la delegación norteamericana en los Juegos Olímpico de Moscú (deportiva).

En todo caso, hay que considerar ilícitas todas las medidas de autotutela consistentes en represalias armadas.

Las medidas de autotutela de carácter económico son las que con más frecuencia se han adoptado en la práctica, ya sea individualmente por algún Estado, ya sea conjuntamente mediante la acción concertada de un grupo de Estados contra otro, lo que potencia su eficacia. Estas medidas afectan a los intercambios económicos y financieros entre el Estado que las adopta y aquél contra el que se dirigen. Como puso de manifiesto el T.I.J. en su sentencia del asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella (Nicaragua-USA/1986), estas medidas de autotutela de contenido económico no son contrarias al principio de no intervención en los asuntos de otros Estados y, aunque suponen evidentes discriminaciones comerciales, están admitidas como una excepción al libre comercio por el G.A.T.T. (Acuerdo General de Comercio y Aranceles). Sin embargo, su legitimidad quedará en entredicho cuando su contenido resulte desproporcionado en relación con el hecho ilícito frente al que se pretende reaccionar y en el caso de que afecten a los nacionales de terceros Estados (tal y como ocurre con la llamada ley Helms-Burton, adoptada por los Estados Unidos, que imponía sanciones, incluso penales, a quienes adquirieron bienes nacionalizados por Cuba).

Por otra parte, para el eficaz cumplimiento de las sanciones económicas normalmente será necesaria la adopción de medidas legislativas o reglamentarias específicas en el orden interno. Así, en España, el embargo a Irak por la invasión de Kuwait se garantizó mediante sendas órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda, de 4 y 6 de agosto de 1990, por las que se sometían a autorización administrativa las transacciones financieras con ambos países.

#### BIBLIOGRAFÍA:

-CASANOVAS, O, Y RODRIGO, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6ªed., 2017, pp.302-307.

-DÍEZ DE VELASCO, M., y ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (I)” en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 922-942.

-GARZÓN CLARIANA G., y CARDONA LLORENS, J., “Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (VI)” en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 1045-1064.

**PÁGINAS WEB:**

-Texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones, en 2006, y presentado a la Asamblea General como parte del Informe de la Comisión que cubre su tarea (A/61/10), en <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp4.pdf>

## Tema 17

### **La aplicación del Derecho Internacional (II). El principio de arreglo pacífico de las controversias. El arbitraje internacional. Tribunales Internacionales: el Tribunal Internacional de Justicia.**

Sumario: 1. Contexto. 2. El principio de arreglo pacífico de controversias. 3. El arbitraje internacional. 4. Tribunales internacionales: el Tribunal Internacional de Justicia. 4.1. Consideraciones generales. 4.2. Formación del Tribunal. 4.3. Procedimiento ante el Tribunal. 4.4. Las sentencias del Tribunal

#### **I. Contexto**

La Carta de Naciones Unidas incorporó grandes novedades en las reglas de convivencia de la sociedad internacional. Así, los redactores de ese texto se replantearon el futuro con un horizonte de paz, para lo que idearon los instrumentos que consideraron necesarios con el propósito de lograr la aplicación eficaz del primer párrafo del preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, que plasma la convicción de: “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”. No es de extrañar De modo que, el propósito que enumere la Carta en primer lugar sea el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, para cuyo logro se conciben dos herramientas esenciales: una, la prevención y represión de la amenaza y el uso de la fuerza armada, con la posible reacción institucionalizada a su vulneración protagonizada por el Consejo de Seguridad a través del sistema de seguridad colectiva (tema 18); otra, el arreglo pacífico de controversias, derivada del anterior, puesto que prohibido el uso de la fuerza las controversias internacionales necesariamente deberán resolverse mediante la aplicación de medios pacíficos de solución, ya que lo contrario vulneraría una norma estructural de este ordenamiento.

#### **2. El principio de arreglo pacífico de controversias**

El principio de arreglo pacífico de las controversias internacionales se incorpora en el artículo 2.3 de la Carta<sup>1</sup>. Así, como consecuencia de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza armada. La obligación jurídica de resolver las controversias que enfrenten a los Estados por medios pacíficos es, en la actualidad, una norma general imperativa y, como tal, se contiene en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, que contiene la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional.

---

<sup>1</sup> La redacción del artículo 2.3 es la siguiente: “Los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”.

La caracterización del principio se encuentra en el artículo 33.I de la Carta<sup>2</sup>, vertebrada alrededor de los tres ejes siguientes: en primer lugar, resulta aplicable a las controversias de mayor gravedad, las que puedan “poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”; en segundo término, se rige por el principio de libre elección de medios entre las partes en la controversia, que deberán acordar la aplicación del mecanismo de solución concreto para su viabilidad; tercero, contiene una obligación de comportamiento, puesto que se podrá o no resolver de forma efectiva la controversia, pero a lo que están obligadas las partes es a aplicar medios pacíficos con este propósito, por lo que si no se soluciona la controversia aplicando uno de ellos, siempre pueden acudir a otro u otros<sup>3</sup>, de mediar el preceptivo acuerdo entre ellas<sup>4</sup>. Por último, el artículo 33 de la Carta incorpora un listado ejemplificativo (no es cerrado ni exhaustivo) de medios de solución, entre los que no existe prioridad jurídica, pudiéndose acudir a éstos o a cualesquiera otros que las partes decidan aplicar, siempre con el límite que supone la imposibilidad de medios que no sean pacíficos.

Entre los rasgos recién enunciados, destacan algunos en los que merece la pena detenerse. Así, por lo que se refiere a la libre elección de medios, lo fundamental es la coincidencia de voluntad de las partes en la controversia en la elección del medio a aplicar. Acuerdo que puede alcanzarse antes o después de la aparición de la controversia en cuestión: antes, por ejemplo, mediante un tratado general en el que las partes acuerden resolver las controversias que puedan enfrentarles acudiendo a una solución concreta; un acuerdo con estos mismos efectos exclusivamente aplicable a un tipo concreto de controversias o mediante una cláusula compromisoria. Por estas últimas entendemos las disposiciones que contienen algunos tratados, estableciendo un medio o varios de solución de las controversias que pudieran surgir sobre la interpretación o aplicación del tratado, en el segundo caso (varios medios) cabe priorizar su aplicación<sup>5</sup> o no<sup>6</sup>. De existir alguno de los recién citados, surgida la controversia, las partes estarán jurídicamente obligadas a aplicar los medios de solución elegidos previamente.

En ausencia de los vínculos anteriores, las partes en la controversia tendrán que identificar el medio de solución aplicable a la diferencia que les enfrenta. En este sentido, el fruto de esta negociación, el acuerdo logrado en cuanto al arreglo aplicable se materializará en un

---

<sup>2</sup> El artículo 33.I establece: “Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.”

<sup>3</sup> A diferencia de lo que ocurría en tiempos de la Sociedad de Naciones, pues el artículo 12 del Pacto establecía una moratoria para utilizar la fuerza en los siguientes términos: “en caso alguno, deben recurrir a la guerra antes de la expiración de un plazo de 3 meses desde el fallo arbitral o judicial, o el informe del consejo.” De donde se desprende la posibilidad de recurrir a ella transcurrido este plazo.

<sup>4</sup> Así lo expresa la Resolución 2625 (XXV), al establecer que “Las partes en una controversia tienen el deber, en caso de que no se logre una solución por uno de los medios pacíficos mencionados, de seguir tratando de arreglar la controversia por otros medios pacíficos acordados por ellas”

<sup>5</sup> El artículo 27 de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades de los Estados y de sus bienes, por ejemplo.

<sup>6</sup> El artículo 287 de la Convención de Jamaica sobre el Derecho del Mar establece la posibilidad de que los Estados elijan entre los mecanismos de solución que ofrece.



tratado internacional concluido con este propósito, denominado compromiso. Este texto, al producirse surgida ya la controversia, tendrá un contenido aplicado al caso concreto, definiendo el conflicto que las enfrenta, el medio elegido, las condiciones aplicables... entre otros.

A diferencia de lo que ocurría en tiempos del Pacto de la Sociedad de Naciones, no existe la obligación jurídica de recurrir a las negociaciones diplomáticas con carácter previo a la aplicación de otro medio de solución. Distinto es el supuesto en el que una cláusula compromisoria establezca la obligación de negociar con carácter previo a cualquier otro (artículo 14.I de la Convención de Montreal sobre seguridad de la navegación aérea, por ejemplo), en cuyo caso se vulneraría el tratado en el que se insertó la citada cláusula si acudimos directamente al segundo sin negociar previamente. Otra cuestión a tener en cuenta es que, de acuerdo con la práctica, normalmente se produce una negociación (en el caso de la celebración de un compromiso, es evidente) con carácter previo a la aplicación de cualquier otro medio de solución, pero no es fruto de una obligación jurídica de negociar, cuya inexistencia ha reiterado el Tribunal Internacional de Justicia en su Sentencia de 1 de octubre de 2018<sup>7</sup>.

La Carta incorpora en el artículo 33.I medios de solución políticos o no jurisdiccionales (negociación, mediación, conciliación o investigación) y jurisdiccionales o no políticos (arbitraje y arreglo judicial). Las diferencias entre ambas categorías son dos: la primera, respecto de la obligación de aplicar el Derecho Internacional a la solución de la controversia, existente en los medios jurisdiccionales<sup>8</sup>, pero no en los políticos; la segunda, relativa a los efectos de la solución alcanzada mediante la aplicación de tales medios. En el caso de los medios jurisdiccionales, la sentencia o laudo son jurídicamente obligatorios para las partes en la controversia, mientras que el resultado logrado mediante un medio político de solución no lo será.

### 3. El arbitraje internacional

El arbitraje internacional es el primer medio jurisdiccional que aparece en la historia<sup>9</sup>. Las diferencias entre el arbitraje y el arreglo judicial son: una, que los tribunales internacionales son preconstituidos y permanentes, mientras los órganos arbitrales se crean para resolver una controversia y, una vez dictado el laudo, se disuelven; otra, que en el arbitraje, las partes tienen que determinar las reglas procesales aplicables. Ambos aspectos junto con la precisión de la controversia que les enfrenta, el derecho aplicable y otras cuestiones relevantes, se incorpora en el acuerdo arbitral, que resulta imprescindible para la aplicación de este medio de solución aunque el recurso al arbitraje resulte obligatorio en virtud de tratados internacionales o cláusulas compromisorias.

<sup>7</sup> Se trata de la Sentencia sobre la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile) que puede verse en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-BI.pdf>

<sup>8</sup> Con la salvedad prevista en el artículo 38.2 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia: “La presente disposición no restringe la facultad del Tribunal para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.”

<sup>9</sup> Por ejemplo: J.C. Villalba Cuéllar y R.A. Moscoso Valderrama, “Orígenes y panorama actual del arbitraje”, en *Prolegómenos. Derechos y valores*, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, 2008, pp. 141 y ss. puede leerse en: <https://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf>

En la medida en que son los sujetos parte en la controversia quienes determinan la composición del tribunal (número de jueces y la modalidad de su elección) podrán ser órganos uni o pluripersonales, en este último caso podrá estar formado por un número de árbitros par o impar, siendo esto último lo más habitual. También establecen las partes las normas procesales aplicables, cabe que las indiquen expresamente, se remitan al procedimiento establecido en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 o faculden al órgano arbitral para acordarlas.

La solución alcanzada por el órgano arbitral se materializa en el laudo o sentencia arbitral, cuyo cumplimiento resulta jurídicamente obligatorio para las partes en la controversia y tiene efectos de cosa juzgada. Los laudos son definitivos, al carecer de órganos superiores a los que apelar, pese a ello, el artículo 82 de la Convención de La Haya sobre arreglo pacífico de controversias de 1907, establece que las dudas respecto a “la interpretación y la ejecución del Laudo, será, salvo estipulación contraria, sometida al fallo del Tribunal que lo haya dictado”, mientras el artículo 83 (como ya lo hacía el artículo 55 de la Convención de 1899) indica que las partes tendrán derecho a solicitar la revisión del laudo si así lo establecieran en el acuerdo arbitral.

Con la interpretación se persigue una interpretación auténtica del texto, con el propósito de precisar su contenido. Por el contrario, la revisión persigue poner en conocimiento del tribunal “el descubrimiento de un hecho nuevo, de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo sobre el Laudo, y que, en el momento del cierre de los debates, fuera desconocido del Tribunal y de la parte que pide la revisión” (artículo 55 de la Convención de 1899 y artículo 83.2 del texto de 1907).

El cumplimiento del Laudo se fundamenta en el principio de buena fé, sin que exista un procedimiento aplicable a su ejecución forzosa, pero dado que cuenta con efectos jurídicamente obligatorios, su incumplimiento generará responsabilidad internacional. Por último, de conformidad con el artículo 36 del Modelo de reglas del procedimiento arbitral elaborado por la CDI “Cualquiera de las partes podrá impugnar la validez de una sentencia por una o varias de las causas siguientes: a) Exceso de poder del tribunal; b) Corrupción de un miembro del tribunal; c) Infracción grave de una norma fundamental de procedimiento, incluso el hecho de que la sentencia no exprese, total o parcialmente, los motivos en que se funda”<sup>10</sup>. Si las partes no se pusieran de acuerdo sobre el tribunal al que someter la duda sobre la validez del laudo, se establece que será el Tribunal Internacional de Justicia la competente para hacerlo a solicitud de una de las partes (artículo 37).

#### **4. Los tribunales internacionales: el Tribunal Internacional de Justicia**

##### *4.1. Consideraciones generales*

El Tribunal Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas (artículo 92 de la Carta) , además, su Estatuto es un texto anexo e inseparable de la Carta, lo que supone que todo Estado miembro de la Organización es parte en el Estatuto, pudiendo ser parte en el Estatuto un Estado no miembro. El Tribunal tiene jurisdicción consultiva y contenciosa. El artículo 96 de la Carta se refiere al ejercicio de la primera, para

<sup>10</sup> [https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a\\_cn4\\_113.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_113.pdf)

indicar que su propósito es resolver una cuestión jurídica que le remitan la Asamblea General o el Consejo de Seguridad. Los otros órganos y organismos de la familia de Naciones Unidas también podrán hacerlo pero con dos limitaciones: la primera, previa autorización de la Asamblea General para hacerlo; y, la segunda, solo podrán remitir cuestiones jurídicas que afecten al ámbito de sus funciones (“dentro de la esfera de sus actividades”, establece el artículo 96.b de la Carta). A la jurisdicción contenciosa nos referiremos en adelante, al ser aplicable al arreglo de controversias internacionales.

La jurisdicción contenciosa del Tribunal es facultativa, tratándose, como los demás, de un medio de solución presidido por el principio de libre elección de medios, resultando aplicables los mecanismos antes vistos (clausulas compromisorias, entre otros) a los que se añaden dos más: uno, la declaración facultativa u opcional establecida en el artículo 36.2 de su estatuto; y, dos, el fórum prorrogatum. Por lo que se refiere a la primera, la declaración facultativa u opcional es una declaración unilateral *sui generis*, puesto que si bien el Estado decide cuándo formularla, en qué condiciones y con qué excepciones lo hace, sólo despliega efectos respecto de los Estados que hayan formulado una declaración de este tipo, creando, de este modo, efectos bilaterales. Cuando el Tribunal la considere como fundamento de su jurisdicción contenciosa tendrá que observar que ninguna de ellas excluye la competencia del Tribunal, con independencia de que se trate de la del demandante o la del demandado.

En el fórum prorrogatum el consentimiento del Estado demandado deriva de su comportamiento. En ausencia de elección del medio de solución de controversias el consentimiento del demandado se desprende de su reacción a la presentación de la demanda del otro Estado parte en la controversia. De modo que aquel (el demandado), que pudiendo plantear una excepción preliminar al Tribunal para cuestionar su competencia (artículo 36.6 del Estatuto), en lugar de hacerlo responde al fondo del mismo, tácitamente está consintiendo y, en consecuencia, aceptando la elección del Tribunal por parte del demandante para que conozca del litigio concreto.

#### 4.2. Formación del Tribunal

El Tribunal está formada por quince miembros de diferentes nacionalidades (el artículo 3.1 dispone que en la formación final del tribunal no podrá haber dos de la misma nacionalidad), que eligen en votaciones simultáneas la Asamblea General de Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad, teniendo que haber obtenido mayoría absoluta en ambos órganos. Todos los Estados parte en el Estatuto tienen derecho a proponer candidatos para su selección. El mandato de los jueces es de nueve años, pudiendo ser reelegidos, renovándose la composición del tribunal por tercios cada tres años.

Las condiciones que han de reunir los candidatos son laxas, pues solo se establece que sean “personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional” (artículo 1 del Estatuto). En la formación final del Tribunal (artículo 9 del Estatuto) deben estar representadas “las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo”, lo que implica un reparto geográfico en su composición. Hasta las elecciones de noviembre de 2017 siempre ha habido jueces nacionales de los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad, desde entonces en la formación del Tribunal no hay juez británico.

Este aspecto, como el resto del reparto responde a un acuerdo político establecido al efecto con la finalidad de mantener la heterogeneidad en la representación.

Aunque los miembros del Tribunal, como proclama el propio Estatuto, se caracterizan por su independencia respecto del Estado del que son nacionales, si un Estado parte en una controversia carece de un juez nacional en la formación del Tribunal, tiene derecho a designar un juez ad hoc.(artículo 31.2 y 31.3). Es decir, el Estado carente de juez nacional podrá designar uno de su elección (no necesariamente de su nacionalidad) para que forme parte del Tribunal pero exclusivamente para la sustanciación del proceso para el que ha sido designado.

#### 4.3. El procedimiento ante el Tribunal

El procedimiento ante el Tribunal se inicia (artículo 40 del Estatuto del Tribunal) “mediante notificación del compromiso o mediante solicitud escrita dirigida al Secretario. En ambos casos se indicarán el objeto de la controversia y las partes”, que el “Secretario comunicará inmediatamente la solicitud a todos los interesados.” Una vez iniciado, se compone de dos fases: una escrita y otra oral. La primera, puede componerse de un instrumento escrito de cada parte (memoria y contramemoria) o, si fuera necesario, dos (memoria, contramemoria, réplica y dúplica). Concluida la fase escrita se inicia la oral, formada por audiencias públicas, tras cuya conclusión el Tribunal se reúne a deliberar, concluyendo con la lectura la sentencia en audiencia pública.

El proceso puede complicarse por los incidentes procesales: las excepciones preliminares, las medidas cautelares o la intervención de terceros. Mediante las excepciones preliminares se cuestiona la competencia del Tribunal para conocer del fondo del asunto o la admisibilidad de la demanda. Han de interponerse “lo antes posible, y a más tardar en el plazo de tres meses a partir de la presentación de la memoria. Cualquier excepción opuesta por una parte que no sea el demandado deberá depositarse dentro del plazo fijado para el depósito del primer alegato escrito de esa parte” (artículo 79 del Reglamento). Su interposición tiene efectos suspensivos, hasta que no se resuelven las dudas acerca de la competencia del Tribunal o la admisibilidad de la demanda no pueden sustanciarse las cuestiones sobre el fondo de la controversia. El Tribunal se pronuncia mediante sentencia.

El Tribunal puede acordar medidas cautelares o provisionales si las considera necesarias para “resguardar los derechos de cada una de las partes” (artículo 41 del Estatuto), aunque puede producirse a instancia de parte (artículo 73 del Reglamento). En este último caso, su planteamiento procederá en el momento que la parte interesada lo considere oportuno, debiendo indicar tanto los motivos de la solicitud como los potenciales efectos que tendría su desestimación. El Tribunal, si decide la conveniencia de indicar medidas cautelares no está obligada a acordar las solicitadas por el demandante. Dado que su propósito es salvaguardar los derechos que pueden verse afectados, su solución goza de prioridad respecto de cualquier otro asunto presente. Las medidas cautelares son provisionales en un doble sentido: porque su aplicación se prevé durante el tiempo que resulte necesario, pero concluyen con la sentencia dictada sobre el fondo del asunto; y, por cuanto el Tribunal, en cualquier momento, puede modificar o revocar las indicadas, siempre que las circunstancias del caso indiquen su conveniencia.

El resto de los incidentes procesales que pueden plantearse en un proceso ante el Tribunal no han sido tan frecuentes en la práctica del tribunal. Así la intervención de terceros Estados está prevista en dos supuestos: uno, cuando la decisión de un litigio pueda afectar a un interés del Estado no parte (artículo 62 del Estatuto)<sup>11</sup>; dos, cuando en el proceso deba interpretarse un tratado multilateral del que son partes otros Estados además de las partes en la controversia, éstos tendrán derecho a intervenir.

#### 4.3. Las sentencias del Tribunal

El procedimiento ante el Tribunal termina con una Sentencia. Como los idiomas oficiales del Tribunal son el inglés y el francés, si las partes hubieran acordado emplear uno de ellos en el proceso, la Sentencia se dictará en la lengua oficial elegida, de lo contrario, cada parte podrá expresarse en la lengua oficial de su preferencia, en cuyo caso, la Sentencia se redactará en ambos, debiendo el Tribunal precisar cuál “dará fe” (artículo 39 del Estatuto).

La Sentencia se adopta por mayoría de votos de magistrados presentes, decidiendo en caso de empate el voto de calidad del Presidente (artículo 55 del Estatuto). El fallo deberá ser motivado y en él se identificará a los Jueces que hayan votado a favor y en contra, que podrán redactar opiniones individuales o disidentes. Las sentencias son jurídicamente obligatorias, solo para las partes en la controversia y respecto de la diferencia que ha sido resuelta (artículo 59 del Estatuto). Asimismo son definitivas e inapelables, aunque podrán ser objeto de interpretación y revisión. La primera procede en presencia de un desacuerdo acerca del “sentido o alcance del fallo”, siempre que una de las partes en la diferencia original lo solicite. Persigue obtener una interpretación auténtica del único órgano que puede procurarla (artículo 60 del Estatuto). La segunda, tiene el mismo propósito visto en el arbitraje.

La ejecución de la sentencia se fundamenta en el principio de buena fe, pues lo más parecido a un mecanismo de ejecución forzosa lo encontramos en el artículo 94.2 de la Carta, que permite al Estado cumplidor acudir al Consejo de Seguridad que, si lo considera conveniente, podrá “hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.”

---

<sup>11</sup> El ejemplo más evidente es el del asunto del Golfo de Fonseca, entre Honduras y El Salvador, con Nicaragua como interviniente.

## Tema 18

### **El principio de prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza. Excepciones al principio de prohibición del uso de la fuerza. Autorizaciones del Consejo de Seguridad. La legítima defensa. El concepto de responsabilidad de proteger.**

Sumario: 1. Contexto. 2. El principio de prohibición del uso o la amenaza o el uso de la fuerza. 3. Excepciones al principio de prohibición del uso de la fuerza: 3.1 Autorizaciones del Consejo de Seguridad. 3.2. La legítima defensa. 4. El concepto de responsabilidad de proteger.

#### **1. Contexto**

La Carta de Naciones Unidas incorporó elementos que provocaron la transformación del Derecho internacional como consecuencia de la pérdida de que habían caracterizado al Derecho internacional clásico. Uno de ellos fue el principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, al que se dedica este Tema 18. La prohibición se concibe como un instrumento para alcanzar el que figura en primer lugar entre los propósitos de la Organización incorporados en la Carta: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, para cuyo logro se incorporan dos herramientas esenciales: una, la prevención y represión de la amenaza y el uso de la fuerza armada; y otra, la posible reacción institucionalizada a su vulneración, protagonizada por el Consejo de Seguridad a través del sistema de seguridad colectiva.

Al principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza nos referiremos en este tema, en el que tras su conceptualización y caracterización nos centraremos en sus excepciones, considerando la autorización del Consejo de Seguridad y la Legítima defensa, para concluir con la responsabilidad de proteger.

#### **2. El principio de prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza**

La Carta de Naciones Unidas incorpora una prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza (artículo 2.4 de la Carta) en las relaciones internacionales “contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.” La Corte Internacional de Justicia, en la Sentencia sobre el fondo en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos<sup>1</sup>), afirmó que el principio que nos ocupa tiene doble naturaleza: convencional y consuetudinaria, además de norma imperativa (parágrafo 190). El Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados contiene algunos efectos de su carácter imperativo: así, sus vulneraciones no se ven

<sup>1</sup> Parágrafo 172 y siguientes de la Sentencia de 27 de junio de 1986, en: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-BI.pdf>

afectadas por las circunstancias que excluyen la ilicitud, puesto que ninguna de ellas puede hacerlo cuando se vulnera una norma imperativa (artículo 26). Del mismo modo, incurre en responsabilidad internacional todo Estado que reconozca como lícita una situación que encuentra su origen en la violación de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza o que ayude a su mantenimiento (artículo 40 del Proyecto), además de ser una causa de nulidad de un tratado celebrado en contra de la proscripción que nos ocupa (artículo 53). Por lo que se refiere a la fuerza prohibida, en el seno de la Conferencia de San Francisco, Brasil propuso sin éxito que por este concepto se prohibiera la amenaza o uso de cualquier tipo de fuerza (económica, diplomática...), quedando circunscrita exclusivamente a la fuerza armada<sup>2</sup>. La Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, que contiene la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, proclama que la proscripción afecta a toda amenaza o uso de la fuerza armada tanto de forma directa como indirecta, con o sin declaración. Por último, la prohibición contenida en la Carta afecta a la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Recuerdese que dentro del territorio el Estado monopoliza el uso de la fuerza, pero siempre respetando los límites derivados del Derecho internacional, entre ellos, evidentemente, los derechos humanos.

### 3. Excepciones al principio

Del artículo 2.4 de la Carta se desprende la existencia de usos de la fuerza no alcanzados por la prohibición: aquellos que resulten compatibles con los propósitos de las Naciones Unidas. Esta interpretación motivó que el uso de la fuerza por parte de los pueblos coloniales se considerase lícito si con él se perseguía el ejercicio de la libre determinación, al realizarse en aras de la aplicación de uno de los propósitos de la Carta. Por el contrario, el que pudiera emplear la potencia administradora para reprimir a esos pueblos coloniales se entendía contrario al artículo 2.4 y, en esa medida, alcanzado por la prohibición.

Por lo demás, la Carta expresa en su articulado las siguientes excepciones al principio que nos ocupa:

- La legítima defensa (artículo 51).
- La acción estatal en aras a la aplicación de medidas que impliquen el uso de la fuerza, autorizadas por el Consejo de Seguridad (artículo 42), en el contexto del Sistema de Seguridad Colectiva.
- La acción estatal al amparo de los acuerdos regionales que el Consejo de Seguridad utilice para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad (artículo 53).
- En aplicación del artículo 107, que contiene la siguiente redacción: “la acción ejercida o autorizada como resultado de la Segunda Guerra Mundial con respecto a un Estado enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta durante la citada guerra”.

De todas ellas, la única excepción que permite al Estado decidir de forma autónoma la utilización de la fuerza es la legítima defensa, puesto que la segunda exige la previa autorización por parte del Consejo de Seguridad implica la activación del Sistema de Seguridad Colectiva. Por su parte, los acuerdos regionales dependen igualmente de la acción del Consejo de Seguridad, pues de conformidad con la Carta este órgano principal

<sup>2</sup> Lo que no puede, bajo ningún concepto, entenderse como que se trate de medidas lícitas. No vulneran el 2.4 de la Carta, pero sí el principio de no intervención.

de la Organización deberá autorizar las medidas coercitivas que aplique el acuerdo regional (artículo 53 de la Carta), aunque en la práctica no siempre ha sido así. El artículo 107 ha de considerarse inexistente en la actualidad, nunca se ha utilizado, por lo que desde hace tiempo se entendía afectado por desuetudo, a lo que se ha añadido que el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005 expresa haber “decidido eliminar las referencias a Estado enemigo”, entre otros del artículo que nos ocupa<sup>3</sup>. Por ello solo nos referiremos en adelante a los dos primeros.

### 3.1. Autorizaciones del Consejo de Seguridad

Las autorizaciones del Consejo de Seguridad encuentran fundamento en el Sistema de Seguridad Colectiva de Naciones Unidas, incorporado en el Capítulo VII de la Carta, para cuya activación se precisa la previa calificación de la situación por parte de aquel órgano principal de la Organización como una amenaza para la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión (artículo 39 de la Carta). La inexistencia de definiciones de estos conceptos nos conduce a la discrecionalidad del Consejo en la operación calificadora<sup>4</sup>.

Una vez calificada la situación, el Consejo puede adoptar medidas provisionales con el propósito de “evitar que la situación se agrave”, como un alto el fuego, por ejemplo. También puede indicar medidas que no implican el uso de la fuerza (artículo 41) o/y otras que sí lo suponen (artículo 42). El artículo 41 incorpora, un listado no exhaustivo de las que concibe como pertenecientes a esta categoría (no implican el uso de la fuerza): la interrupción total o parcial de las relaciones con el Estado afectado (interrupción de relaciones diplomáticas y de toda clase de comunicaciones) o las sanciones económicas (ej. los embargos colectivos). Las medidas indicadas en aplicación del artículo 41 son jurídicamente obligatorias para los miembros de la Organización, desde el momento de la entrada en vigor de la resolución.

Desde 1990, el Consejo de Seguridad, con este fundamento ha adoptado medidas evolucionadas respecto de las indicadas en este precepto, como las denominadas inteligentes o selectivas<sup>5</sup>, con el propósito de evitar que la población civil sufriera las consecuencias de los embargos (como ocurrió en Iraq), ha adoptado resoluciones temáticas (como la resolución 1325 (2000), por ejemplo, sobre mujeres, paz y seguridad), otras que podemos denominar “legislativas”, que imponen obligaciones contenidas en tratados internacionales (como la resolución 1373 (2001), sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo). La creación de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (resolución 827 (1993)) y para Ruanda (resolución 855 (1994)) se produjo con fundamento en este artículo 41. Hay que tener en cuenta que, en virtud de la interpretación conjunta del artículo 25 de la Carta con el 103 del mismo texto, prevalecen sobre cualesquiera que los Estados miembros puedan haber adquirido “en virtud de cualquier otro convenio internacional”.

El Consejo de Seguridad puede autorizar medidas que impliquen el uso de la fuerza con fundamento en el artículo 42 de la Carta implican el uso de la fuerza si lo considera necesario para el mantenimiento de la seguridad internacional: demostraciones, bloqueos

<sup>3</sup>Es el parágrafo 177 de la resolución 60/1 de la Asamblea General, de 16 de septiembre de 2005.

<sup>4</sup> Con la salvedad que presenta el artículo 3 de la Resolución 3314 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, que contiene una relación abierta de actos constitutivos de agresión.

<sup>5</sup> Sobre las sanciones inteligentes, véase L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, “Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al-Qaeda y los talibanes ¿son realmente inteligentes?”, en *R.E.D.I.*, vol. LVIII (2006), 2, pp. 737 y ss.



y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.

Normalmente, el orden de las medidas que adopte el Consejo de Seguridad será el que deriva de la numeración del Capítulo VII: primero las provisionales, luego las que no implican el uso de la fuerza y, en último lugar, las que sí suponen el uso de la fuerza. Pese a ello, no existe un orden jurídicamente exigible, por lo que nada impide que, en una situación concreta, el Consejo altere ese orden lógico (que no normativo) y comenciar por las medidas que suponen el uso de la fuerza, por ejemplo, sin que con ello se esté vulnerando norma alguna, lo que se evidencia el mismo artículo 42 cuando afirma “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo ...”, por tanto, si considera la ineficacia de la indicación de medidas que no impliquen el uso de la fuerza, pueden pasar directamente a la aplicación del artículo 42.

La aplicación práctica del Sistema de seguridad colectiva se ha alejado de lo establecido en la Carta, especialmente en las medidas que implican el uso de la fuerza, al no haberse producido del modo en el que se establece en los artículos 43 y siguientes del mismo texto, que perfilan un protagonismo claro del Consejo de Seguridad en la ejecución de estas medidas. En la práctica, este órgano se limita a autorizar el uso de la fuerza, pero sin capacidad de control sobre el inicio, duración y momento de finalización de las medidas concretas con las que se procura su aplicación.

Las primeras ocasiones en las que se autorizaron medidas con fundamento en el artículo 42 de la Carta fue en 1950, en el contexto del conflicto de Corea, y después en 1990, como consecuencia de la anexión de Kuwait por parte de Irak. Así, en la Resolución 678, de 29 de noviembre de 1989 del Consejo de Seguridad, se expresa la autorización de este órgano para “que utilicen todos los medios necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660”, esta última exigía a Irak que abandonara el territorio anexionado de Kuwait. Años después, en la Resolución 1973 (2011), el Consejo reproducía aquella fórmula pero “excluyendo el uso de la fuerza de ocupación extranjera de cualquier clase en cualquier parte del territorio libio”. En aplicación del Sistema de seguridad colectiva, puede autorizar también la utilización menos grave de la fuerza para procurar la protección de la población civil y ha procedido a autorizar fuerzas de intervención en diferentes conflictos, en algunos de ellos con la colaboración de los acuerdos regionales en cuyo territorio de acción se producen aquellos.

### 3.2. Legítima defensa

El artículo 51 de la Carta proclama el derecho de todos los Estados a la legítima defensa. Se trata del derecho inmanente del que son titulares todos los Estados y deriva de su condición de Estado a utilizar la fuerza armada para defenderse de un ataque previo, de modo que el Estado que está siendo atacado podrá decidir ejercer o no este derecho del que es titular y, al hacerlo, concretará si hacerlo solo (legítima defensa individual) o ayudado por otros (legítima defensa colectiva). De las medidas así adoptadas deberá informar el Estado al Consejo de Seguridad y éstas serán provisionales y subsidiarias de la acción de este órgano principal de las Naciones Unidas.

El ejercicio de la legítima defensa solo procede para defenderse mediante el uso de la fuerza armada de un ataque cuando ya se está produciendo o es inminente su inicio. Sin embargo, de acuerdo con jurisprudencia reiterada de la Corte Internacional de Justicia, solo son

precedentes válidos de este derecho los usos más graves de la fuerza, al carecer el resto de la entidad suficiente para ello<sup>6</sup>.

Por lo demás, la reacción defensiva ha de caracterizarse por su necesidad, inmediatez, proporcionalidad, subsidiariedad y provisionalidad respecto de la acción del Consejo de Seguridad<sup>7</sup>. Así, el uso de la fuerza armada por parte del Estado atacado ha de ser necesario, al ser la única manera de repeler el ataque. Debe ser inmediato, por el objeto defensivo que caracteriza la reacción, pudiendo demorarse en el tiempo mientras que el Estado ordena sus fuerzas armadas para adoptar las medidas oportunas para ello, pero ese lapso de tiempo no puede resultar excesivo. Lo que supone que si se ataca al otro Estado una vez finalizado el anterior no se estará ejerciendo el derecho a la legítima defensa al faltar su presupuesto que es repeler el ataque. La necesaria inmediatez impide que la denominada “legítima defensa preventiva” se considere ejercicio lícito de este derecho, al partir de la ausencia de un ataque presente o inminente, utilizando la fuerza para prevenir un potencial futuro ataque.

Por su parte, la proporcionalidad se refiere a la relación entre la reacción y el ataque, en consecuencia, tendrá que emplearse el mínimo de fuerza que sea necesario para repelerlo de forma eficaz. De modo que un Estado puede defenderse con las armas que piense más eficaces a los propósitos que se plantean, sin que sea necesario utilizar el mismo tipo de armamento con el que se le ataca. Por otra parte, si el Estado atacado se excede en su reacción será responsable internacionalmente por ese exceso.

El Estado que ejerce su derecho a legítima defensa ha de informar a la mayor brevedad al Consejo de Seguridad sobre las medidas que haya adoptado y el ejercicio del derecho se prolonga hasta que el Consejo de Seguridad adopte las medidas oportunas para controlar la situación, momento en el cual ese ejercicio ha de cesar. A pesar de lo anterior, si el Consejo de Seguridad así lo decidiera, podrán compaginarse con la legítima defensa.

Ha existido un rico debate doctrinal acerca de si la acción de Estados Unidos en Afganistán fue o no ejercicio de la legítima defensa, pero desafortunadamente carecemos aquí del espacio suficiente para dedicarnos a esta cuestión.

Por otra parte, la legítima defensa puede ejercerse de forma individual o colectiva. La primera es a la que nos hemos referido hasta aquí: el Estado que es víctima de un ataque que utiliza la fuerza armada para repelerlo. Cuando nos referimos a la legítima defensa colectiva, como la propia denominación indica, se trata de una situación en la que el Estado que está siendo atacado recibe la ayuda de otros. Si bien para la licitud de la legítima defensa individual se han de reunir exclusivamente los requisitos indicados antes, la colectiva requiere además la solicitud de ayuda por parte del Estado que está siendo atacado a aquellos que acuden en su apoyo. En este supuesto, el Estado o los Estados así requeridos tendrán la capacidad de decidir si acuden en su auxilio o no. Otra posibilidad, en la que no es precisa la solicitud de ayuda, es cuando media la existencia de un tratado de defensa mutua en el que los Estados partes se comprometan a acudir en defensa de un contraparte si es víctima de un ataque (como el artículo 5 del Tratado de Washington), en cuyo caso,

---

<sup>6</sup> En este sentido, el párrafo 190 y ss. de la Sentencia de la CIJ, de 27 de junio de 1986, en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)

<sup>7</sup> La necesidad, urgencia y proporcionalidad son requisitos presentes también en la legítima defensa consuetudinaria, mientras la relación con el Consejo se incorporan *ex novo* con la Carta de las Naciones Unidas.

la existencia del tratado de defensa mutua transforma la capacidad de decisión de los Estados parte en una obligación.

#### 4. El concepto de la responsabilidad de proteger

La responsabilidad de proteger se proclama en la Cumbre Mundial de 2005, en la que “los dirigentes del mundo” aceptan inequívocamente:

“la responsabilidad colectiva internacional de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. La disposición a tomar medidas colectivas de manera oportuna y decisiva para tal fin, por conducto del Consejo de Seguridad, cuando los medios pacíficos demuestren ser inadecuados y las autoridades nacionales no lo estén haciendo manifiestamente”.

Redacción claramente basada en el informe que había preparado la Comisión internacional sobre intervención y soberanía de los Estados. Sin embargo, en estas líneas se reiteraba la responsabilidad que tienen todos los Estados de proteger a su población de los crímenes en ella incorporados y, subsidiariamente, la convicción de actuación a través del Consejo de Seguridad con el propósito de decidir una reacción oportuna y decisiva para ello. Convicción que se materializó al año siguiente, en 2006, en las resoluciones 1674, de 28 de abril, sobre la protección de los civiles en los conflictos armados<sup>8</sup> y la resolución 1706, de 31 de agosto, en la que se amplía el mandato de la misión de asistencia de las Naciones Unidas en la República de Sudán<sup>9</sup>, conocida como UNMIS, por sus siglas en inglés.

En los momentos iniciales, cabía pensar que este principio podría cambiar los fundamentos conceptuales sobre las cuales articular una eventual respuesta frente a las vulneraciones más graves de los derechos humanos. Su punto de partida era la reformulación de un polémico concepto surgido a finales del siglo pasado, como fue la injerencia o intervención humanitaria. El problema subyacente a este nuevo intento de proteger a las víctimas de aquellos graves crímenes derivaba del protagonismo del Consejo de Seguridad que, recordemos, es un órgano político. Sobre la responsabilidad de proteger se produjo una inmensa bibliografía académica<sup>10</sup>.

La responsabilidad de proteger tuvo su primera repercusión práctica en la resolución 1973, del Consejo de Seguridad de 17 de marzo de 2011, en la que se indicaba la responsabilidad *libia* para proteger a su población, la condena “los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil”, con fundamento en el Capítulo VII de la Carta autoriza (parágrafo 4) a:

“los Estados Miembros que hayan notificado previamente al Secretario General a que, actuando a título nacional o por conducto de organizaciones o acuerdos regionales y en cooperación con el Secretario General, adopten todas las medidas necesarias, (...) para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que estén bajo amenaza de ataque”<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Puede leerse en: [https://undocs.org/es/S/RES/1674%20\(2006\)](https://undocs.org/es/S/RES/1674%20(2006))

<sup>9</sup> Ver en: [https://undocs.org/es/S/RES/1706%20\(2006\)](https://undocs.org/es/S/RES/1706%20(2006))

<sup>10</sup> Destacaré entre todos ellos, la monografía de C. GUTIÉRREZ ESPADA y M.J. CERVELL HORTAL, *Nacimiento, auge y decadencia de la Responsabilidad de Proteger*, Comares, Granada, 2014 y la tesis doctoral de B. VAZQUEZ RODRÍGUEZ, sobre *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*, publicada por las Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2017.

<sup>11</sup> [https://www.undocs.org/es/S/RES/1973%20\(2011\)](https://www.undocs.org/es/S/RES/1973%20(2011))

La puesta en práctica de esta autorización fue objeto de un interesante debate doctrinal. Pese a ello, la evolución sufrida por la responsabilidad de proteger ha resultado decepcionante, bien es cierto que éxito dependía de la puesta en marcha de algunas iniciativas que permitieran su adecuada aplicación<sup>12</sup>, la mayoría de las cuales no se han producido. La práctica de Estados partidarios de la responsabilidad de proteger tampoco ha acompañado, puesto que ha evidenciado desigualdades en su aplicación, lo que apunta a su motivación política.

Con todo, es innegable la necesidad de proteger a la población estatal, de donde deriva la adopción de las medidas precisas para evitar que se produzcan en sus territorios crímenes tan graves como los que se ven alcanzados por la responsabilidad de proteger. También es claro que la Comunidad internacional debería contar con instrumentos jurídicos suficientes para proteger subsidiariamente a los grupos humanos potenciales víctimas de ellos. Pese a todo, hemos de reflejar la opinión del Secretario General de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad, expresada en su Informe sobre “La aplicación de la responsabilidad de proteger: la rendición de cuentas en materia de prevención”, en cuyo párrafo 42 puede leerse lo siguiente:

“Los compromisos solemnes y las obligaciones jurídicas de los Estados Miembros muestran todavía un desfase demasiado grande con las vivencias reales de los sectores vulnerables de la población. Nuestro incumplimiento de nuestras promesas en cuanto a proteger a las poblaciones contra los crímenes atroces es algo que nos avergüenza a todos. Es más lo que debemos lograr. En el presente informe he explicado cómo la adopción de medidas prácticas para la prevención de los crímenes atroces debe basarse en los lazos de confianza y transparencia forjados por la rendición de cuentas. (...) Son muchas las cosas que pueden y deben hacer los Estados, las Naciones Unidas y los mecanismos intergubernamentales para fortalecer la prevención de atrocidades; pero demos prioridad a cinco medidas simples y prácticas.<sup>13</sup>”

---

<sup>12</sup> En este sentido, A. REMIRO, R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA, L. PÉREZ-PRAT, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007, párrafo 679; así como, de los mismos autores *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, párrafo 581.

<sup>13</sup> Puede verse en: <https://undocs.org/es/A/71/1016>

## Tema 19

### **El Derecho Internacional Humanitario. Los conflictos armados: concepto y clases. Las normas aplicables a los conflictos armados: principios, medios y métodos de combate. La protección de las víctimas de los conflictos armados.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. Evolución histórica del Derecho Internacional Humanitario. 3. Los conflictos armados: concepto y clases. 4. Las normas aplicables a los conflictos armados: 4.1. *Principios*. 4.2. *Medios y métodos de combate*. 5. La protección de las víctimas de los conflictos armados.

#### **1. Contextualización**

El Derecho Internacional regulaba tradicionalmente no sólo los supuestos en los que estaba admitido el recurso a la guerra (*ius in bellum*), sino también las reglas de conducta llamadas “leyes y costumbres de la guerra” (*ius in bello*). Pero después de la I Guerra Mundial, para paliar los problemas humanitarios que se derivaron de la misma, se aprueban los Convenios de Ginebra de 1929, para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el relativo al trato de los prisioneros de guerra. . Actualmente, podemos considerar que, como afirma Casanovas, los ideales humanitarios inspiran todo el Derecho internacional de los conflictos armados, de ahí que se utilice la expresión “Derecho Internacional Humanitario”.

Para España, cuyas tropas se encuentran presentes en muchos países, el Derecho Internacional Humanitario juega un papel fundamental. De hecho, desde 2007, cuenta con una Comisión Española de Derecho Internacional Humanitario. Dicha Comisión tiene como función el asesoramiento al Gobierno en relación con las normas contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sus dos Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977 y otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario de los que el Reino de España es Parte, así como sobre la posible ratificación por España de nuevos Tratados internacionales en la materia y sobre cualquiera otras medidas que deban adoptarse para asegurar la aplicación y difusión en nuestro país de las normas de Derecho Internacional Humanitario. Dichas funciones se cumplen sin perjuicio de las competencias que la normativa vigente atribuye en la materia al Consejo de Estado y a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Hemos de tener en cuenta, además, que dicha Comisión está adscrita orgánicamente al Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

#### **2. Evolución histórica del Derecho Internacional Humanitario**

La evolución histórica de las leyes de la guerra o *ius in bello* ha propiciado la distinción en su seno de dos sectores normativos:

- El DERECHO DE LA HAYA, cuya misión principal es regular los derechos y deberes de los participantes en las hostilidades y los medios y métodos de combate de los beligerantes

en el curso de las operaciones militares (DERECHO DE LA GUERRA o *ius in bello* en sentido estricto). En su evolución constituyen hitos fundamentales las Conferencias de Paz, celebradas en La Haya en 1899 y 1907 de las que toman el nombre, cuyo resultado fueron 14 Convenios, de los cuales el más importante es el Convenio IV, referente a las “Leyes y costumbres de la guerra terrestre”. Es considerado como parte del DI consuetudinario. Su aplicabilidad era muy limitada, ya que era imprescindible que todos los contendientes fueran parte en el tratado, lo que impidió su aplicación en la Primera Guerra Mundial.

El DERECHO DE GINEBRA, cuya misión principal es proteger a las personas y los bienes víctimas de los conflictos armados (esto es, a los militares fuera de combate y a aquellos individuos que ni siquiera toman parte en las hostilidades) (Derecho Internacional Humanitario propiamente dicho (DIH)). Su denominación viene dada por el hecho de que fue en Ginebra donde se adoptaron los cuatro Convenios de 12 de agosto de 1942:

- I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
- II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Igualmente, bajo los auspicios de la UNESCO, se acordó en La Haya la Convención del 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Está desarrollada por un Reglamento de 1954 y dos Protocolos, el primero de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en territorio ocupado y el segundo de 1999 que establece el sistema de la llamada protección reforzada.

Con posterioridad, y como consecuencia de la celebración de la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra entre 1974 y 1977, se aprobaron los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949:

- Protocolo Adicional I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.
- Protocolo Adicional II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Ambos Protocolos tienen la finalidad de ampliar y complementar los citados Convenios de Ginebra. No obstante, en el año 2005 se aprobó un tercer Protocolo Adicional sobre el emblema por el que se establece un signo distintivo adicional, el Cristal Rojo.

Consultar Página web del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de Cruz Roja,

[http://www.cruzroja.es/portal/page?\\_pageid=878,12646931&\\_dad=portal30&\\_schema=PORTAL30](http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12646931&_dad=portal30&_schema=PORTAL30)

Dichos Protocolos poseen menos ratificaciones, pero también algunas de sus normas son consuetudinarias. El estado de ratificación de los Tratados de DIH se puede consultar en:

[https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/party\\_main\\_treaties.htm](https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/party_main_treaties.htm)

De este modo, y conforme a la evolución de la reglamentación anteriormente apuntada, podemos definir el Derecho Internacional Humanitario (DIH) como el que va dirigido a la protección de las víctimas de los conflictos armados, es decir, a la protección de los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, población civil y, por extensión, bienes culturales, bienes indispensables para la supervivencia de la población civil o medio ambiente natural<sup>1</sup>.

### 3.Los conflictos armados: concepto y clases

Esta evolución reafirma que la aplicación del DIH presupone, como precondition de aplicación la existencia de un conflicto armado. Se abandona el concepto de “guerra” (que precisaba de una “declaración de guerra”) y se utiliza el de “conflicto armado” para eludir exigencias formales. De este modo, se aplicará el DIH con independencia de la calificación de tal conflicto desde la perspectiva del *ius ad bellum*.

Esta evolución también plasma la distinción entre conflictos armados internos e internacionales, de gran importancia porque las normas aplicables difieren según la naturaleza del conflicto. Los Convenios de Ginebra se aplican a los conflictos armados internacionales, con excepción de su art. 3 común que contempla el supuesto del conflicto armado interno.

Según el art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, son CONFLICTOS INTERNACIONALES<sup>2</sup> todos los conflictos interestatales, es decir,

- la guerra declarada o
- cualquier otro conflicto que surja entre dos o más Estados aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por una de ellas, y
- también ocupación de territorio (todo o parte) de un Estado, aunque no haya resistencia militar.

El Protocolo Adicional I (art. 1.4) amplía la noción al extenderla a los conflictos en que un pueblo (en ejercicio del derecho de libre determinación) lucha contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o contra regímenes racistas.

En cuanto al CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL O INTERNO, según el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, es el que se desarrolla en el territorio de un Estado, estableciendo la aplicación de un núcleo normativo de carácter mínimo a este tipo de conflictos armados. El Protocolo Adicional II (art. 1.1.) utiliza una noción más reducida, por lo que sólo se aplica a los conflictos que se desarrollen en el territorio de un Estado entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados, que no han de ser necesariamente gubernamentales, pero que sí que deben de gozar de una organización militar, de disciplina interna y de un mando responsable, además de ser capaces de desarrollar operaciones militares y de controlar parte del territorio.

Quedan excluidas de estos conceptos de conflicto armado internacional o interno: “las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L., “Fuentes del Derecho Internacional Humanitario”, en RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L. (Coord.), Derecho Internacional Humanitario, 3ª ed., Cruz Roja Española, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Tirant Monografías, Valencia, 2017.

<sup>2</sup> El TIJ en el asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, entendió que el conflicto armado entre un Estado tercero y las fuerzas gubernamentales involucradas en un conflicto armado interno está sometido al DIH aplicable a los conflictos armados internacionales

actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos que no son conflictos armados”.

#### 4. Las normas aplicables a los conflictos armados

##### -CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL:

Regulación por:

- IV Convenio de La Haya
- 4 Convenios de Ginebra de 1949
- Protocolo Adicional I de 1977

##### -CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL O INTERNO

Regulación por:

- art. 3 común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949,
- y, en su caso, PA II de 1977.

La distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales no ha sido superada todavía, puesto que de momento las víctimas de los primeros gozan de mayor protección que la que se otorga a las de los conflictos internos, pero se están dando algunos pasos decisivos en este sentido, tal y como queda reflejada en los pronunciamientos de los Tribunales Penales Internacionales de la antigua Yugoslavia y Ruanda y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Es del mayor interés hacer notar que la aplicación del DIH en un conflicto armado no implica que cese la protección dispensada por el DI de los derechos humanos. No estamos ante dos sectores normativos excluyentes uno del otro sino ante una protección cumulativa o reforzada. Así el TIJ en su opinión sobre la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares (1996) dijo que la protección dispensada por el Pacto internacional de derechos civiles y políticos no cesa en tiempo de guerra. El mismo tribunal, en su opinión sobre las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado (2004), consideró que la construcción del muro vulneraba varias disposiciones del DIH y de los Pactos de Naciones Unidas de 1966 así como la Convención relativa a los derechos de los niños.

#### 4.1.Principios

Además del carácter consuetudinario de la mayoría de las normas convencionales que conforman el DIH, otro rasgo distintivo es que remiten a principios generales aplicables en cualquier circunstancia. Este rasgo distintivo queda reflejado en la llamada “Cláusula Mártens”: enunciada en el preámbulo del IV Convenio de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (y reiterada después en art. 1.2 del PA I), y en virtud de la cual, en los casos no comprendidos en disposiciones de DIH, los pueblos y beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.

El principio básico en esta materia, y que inspira a todos los demás que conforman esta rama del ordenamiento internacional, es el PRINCIPIO DE HUMANIDAD al que se refiere la Cláusula Martens, configurado en el sentido de que las necesidades militares han de armonizarse con las consideraciones de humanidad. Los principios que de él derivan son básicamente dos:



I. PRINCIPIO DE DISCRIMINACIÓN: (art. 48 PA I) busca armonizar el principio de necesidad militar y el principio de humanidad. Se trata de un principio que se basa en una doble distinción: combatientes y población civil; y objetivos militares y bienes civiles. Sólo pueden ser objeto de ataques los combatientes y los objetivos militares. En relación con el Principio de discriminación, vamos a ocuparnos de la determinación de la noción de “objetivo militar”:

- Convenio de La Haya de 1907: serían los lugares afectados a un fin militar y defendidos militarmente.
- Es de destacar que los ataques se limitarán estrictamente a objetivos militares.
- Sólo son objetivos militares aquellos bienes cuya destrucción, dada su naturaleza, utilidad o utilización, ofrece una ventaja militar definida.

Para paliar esta indefinición del concepto, y para impedir su expansionismo, el PA I incluye además unas disposiciones en las que otorga una protección específica a determinados bienes de carácter civil esenciales para la vida de la población civil.

a) los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil: no pueden ser objeto de ataque los alimentos, zonas agrícolas que los producen, cosechas, ganado, instalaciones y reservas de agua potable, obras de riego. Sólo se convierten en objetivos militares cuando se utilizan exclusivamente como medio de subsistencia de tropas o en apoyo directo a una operación militar.

b) las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas: (a saber, presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica), no serán objeto de ataque.

c) los bienes culturales: (a saber, edificios consagrados al culto, a las artes y a las ciencias), no podrán cometerse actos de hostilidad contra ellos, salvo “necesidad militar imperativa”.

2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: prohíbe las acciones militares cuyos daños exceden claramente la ventaja militar que se obtiene de ellos. Este principio que prohíbe causar males superfluos ha sido recogido en el art. 35.2 PA I. Esta norma de DI general ha sido desarrollada por otras que establecen la prohibición específica de armas consideradas particularmente crueles.

Estos principios son una especie de “umbral mínimo de protección” aplicable a todo conflicto armado. Además, completan las normas relativas a los conflictos armados cuando éstas son inaplicables o cuando necesitan ser interpretadas. Constituyen, en definitiva, “principios intransgredibles del DI consuetudinario” que incorporan “obligaciones que son esencialmente de carácter erga omnes” (de manera que han de ser cumplidos por todos los Estados hayan o no ratificado los convenios que las estatuyen). Definidos de este modo, algunos autores, como Oriol Casanovas y la Rosa, han deducido su carácter de norma de *ius cogens*, a pesar de que el TIJ no se ha pronunciado claramente al respecto.

#### 4.2. Medios y métodos de combate

- MEDIOS: designan las armas  
MÉTODOS: la utilización que se hace de dichas armas

Existe la prohibición general de aquellos que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios o que hayan sido concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

**MEDIOS DE GUERRA:** prohibición en atención

1° a consideraciones humanitarias,

2° al equilibrio de armamentos entre los Estados (desarme)

1. Armas convencionales:

- Declaración de San Petersburgo 1868: renuncia a empleo de proyectiles explosivos o cargados de materias fulminantes o inflamables, de peso inferior a 400 gr.
- Conferencia de 1899: prohibición de balas dum-dum [balas que se ensanchan (provistas de incisiones) o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano]
- Convenio sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales de 1980 y sus 4 Protocolos: bombas de fragmentación [I], minas, armas trampa y otros artefactos [II], armas incendiarias [III], armas láser cegadoras [IV]
- Convenio de Ottawa sobre prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997.
- Protocolo sobre restos explosivos de guerra, anexo a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, y su entrada en vigor el 12 de noviembre de 2006,.
- Convención sobre Municiones en Racimo, Dublín, 2008.

2. Armas de destrucción masiva: término que aparece después de II G.M..

a) armas químicas y bacteriológicas:

- Protocolo de Ginebra de 1925: prohíbe el empleo de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, pero no su producción o almacenamiento.
- Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas y sobre su destrucción y Convenio de 1993 sobre desarrollo, producción, almacenamiento y empleo de armas químicas y su destrucción.

b) armas nucleares:

En 1994, en su opinión consultiva (pedida por la AG) sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares el TIJ afirma que no hay disposición concreta en DI (consuetudinario o convencional) que autorice la amenaza o el uso de armas nucleares. Añade que, con carácter general, el uso o amenaza sería contrario al DIH, pero llega a conclusión de que no puede pronunciarse sobre si sería lícito su uso o amenaza en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia del Estado, no respondiendo tampoco a la cuestión de la legítima defensa preventiva.

- d) técnica de modificación del medio ambiente (guerra metereológica): Convención de 1977 sobre la prohibición de la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles.

e)

**MÉTODOS DE GUERRA:** En PA I 1977 se prohíben determinados métodos:

- perfidia: prohibición de matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de “actos que apelando a la buena fe del adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a la protección prevista por el DIH o que está obligado a concederla”.
- uso indebido de emblemas internacionalmente reconocidos (como Cruz Roja u ONU) o de banderas u otros signos de nacionalidad.
- declaración de no dar cuartel: prohibido ordenar que no haya supervivientes, amenazar de ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión.
- atacar al enemigo fuera de combate.
- ataque a ocupantes de aeronaves en peligro, durante su descenso y al llegar a tierra, deberá dárseles la oportunidad de rendirse sin ser atacados.
- bombardeo de zona: prohibido tratar como un único objetivo militar varios objetivos militares separados pero situados en lugares habitados por población civil o rodeados de bienes de carácter civil.
- Prohibición de usar el método del hambre.

### 5. La protección de las víctimas de los conflictos armados

El principio de distinción conlleva la necesidad de diferenciar entre combatientes y no combatientes.

#### a. Combatientes

-Derechos: derecho a participar en las hostilidades, que comprende el derecho a atacar y a no ser castigado a causa de los resultados lesivos que ocasione, pero también implica que quien disfrute de este estatuto puede convertirse en objetivo legítimo de ataques

- obligación principal de ajustar su conducta al DIH.
- Protección fundamental: en caso de captura, se benefician del trato de prisioneros de guerra

El IV Convenio de La Haya de 1907 consideraba beligerantes a:

- los miembros de los ejércitos regulares y
- milicias y cuerpos de voluntarios, siempre que reunieran las condiciones siguientes:
  1. Tener al frente a un responsable de sus subordinados
  2. Portar algún distintivo de identificación como beligerantes, fijo y perceptible a distancia
  3. Llevar armas abiertamente
  4. Someterse a normas de DIH
- población que al acercarse el enemigo tomara espontáneamente las armas para combatir al invasor.

Los Convenios de Ginebra 1949 (III) amplían la noción de combatiente para incorporar a los partisanos o miembros de los movimientos de resistencia en territorio ocupado, si bien ampliación limitada al exigírseles que cumplan las cuatro condiciones previstas para las milicias.

En los Protocolos 1977:

- se excluye de la definición a los espías ni a los mercenarios.
- se abandonan las exigencias que el Convenio de 1949 mantenía respecto de los movimientos de resistencia y

- se amplía concepto de combatiente, para comprender a los miembros de los Movimientos de Liberación Nacional cuya lucha adopta la forma de guerrilla (sólo en conflictos armados internacionales), por lo que EEUU no ratificó el PA I.

Tratando de mantener la difícil distinción entre combatientes y población civil, se exige que los guerrilleros reúnan unas **CONDICIONES MÍNIMAS** para poder ser considerados combatientes y, en su caso, beneficiarse del trato de prisioneros de guerra:

- obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque,
- pero si no pueden distinguirse, se exige que lleve abiertamente las armas durante todo el enfrentamiento militar, y durante todo el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar.

El guerrillero que caiga en poder de enemigo y que no reúna esas condiciones, perderá el derecho a ser considerado formalmente prisionero de guerra, pero deberá ser tratado como si fuera tal. Así, por ejemplo, los detenidos de fuerzas armadas talibanes por EEUU en Guantánamo, si bien no se beneficiarían del estatuto de prisionero de guerra, tienen derecho a que se les otorgue un trato conforme a los DDHH universalmente reconocidos.

b. No combatientes o víctimas de guerra

Heridos, enfermos y náufragos (I y II C.1949 y PA I): serán tratados humanamente en toda circunstancia y recibirán los cuidados médicos que exija su estado, sin distinción que no esté basada en criterios médicos. La protección se extiende a personal sanitario, religioso y a los establecimientos y medios de transporte sanitario. El Prisionero de guerra o combatiente capturado ha de ser tratado humanamente, sin discriminación, sin que pueda atentarse contra su vida o integridad física y dignidad.

El III Convenio de Ginebra de 1949 regula en detalle las condiciones de cautiverio: alojamiento, alimentación y vestuario; condiciones de higiene y asistencia médica; recursos pecuniarios a que tiene derecho; los trabajos que podrán realizar; relación con el exterior (ONGs) y con las autoridades en cuyo poder se encuentren; así como el fin del cautiverio que, en todo caso, deberá tener lugar sin demora después del fin de las hostilidades.

El IV Convenio de 1949 es el primero que contempla con carácter general la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, amparándolas en dos situaciones: cuando se encuentran en territorio enemigo y cuando se hallen en territorio ocupado por el ejército enemigo, pero no las protege frente a los efectos de las armas.

El PA I amplía la protección a toda la población civil en su conjunto contra los efectos de las hostilidades. En caso de duda acerca de una persona, se le considerará como civil. Dentro del concepto de población civil hay determinados grupos (niños, ancianos, parturientas, periodistas) que tienen una protección especial.

Entre los mecanismos para garantizar los derechos de las víctimas, destacan:

1. Los Estados parte tienen el deber general de cumplir y hacer cumplir las normas de DIH.
2. La institución de la Potencia Protectora. Tienen por misión facilitar el contacto entre las partes en conflicto para la salvaguarda de sus intereses y los de las personas protegidas. Se necesita un acuerdo entre los países en conflicto y dichos Estados. En el caso de que no haya acuerdo entre todas las partes interesadas, el Comité Internacional de la

Cruz Roja o cualquier otra organización humanitaria imparcial puede ser designada en calidad de sustituto.

3. La labor del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Para funcionar como intermediario, desempeña tareas muy numerosas: visitar a los prisioneros de guerra, detenidos e internados civiles, socorrer a la población civil en los territorios ocupados, buscar a las personas desaparecidas y transmitir mensajes a los familiares de los prisioneros de guerra, facilitar el establecimiento de zonas y localidades sanitarias y de seguridad, recibir pedidos de ayuda de parte de personas protegidas y otras labores análogas.

4. La Comisión Internacional de Encuesta es un órgano permanente, un mecanismo imparcial de investigación de denuncias, cuya competencia está sujeta a una declaración de aceptación previa. En 2020, había un miembro español, Francisco Rey.

Otros mecanismos serían: la intervención de la ONU en algunos casos, la represión a nivel interno de los crímenes de guerra, o la jurisdicción universal (poner en relación estos mecanismos con los temas correspondientes).

#### BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

-RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L. (coord.), Derecho Internacional Humanitario, Tirant lo Blanch., 3ª ed., 2017, pp.1312.

- CASANOVAS Y LA ROSA, O., “El Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados “en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 1097-1139

-CASANOVAS, O, Y RODRIGO, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6ªed., 2017, pp.484-502.

#### LEGISLACIÓN:

-Real Decreto 1513/2007, de 16 de noviembre, por el que se crea y regula la Comisión Española de Derecho Internacional Humanitario, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-20269>

#### PÁGINAS WEB:

-Comité Internacional de la Cruz Roja, <https://www.icrc.org/es>

-Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de Cruz Roja española, <https://www.cruzroja.es/principal/web/cedih/cedih>

## Tema 20

### **El Derecho Internacional Penal. Los crímenes internacionales. Los tribunales penales internacionales: la Corte Penal Internacional, tribunales «ad hoc» y tribunales especiales. La jurisdicción universal: concepto y práctica.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. Evolución histórica del Derecho Internacional Penal y los crímenes internacionales. 3. Los Tribunales penales internacionales: la Corte Penal Internacional, tribunales “ad hoc” y tribunales especiales. 3.1. Corte Penal Internacional; 3.2. Tribunales especiales 4. La jurisdicción universal: concepto y práctica

#### **1. Contextualización**

El Derecho Internacional Penal (DIP) implica la existencia de una serie de convenios y normas consuetudinarias relativas a la tipificación de ciertos crímenes que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No obstante, el desarrollo del DIP ha llevado aparejado el surgimiento de una serie de tribunales penales internacionales con competencia para enjuiciar a los individuos responsables de dichos crímenes, fundamentalmente, agresión, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio.

España ha tenido una participación muy activa tanto en la creación de la Corte Penal Internacional, como en la cooperación con dicha Corte y con otros tribunales penales internacionales, como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y Ruanda. De hecho, España tiene leyes de cooperación con estos tres tribunales internacionales, y en España cumplen condena algunos de los sentenciados por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Por otro lado, los problemas jurídicos y políticos que en España han afectado a la aplicación del principio de jurisdicción universal hacen que sea objeto de atención especial este principio en su aplicación práctica a nuestro país.

#### **2. Evolución histórica del Derecho Internacional Penal y los crímenes internacionales**

A finales del Siglo XIX y principios del XX, y en el camino que van recorriendo el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, se produce también el desarrollo del Derecho Internacional Penal. El desarrollo de esta última rama del DIP va a permitir la represión de las vulneraciones de las normas de las dos ramas jurídicas anteriormente mencionadas. En efecto, tras la II Guerra Mundial, ya aparecen factores como la protección de la dignidad humana, el bienestar, los derechos humanos...etc, para cuya protección resulta insuficiente la intervención aislada de los Estados. De esta manera, se consolidan una serie de valores de la Comunidad Internacional, que conducen a la calificación de ciertas

conductas como delitos contra el Derecho de gentes. Así ocurre con la esclavitud, la trata de mujeres y niños, la piratería. Según BASSIOUNI, el Derecho Internacional Penal comienza, así, su andadura y se va dotando de un contenido que puede extraerse de la regulación internacional de varias materias a saber: i) el control de la guerra; ii) la reglamentación de los conflictos armados; iii) la persecución de las infracciones de las leyes de la guerra; iv) los delitos comunes de interés internacional.

Ese conjunto de normas que, en el ámbito internacional, establecen la tipificación de ciertas conductas y su sanción, constituyen el llamado “Derecho Internacional Penal” (DIP). En todo caso, el DIP se limitaba, en un primer momento, a definir conductas reprobables, sin crear órganos internacionales de enjuiciamiento, represión y sanción. No obstante, en el proceso de desarrollo sustantivo del Derecho Internacional Penal, es interesante comprobar cómo los distintos Convenios que surgen prevén disposiciones que atribuyen la competencia a uno u otro órgano judicial estatal. Dejan, en definitiva, en manos de los Estados la tipificación de los crímenes y el ejercicio del *ius puniendi*<sup>1</sup>. Sin embargo, algunos convenios, como el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, hace referencia a una Corte Penal Internacional, que en ese momento no había sido creada

En la actualidad, tras la creación de los Tribunales ad hoc para la Antigua Yugoslavia y Ruanda en los años 90, y el establecimiento de la Corte Penal Internacional (en 1998), podemos afirmar que estamos asistiendo a un proceso de importancia decisiva: la institucionalización de la justicia penal internacional.

### **3. Los Tribunales penales internacionales: la Corte Penal Internacional, tribunales “ad hoc” y tribunales especiales**

#### **3.1. Corte Penal Internacional:**

Comienza a nacer la cuestión de una jurisdicción penal internacional en relación con las guerras del siglo XX y el surgir del Derecho Internacional Humanitario. En los años 90, y tras el establecimiento de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, se puso de manifiesto la necesidad de una Corte Penal Internacional de ámbito universal para enjuiciar los crímenes más graves. Finalmente, en 1998 se celebró en Roma una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, y el 17 de julio se adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 120 delegaciones votaron a favor de la adopción del Estatuto, 7 votaron en contra y hubo 21 abstenciones. Se estipuló que eran necesarias 60 ratificaciones para que el Estatuto entrara en vigor. El 1 de julio del 2002 el Estatuto de Roma entró en vigor.

En octubre de 2020, el Estatuto de Roma contaba con 123 Estados Partes: 33 de ellos africanos, 19 de Asia-Pacífico, 18 de Europa del Este, 28 de Latinoamérica y el Caribe, y 25 de Europa Occidental y otros Estados.

Consultar los Estados Partes en:

[https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx)

<sup>1</sup> En virtud, fundamentalmente, de la aplicación de los nexos jurisdiccionales de: i) la territorialidad, ii) la nacionalidad del acusado o iii) la nacionalidad de la víctima.

Composición:

La Corte Penal Internacional es un tribunal de justicia penal independiente, ya que la jurisdicción reside en la Corte como tribunal de justicia cuando pronuncia sus decisiones. Por lo tanto, la Corte, en tanto que tribunal internacional de carácter colegiado, contará con los siguientes órganos, de acuerdo con el artículo 34 incluido en la Parte IV del Estatuto: La Presidencia; las Secciones judiciales (una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares); la Fiscalía; y la Secretaría.

En octubre de 2020, la Presidencia estaba en manos de Judge Chile Eboe-Osuji (Nigeria). La Fiscalía era dirigida por Fatou Bensouda (Gambia) que, a su vez, era asistida por el Fiscal Adjunto James Stewart. Su misión gira en torno a la recepción de información acerca de hechos que correspondan a la competencia de la Corte, y la consiguiente investigación, así como el ejercicio de la acción penal. Sobre la composición de la CPI, ver: <https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works/Pages/default.aspx#organization>

En cuanto a las Secciones Judiciales, destacar que el proceso de selección y elección de los candidatos a magistrados pasa por la presentación de dos listas de candidatos por los Estados Partes de entre los cuales la Asamblea elige 18 miembros, de acuerdo con:

- El principio de representación geográfica equitativa
- El principio de representación de los principales sistemas jurídicos del mundo
- El principio de representación equilibrada.

Consultar la composición en:

<https://www.icc-cpi.int/about/judicial-divisions/biographies/Pages/current-judges.aspx>

Competencia material:

La CPI se muestra competente para enjuiciar “los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto” (párrafo 4º del Preámbulo del Estatuto de Roma). Se entiende por tales, conforme al art.5 del Estatuto de Roma:

- 1.-El Genocidio
- 2.-Los Crímenes contra la Humanidad
- 3.-Los Crímenes de Guerra
- 4.-El Crimen de Agresión (una vez que entró en vigor la definición adoptada en la Conferencia de Revisión de Kampala de 2010).

El crimen de **genocidio** viene recogido en el artículo 6 del Estatuto de Roma, y responde a la misma definición proporcionada por el artículo 3 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.



El art.7 del Estatuto, establece el umbral que configura la definición de **crímenes contra la humanidad**, al referirse a: “...cualesquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (art.7 del Estatuto de Roma). A continuación, contiene una lista de actos constitutivos de tales crímenes.

En el artículo 8 del Estatuto de Roma, destinado a regular los **crímenes de guerra**, se intentaron recoger los crímenes más graves y con base en el Derecho Internacional consuetudinario, tanto cometidos en conflictos armados internacionales como internos. También hacen su aparición infracciones novedosas para el Derecho Internacional Humanitario, como: los ataques contra fuerzas o instalaciones pertenecientes a una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria conforme con la Carta de las Naciones Unidas, si éstos tienen derecho a la protección que se otorga a civiles u objetos civiles de acuerdo con el Derecho Internacional de los conflictos armados. Conviene destacar que la inclusión de los ataques contra fuerzas o instalaciones pertenecientes a una OMP se logró gracias a una propuesta de España en la Conferencia de Roma.

En cuanto al crimen de **agresión**, se remitió su definición y adopción a una posterior Conferencia de Revisión que, finalmente, se celebró en Kampala en 2010. Se consiguió lograr un delicado equilibrio entre el papel de la Corte Penal Internacional en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, en referencia a la agresión, y el rol del Consejo de Seguridad al respecto (de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas). Pero el gran logro lo encontramos en la atribución al Fiscal de la CPI de la capacidad de seguir adelante con un procedimiento de investigación referente a un crimen de agresión, en ausencia de una determinación previa por el Consejo de Seguridad. Sin embargo, se acompaña dicha atribución de una serie de salvaguardas: la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y un juego de consentimientos estatales, que impide se vean afectados Estados no Partes en el Estatuto. La jurisdicción de la CPI sobre el crimen de agresión fue activada el 17 de julio de 2018. Los Estados que habían ratificado las enmiendas al crimen de agresión, en octubre de 2020, eran 39. España ratificó el 25 de septiembre de 2014. Ver: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=en)

#### Competencia territorial

En cuanto a la competencia territorial, la CPI tendrá competencia para enjuiciar los crímenes cometidos en el territorio de un Estado Parte, en el territorio de un Estado no Parte si lo comete un nacional de un Estado Parte, y en el territorio de cualquier Estado (Parte o no) si el asunto es remitido por el Consejo de Seguridad.

#### Competencia temporal

En el artículo 11 del Estatuto de Roma se sienta la irretroactividad procesal respecto de la jurisdicción de la Corte, de manera que sólo tendrá competencia sobre los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (1 de julio de 2002).

#### Competencia personal

En el artículo 1 del Estatuto de Roma se instituye una Corte Penal Internacional permanente facultada para ejercer su jurisdicción sobre “personas”, única y exclusivamente, y no sobre

organizaciones. Sin embargo, una limitación es impuesta por el artículo 26 cuando establece que “la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años”.

#### Activación de la competencia de la Corte:

En cuanto a la activación de la jurisdicción de la Corte, conforme al artículo 13 del Estatuto de Roma: la Corte podrá ejercer su competencia respecto de los crímenes mencionados si: a) Un Estado Parte remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de este tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15. Para ello puede ayudarse el Fiscal de la información proporcionada por Estados, particulares, ONGs.

Una vez abierta la fase de investigación, podría resultar de aplicación lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto, según el cual el Consejo de Seguridad puede solicitar a la Corte (en el marco de una resolución conforme al Capítulo VII de la Carta) que suspenda la investigación o enjuiciamiento por un plazo que no exceda de los 12 meses.

#### Complementariedad de la CPI:

La CPI es complementaria respecto de las jurisdicciones nacionales, lo que implica que sólo puede entrar a conocer de un asunto cuando los tribunales nacionales no quieren o no pueden (ver las causas de admisibilidad del art.17 del Estatuto de Roma de la CPI). Consultar el Estatuto de Roma en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-10139&p=20141224&tn=2>

#### Cooperación con la CPI: el caso de España

El art. 86 del Estatuto de Roma establece que los Estados Parte tienen la obligación de cooperar plenamente con la Corte en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. La primera manifestación de esta obligación de cooperar viene dada por la obligación de detener y entregar a la Corte a la persona que está siendo objeto de una investigación o haya sido acusada de la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. En el Estatuto de Roma se recogen como causas de denegación de la cooperación con la Corte respecto de la entrega únicamente las siguientes: i) La existencia de solicitudes concurrentes. ii) Las inmunidades, que también afectan a las solicitudes relativas a otros tipos de asistencia distintos a la entrega (art. 98). No obstante, las inmunidades no pueden concebirse como una causa de denegación de la cooperación en sentido estricto, sino que más bien constituyen causas de carácter procesal.

Como consecuencia de los principios de complementariedad y cooperación, los Estados habrán de adaptar sus ordenamientos internos al Estatuto de Roma para asegurar el enjuiciamiento y la adecuada cooperación con este tribunal. Fruto de este intento de adaptación es la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Esta ley parte del principio de la cooperación plena de España con la Corte, estableciendo cuáles son las autoridades competentes para su aplicación en nuestro ordenamiento, y cuáles son los órganos encargados de la representación y defensa procesal y de la relación y consulta con la Corte. Obviamente, el Gobierno juega un papel fundamental en la aplicación de dicha Ley, junto con el Ministerio de Justicia, que va a ser

el encargado de la relación entre la Corte, por un lado, y los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal, por otro, aunque contando en todo caso con el Ministerio de Asuntos Exteriores, de Defensa y del interior, cuando el acto en concreto afecte a sus competencias.

Finalmente, en el art.22 de la Ley de Cooperación se regula la ejecución de las penas en España. Yendo más allá, de acuerdo con el art.103 del Estatuto y la Disposición adicional única de la L.O. 6/2000, de 4 de octubre, por la que España ratifica el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se contempla la posibilidad de que el condenado sea trasladado para el cumplimiento de la pena en un establecimiento penitenciario español. Así, y dado que esta actividad depende del ofrecimiento voluntario de los Estados, España, conforme al art.103.1 c) del Estatuto, se ha ofrecido a cooperar con la Corte en la ejecución de las penas. En la Disposición Adicional Única antes mencionada, “España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española”.

### 3.2.- Otros tribunales: Tribunales ad hoc, Tribunales especiales

#### Tribunales *ad hoc*

Tras las críticas formuladas a los Tribunales Militares Internacionales de la II Guerra Mundial, parecía poco probable que la experiencia de creación de tribunales ad hoc se volviera a repetir. Sin embargo, el nuevo clima instaurado tras la ruptura del mundo bipolar en 1989, hizo posible lo improbable. Ante los cruentos enfrentamientos acaecidos en la Antigua Yugoslavia y Ruanda, se crean por parte del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas dos tribunales *ad hoc* para sancionar las violaciones del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos cometidas en el seno de estos países. Ver: <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/repertoire/international-tribunals>

Aunque ambos Tribunales *ad hoc* nacen con el mismo fin, el de poner en marcha la responsabilidad penal internacional de los individuos, se trata de tribunales distintos nacidos para conflictos distintos. En efecto, como consecuencia del diferente tipo de conflicto armado que subyace en la creación de los dos Tribunales *ad hoc*, la competencia material de ambos comprende crímenes diferentes. Así, el Tribunal de la Antigua Yugoslavia conocería de las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2 de su Estatuto), las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra (artículo 3), el genocidio (artículo 4) y los crímenes contra la humanidad (artículo 5). En cambio, el Tribunal de Ruanda sería competente para perseguir a todas las personas responsables de genocidio (artículo 2 de su Estatuto), crímenes de lesa humanidad (artículo 3), y de las violaciones graves del DIH cometidas en Ruanda, es decir, las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional II a dichos Convenios (artículo 4).

Por último, la diferencia entre ambos tribunales se encontraba, incluso, en sus respectivas sedes, que en el caso del Tribunal de Ruanda radicaba en Arusha (Tanzania), mientras que la del Tribunal de la Antigua Yugoslavia estaba situada en la Haya. Ambos tribunales constituyeron un precedente y un impulso muy importante para la creación de la Corte

Penal Internacional. Tras finalizar sus funciones, fueron sustituidos por un Mecanismo de las Naciones Unidas para los Tribunales Penales Internacionales que permite que no queden cuestiones pendientes ante los mismos.

### Tribunales especiales

Sin embargo, no son los únicos tribunales existentes en el panorama del Derecho Internacional Penal. Desde los años 90 han visto la luz varios tribunales internacionalizados o mixtos, para hacer frente a vulneraciones graves del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en distintas partes del mundo. La presencia de elementos nacionales e internacionales hace que se califiquen dichos tribunales o salas como “Tribunales especiales”, “mixtos”, “híbridos” o “internacionalizados”.

En Timor Oriental, el Representante Especial o Administrador Transitorio en Timor Oriental, promulgó el Reglamento 2000/15, sobre el Establecimiento de Paneles con Jurisdicción Exclusiva sobre Crímenes Graves. Esta norma creaba así unos paneles de jueces mixtos o internacionalizados que se insertaban en el Tribunal de Distrito y en el Tribunal de Apelación de Dili. Los Paneles Especiales pusieron fin a sus trabajos el 20 de mayo de 2005. En sus cinco años de funcionamiento, los Paneles Especiales llevaron a cabo 55 enjuiciamientos, con el resultado de 84 condenas y 3 absoluciones. Por otro lado, en Camboya, también se crearon una serie de Salas Especiales inmersas en los Tribunales de este país, y que son el fruto de un prolongado proceso de negociación entre las Naciones Unidas y el Gobierno camboyano.

En Sierra Leona, el proceso fue similar al de Camboya y se creó un tribunal fruto de la Resolución 1315 del Consejo de Seguridad de 14 de agosto de 2000, y del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona. Mediante la Special Court Agreement, 2002, Ratification Act, 2002, adoptada por el Parlamento nacional, Sierra Leona ratificó este instrumento internacional, y así se creó este tribunal de naturaleza híbrida, que sigue en funcionamiento. Finalmente, contamos con el caso de Kosovo y de su Administración Internacional, en los que se optó por una serie de tribunales “internacionalizados”, creándose Paneles especiales para crímenes de guerra y el crimen organizado.

En cuanto al Tribunal Especial para el Líbano, hemos de señalar que es el único que contempla en su competencia el terrorismo de modo específico. El Estatuto del Tribunal Especial entró en vigor el 10 de junio de 2007. El mandato del Tribunal Especial para el Líbano contempla el enjuiciamiento de los responsables del atentado del 14 de febrero de 2005, que causó la muerte del ex primer ministro libanés Rafiq Hariri en Beirut. No obstante, la competencia del Tribunal podría extenderse más allá del 14 de febrero 2005 si el Tribunal determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1 de octubre de 2004 y 12 de diciembre 2005 poseen una naturaleza y gravedad similar a la del atentado mencionado. La sentencia de 18 de agosto de 2020 determina que han sido probados cinco cargos contra Salim Jamil Ayyash: conspiración para cometer acto terrorista, comisión de acto terrorista, homicidio con premeditación del ex primer ministro, homicidio de 21 personas y tentativa de homicidio intencional respecto de las 226 personas heridas<sup>2</sup>. Se trata de una sentencia que sienta un precedente muy importante en el ámbito internacional.

---

<sup>2</sup>La sentencia puede consultarse en: <https://www.stl-tsl.org/crs/assets/Uploads/20200818-F3839-PUBLIC-Full-Judgement-Annexes-FILED-EN-WEB-Version-v0.2.pdf>

#### 4. La jurisdicción universal: concepto y práctica

De todos los principios que permiten la extraterritorialidad, es el principio de jurisdicción universal el que merece una mayor atención, puesto que juega un papel importantísimo respecto de las infracciones del Derecho Internacional Penal. El principio de jurisdicción universal implica que cualquier Estado puede conocer de determinados delitos, con independencia del lugar de comisión de éste y de la nacionalidad del autor y de la víctima.

El principio de jurisdicción universal ha sido recogido en distintos convenios internacionales para supuestos de actos cometidos en espacios no sometidos a la soberanía de los Estados, siendo el supuesto clásico el de la piratería en Alta Mar. Actualmente se ha extendido a otros actos que atentan contra intereses comunes. Pero el principio de jurisdicción universal no sólo se encuentra contenido en normas convencionales, sino que actualmente podemos considerar que se abre camino una norma consuetudinaria en este sentido respecto de su aplicación a ciertos crímenes. Este es el caso del narcotráfico, la piratería, la esclavitud, y el genocidio, así como de las infracciones graves contra los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I de 1977, la tortura, los secuestros, el apartheid, los ataques contra buques y aeronaves, la toma de rehenes y algunos ataques contra el personal de las Naciones Unidas, discutiéndose si se extiende también a los bienes culturales recogidos en el Convenio para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954.

Las dificultades prácticas que entraña la aplicación del principio de jurisdicción universal son múltiples. Así, por ejemplo, es difícil la obtención de pruebas en un país diferente de aquél en donde el crimen fue cometido, y también es complicado el inicio de investigaciones y diligencias previas sin contar con la presencia del presunto culpable en el territorio. De igual modo, es preciso tener en cuenta que las situaciones en que se cometen los crímenes mencionados suelen producirse en el marco de un conflicto armado, un golpe de Estado u otra situación de crisis interna, lo que se traduce en la práctica en la necesidad de reconciliación mediante la promulgación de amnistías o perdones. Por otro lado, la actuación de los jueces nacionales puede incidir en las relaciones diplomáticas internacionales cada vez que el sospechoso o el acusado es un órgano del Estado en ejercicio. Pero, en definitiva, la gran objeción que de facto pueden formular los Estados al principio de jurisdicción universal es la presunta injerencia en los asuntos internos de un país que puede suponer su aplicación.

España ha sido un referente en la aplicación de este principio. Antes de ser reformado por primera vez, el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecía que los jueces españoles eran competentes "para conocer los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional" que estuviesen tipificados como delitos de derecho internacional (genocidio, terrorismo, piratería, etc.) según la ley penal española. Posteriormente, mediante la Ley Orgánica 2/2015 se llevó a cabo una reforma de dicha disposición que, limitando la aplicación de la jurisdicción universal, aún salvaguardaba la misma puesto que dejaba abierto el cajón de sastre de lo dispuesto en los tratados internacionales ("Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos"). Sobre las sucesivas reformas, ver: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo6-1985.11t1.html#a23](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.11t1.html#a23)

Sin embargo, la última reforma del art. 23 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2014 eliminó prácticamente la jurisdicción universal de nuestro ordenamiento e implicó el archivo de causas relacionadas con genocidios –en el Tíbet, Ruanda o Guatemala– y otras tan relevantes como la persecución al movimiento Falun Gong, los vuelos de la CIA, las torturas en Guantánamo o el asesinato del cámara José Couso por tropas estadounidenses en 2003 durante la guerra de Irak.

#### BIBLIOGRAFÍA:

-CASANOVAS, O, Y RODRIGO, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6ªed., 2017, pp.546-563.

-ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Los Tribunales Penales Internacionales” en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 979-9898.

#### LEGISLACIÓN NACIONAL:

-Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Jefatura del Estado, «BOE» núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, Referencia: BOE-A-2003-22715. Esta documentación puede ser consultada en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-22715-consolidado.pdf>

-Ley Orgánica 1/2014, <https://www.boe.es/eli/es/lo/2014/03/13/1>

-Reformas del art.23 de la LOPJ de 1995

[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo6-1985.11t1.html#a23](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.11t1.html#a23)

#### PÁGINAS WEB:

- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia <https://www.icty.org/>

-Tribunal Penal Internacional para Ruanda <https://unictr.irmct.org/>

-Mecanismo de las Naciones Unidas para los Tribunales Penales Internacionales <https://www.irmct.org/en>

-Salas Especiales Tribunal Camboya <https://www.eccc.gov.kh/en>

-Tribunal Especial para el Líbano <https://www.stl-tsl.org/en>

-Tribunal Especial y Tribunal Especial Residual para Sierra Leona <http://rscsl.org/>

-Corte Penal Internacional <http://www.icc-cpi.int>

## Tema 21

### **La responsabilidad internacional del Estado. El hecho ilícito internacional: concepto y reglas de atribución al Estado. Causas de exoneración y modificación de la responsabilidad internacional. La reparación. El régimen particular de la responsabilidad por actos no prohibidos. La responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales**

Sumario: 1. Contextualización. 2. La responsabilidad internacional del Estado. 2.1. Concepto. 2.2. El proceso codificador. 3. El hecho ilícito internacional: concepto y reglas de atribución al Estado. 3.1. Concepto y elementos del hecho ilícito internacional. 3.2. La atribución y sus reglas. 3.2.1 Regla general. 3.2.2. Reglas particulares. 3.3. La violación de una obligación internacional. 4. Causas de exoneración y modificación de la responsabilidad internacional. 4.1. Consentimiento. 4.2. Legítima defensa. 4.3. Contramedidas. 4.4. Fuerza mayor. 4.5. Peligro extremo. 4.6. Estado de necesidad. 5. La reparación. 5.1. Restitución. 5.2. Indemnización. 5.3. Satisfacción. 6. El régimen particular de la responsabilidad por actos no prohibidos. 7. La responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales

#### **1. Contextualización**

Como en todos los ordenamientos jurídicos, también en Derecho internacional se producen vulneraciones de las normas. Los Derechos internos prevén sistemas muy elaborados para determinar la responsabilidad jurídica de los sujetos infractores. Dichos sistemas reflejan el carácter centralizado, jerárquico, institucionalizado y formalista de los Derechos internos. En Derecho internacional, la cuestión relativa a las consecuencias de la infracción de normas y el incumplimiento de obligaciones jurídicas gira en torno a la noción de responsabilidad internacional. Los principios y normas que regulan las relaciones de responsabilidad entre los sujetos internacionales reflejan el carácter descentralizado, parcialmente institucionalizado y escasamente formalista del Derecho internacional.

#### **2. La responsabilidad internacional del Estado**

##### *2.1. Concepto*

En su concepción tradicional, la responsabilidad internacional es una relación jurídica entre sujetos de Derecho internacional que surge a raíz de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, o hecho que infringe el Derecho internacional. Más recientemente, se ha admitido además la responsabilidad objetiva o por riesgo, derivada de la realización de ciertas actividades no prohibidas, pero que pueden causar daños a terceros.

La relación de responsabilidad generada por la comisión del hecho ilícito internacional es una relación, en principio, de Estado a Estado. Sin embargo, el desarrollo de la sociedad internacional contemporánea ha propiciado la aparición de nuevos sujetos, activos o pasivos, de responsabilidad internacional, como las organizaciones internacionales o, de forma muy limitada, el individuo (en el caso de comisión de ciertos crímenes internacionales). Además, la relación de responsabilidad internacional es, por regla general, una relación bilateral y directa entre el Estado titular del derecho lesionado y el Estado al que se atribuye el hecho ilícito. Este carácter estrictamente bilateral puede variar en el caso de que se vulneren obligaciones *erga omnes*, debidas a la comunidad internacional en su conjunto, cuyo cumplimiento podría ser exigido por cualquier Estado.

La responsabilidad internacional tiene como consecuencias jurídicas el surgimiento de dos obligaciones: la obligación de cesar o poner fin al comportamiento ilícito, y la obligación de reparar el daño causado por parte del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito, o Estado responsable.

Por último, la responsabilidad internacional del Estado (o de las organizaciones internacionales) no es nunca de naturaleza penal. En Derecho internacional, solo el individuo puede incurrir en responsabilidad penal por la comisión de ciertos crímenes internacionales.

## 2.2. El proceso codificador

El indudable interés de la materia, así como su profunda evolución reciente, han dado pie a un importante esfuerzo de codificación de las reglas y principios que regulan la responsabilidad internacional. Precedida por iniciativas tanto privadas como oficiales, la obra codificadora principal ha sido realizada bajo los auspicios de la ONU en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Los trabajos de codificación de la responsabilidad internacional del Estado recibieron su primer impulso de la Asamblea General en 1953 y culminaron en el *proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, presentado por la CDI en 2001. Este proyecto de artículos no ha sido transformado en un tratado internacional, pero es una referencia clave en el estudio jurídico de la responsabilidad internacional, que seguiremos en la exposición del presente tema.

## 3. El hecho ilícito internacional: concepto y reglas de atribución al Estado

### 3.1. Concepto y elementos del hecho ilícito internacional

Tomando como referencia a Pérez González, el hecho ilícito internacional puede definirse como un hecho atribuible a un sujeto jurídico-internacional (Estado u otro sujeto), que constituye una violación o infracción del Derecho internacional y lesiona derechos de otro sujeto jurídico-internacional (Estado u otro sujeto), o incluso derechos e intereses de la comunidad internacional, y que da lugar a la responsabilidad internacional del sujeto autor del hecho.

La CDI, en el artículo 2 de su proyecto de artículos (2001), señala que “hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) es atribuible al Estado según el Derecho internacional; y b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado”. Los dos elementos constitutivos



del hecho ilícito internacional son así el elemento de la atribución y el elemento de la violación.

### 3.2. La atribución y sus reglas

#### 3.2.1. Regla general

Para que exista el hecho ilícito internacional de un Estado es necesario que una determinada conducta (activa u omisiva) pueda ser atribuida a dicho Estado. La atribución es aquella ficción jurídica mediante la cual la conducta de determinadas personas, en función de su relación con el Estado, es imputada a dicho Estado. La CDI ha identificado y codificado diversas reglas de atribución.

La regla fundamental, que refleja el Derecho internacional consuetudinario, es que se atribuye al Estado el comportamiento de todo órgano estatal, ya ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, sea cual sea su posición en la organización estatal, y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. Junto a esta regla, general y clara, existen otras que regulan la atribución de un hecho a un Estado en casos particulares.

#### 3.2.2. Reglas particulares

Es atribuible al Estado el comportamiento de una persona o entidad que no sea formalmente un órgano del Estado, pero esté facultada por el Derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que actúe en esa capacidad. Como señala Shaw, esta regla cubre la conducta de entidades privatizadas que conservan algunas funciones públicas o regulatorias: empresas de seguridad autorizadas a gestionar establecimientos penitenciarios, o compañías aéreas que llevan a cabo controles de inmigración.

También es atribuible al Estado el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que dicho órgano ejerza atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra. El órgano en cuestión (funcionarios que gestionan un servicio público, órgano judicial, unidad policial o sanitaria) debe quedar bajo el control pleno del Estado a cuya disposición ha sido puesto. Esto significa que, *a sensu contrario*, no se atribuyen al Estado en cuyo territorio actúan los comportamientos de representantes de Estados extranjeros, funcionarios de bases militares extranjeras, o misiones de paz de la ONU u otras organizaciones.

Es asimismo atribuible al Estado el comportamiento de un órgano estatal, o el de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público (siempre que actúen en esa capacidad) aunque se excedan en su competencia o contravengan las instrucciones del Estado. Se trata aquí de los denominados actos *ultra vires*, que pueden ser atribuidos al Estado y generar responsabilidad internacional. Un ejemplo sería el de una unidad de policía encargada de proteger a una personalidad extranjera que, sin embargo, vulnera esas instrucciones y pone en riesgo la seguridad de dicha persona, causándole daños.

También se atribuirá al Estado el comportamiento de personas, o grupos de personas, si actúan de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de dicho Estado. Un

ejemplo podría ser el de una guerrilla que actúa en un Estado, pero actúa bajo el control efectivo o las instrucciones de otro Estado. No basta con que dicho control sea general, sino que ha de ser específico para cada operación en la que se hayan cometido violaciones de normas internacionales. Las circunstancias en que esta regla resulta de aplicación han de apreciarse en cada caso concreto, como muestran los asuntos *Nicaragua (1986)*, *Tadic (1999)* o *Aplicación de la Convención sobre el genocidio (2007)*.

Además, es atribuible al Estado el comportamiento de una persona, o grupo de personas, que ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales, en circunstancias tales que requieren el ejercicio de estas funciones. Un ejemplo sería el caso, durante la segunda guerra mundial, de personas que espontáneamente asumieron la gestión de los servicios públicos en ciudades invadidas de las que habían huido las autoridades locales. Esta misma situación puede darse en el caso de catástrofes naturales.

Las conductas de los movimientos insurreccionales no son atribuibles al Estado, salvo que el movimiento insurreccional triunfe y se convierta en el nuevo gobierno del Estado. Si el movimiento insurreccional logra establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente, su comportamiento se atribuirá al nuevo Estado.

Por otro lado, el comportamiento que no sea atribuible al Estado según las reglas precedentes, sí será atribuido si dicho Estado reconoce y adopta dicho comportamiento como propio. Un ejemplo sería la asunción de las autoridades iraníes de los hechos ilícitos cometidos por militantes revolucionarios de ese país contra la legación y el personal diplomático y consular de los Estados Unidos, asunción que se produjo al dar Irán a tales hechos su aprobación oficial.

Finalmente, los hechos realizados por particulares no son atribuibles al Estado, aunque tales hechos lesionen los derechos de otro Estado, o comporten daños a personas o bienes extranjeros. Ahora bien, el Estado territorial incurriría en responsabilidad internacional si, ante hechos ilícitos de particulares, incumple su obligación internacional de proteger en su territorio a otros Estados (legaciones diplomáticas, bienes), y a sus representantes y nacionales, o si incumple su obligación de perseguir y sancionar a quienes atenten contra los derechos de estos. Pero en estos casos, el Estado no incurriría en responsabilidad por hechos realizados por particulares, sino por el incumplimiento, por acción u omisión, de sus propias obligaciones jurídico-internacionales.

### 3.3. *La violación de una obligación internacional*

El segundo elemento del hecho internacional ilícito requiere que la conducta atribuible al Estado constituya una violación de una obligación internacional de dicho Estado. Dicha obligación puede derivar de cualquier fuente de Derecho internacional: tratado, costumbre, principio general, acto vinculante de una Organización Internacional, sentencia de un tribunal internacional, o incluso un acto unilateral del Estado.

En cuanto al elemento temporal, la obligación internacional debe estar en vigor para el Estado en el momento en que se produce el hecho. Si el hecho no es puntual o instantáneo, sino continuo, la violación se produce durante todo el tiempo que tal hecho perdura. Si la obligación del Estado consiste en prevenir un determinado acontecimiento, la violación

tiene lugar en el momento en que este se produce, y se mantiene mientras el acontecimiento dura siendo contrario a una obligación internacional.

#### **4. Causas de exoneración y modificación de la responsabilidad internacional**

Existen determinadas circunstancias excepcionales que excluyen la ilicitud de la conducta del Estado, porque hacen definitiva o temporalmente inoperante la obligación internacional que, de no concurrir tales circunstancias, sería violada. La exclusión de la ilicitud de la conducta del Estado lleva aparejada la exclusión de su responsabilidad internacional. Ahora bien, ninguna de las causas que se examinarán a continuación puede ser invocada frente a violaciones de normas imperativas de Derecho internacional (*ius cogens*).

Las circunstancias que excluyen la ilicitud, según la CDI, son:

##### *4.1. Consentimiento*

Se trata del consentimiento del Estado perjudicado, que debe ser válido, es decir, no viciado por coacción, error o dolo. Como el consentimiento del Estado no excluye la ilicitud de la violación de una norma de *ius cogens*, no podrá invocarse, por ejemplo, en el caso en que un Estado acepte ser sometido a un régimen de protectorado por parte de otro Estado.

##### *4.2. Legítima defensa*

La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa conforme a la Carta de las Naciones Unidas, que en su artículo 51 recoge la legítima defensa como excepción al principio de prohibición del uso de la fuerza.

##### *4.3. Contramedidas*

Si un Estado realiza un hecho ilícito internacional que perjudica a otro Estado, este puede adoptar contramedidas, es decir, reaccionar mediante un comportamiento que, de no ser una reacción a un hecho ilícito previo, sería un hecho ilícito internacional. Para que este tipo de contramedidas (represalias) sean lícitas, y no generen responsabilidad internacional, deben ser proporcionales al hecho ilícito internacional sufrido. Un ejemplo sería la interrupción de las relaciones comerciales o de las comunicaciones reguladas en un tratado en el que ambos Estados son partes, cuando la interrupción es la respuesta a un hecho ilícito previo. Las contramedidas, para excluir la ilicitud y no generar responsabilidad internacional, no pueden consistir en el uso de la fuerza.

##### *4.4. Fuerza mayor*

El comportamiento estatal contrario a una obligación internacional no es ilícito si se debe a una fuerza irresistible o a un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible cumplir con la obligación. Ejemplos de fuerza mayor son la entrada de una aeronave de Estado en el espacio aéreo de otro Estado sin autorización, a causa de avería, pérdida de control o tempestad, o los casos de arribada forzosa de buques de guerra en la navegación marítima. No puede invocarse fuerza mayor si esta se debe al comportamiento del Estado que la invoca, o si este ha asumido el riesgo de que se produzca.

##### *4.5. Peligro extremo*

El comportamiento estatal contrario a una obligación internacional no es ilícito si el autor del hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado. No cabe invocar peligro extremo si este se debe al comportamiento del Estado que lo invoca, o si el hecho crea un peligro comparable o mayor. Los ejemplos de hechos cuya ilicitud se excluye a causa de peligro extremo suelen ser de nuevo invasiones del espacio aéreo o arribadas forzosas. La diferencia con la fuerza mayor es que en el peligro extremo el autor del hecho dispone, en principio, de un margen mayor de decisión en relación con su conducta.

#### 4.6. Estado de necesidad

Una conducta del Estado no es ilícita si es el único medio para salvaguardar un interés esencial de dicho Estado contra un peligro grave e inminente, y no afecte gravemente al interés de los Estados con respecto a los cuales la obligación internacional ha sido violada, o a la comunidad internacional en su conjunto.

El estado de necesidad hace referencia a un peligro grave para la existencia del Estado, para preservar sus servicios esenciales, para la supervivencia de una parte de su población, o para la conservación medioambiental de su territorio. Shaw cita el ejemplo de un petrolero de bandera liberiana que encalló frente a las costas del Reino Unido, vertiendo grandes cantidades de petróleo. El Reino Unido bombardeó el petrolero, invocando un estado de necesidad.

El estado de necesidad no puede invocarse si el Estado que lo hace es responsable de que se produzca, o si la obligación internacional de que se trate excluye dicha invocación.

### 5. La reparación

Como señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *asunto de la Fábrica de Chorzow* (1928) “es un principio de Derecho internacional, e incluso una concepción general del Derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar”. La responsabilidad internacional de Estado está concebida en términos esencialmente reparatorios- no punitivos o sancionadores- y por ello la reparación del daño causado por el incumplimiento de una obligación internacional tiene una importancia esencial.

La reparación asume distintas formas en función de la naturaleza del daño causado, que habrán de aplicarse de forma única o combinada en cada caso concreto. En Derecho internacional, las tres formas de reparación son:

#### 5.1. Restitución

Consiste en restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito. Podrá aplicarse siempre que no sea materialmente imposible (asesinato de una persona, desaparición o destrucción de bienes), o que no entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con el beneficio que supondría en lugar de la indemnización. Ejemplos de *restitutio in integrum* pueden ser la restitución de personas, la devolución de documentos, cantidades o bienes, anulación de medidas, o la restitución de derechos.

#### 5.2. Indemnización

En la medida en que el daño causado por el hecho ilícito no sea reparado por la restitución, el Estado responsable deberá indemnizar dicho daño. La indemnización cubrirá todo el daño susceptible de evaluación monetaria, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, en la medida en que este sea comprobado. También cubre daños no materiales o morales en la medida que puedan ser cuantificables.

### 5.3. Satisfacción

Cubre daños no susceptibles de compensación o indemnización monetaria, que no pueden ser reparados mediante restitución o indemnización. Puede consistir en disculpas formales, reconocimiento del ilícito cometido, sanción de los agentes estatales culpables, o garantías de no repetición. La satisfacción se dirige a reparar el daño moral causado al Estado, o a reparar el honor del mismo.

## 6. El régimen particular de la responsabilidad por actos no prohibidos

Como señala Pérez González, la noción de responsabilidad objetiva, o responsabilidad por riesgo, designa la responsabilidad resultante de actividades no prohibidas, pero potencialmente causantes de daños, debido a que comportan riesgos excepcionales. Ello lleva a distinguir dos tipos de responsabilidad internacional: la responsabilidad por hecho ilícito y la responsabilidad sin hecho ilícito o por riesgo.

Las reglas y principios relativos a la responsabilidad por hechos no prohibidos suelen contenerse en convenios particulares, cuyo alcance es limitado. En ocasiones se centran en establecer formas de cooperación para prevenir daños. Otras veces regulan específicamente la reparación de los daños. Las actividades peligrosas que pueden dar lugar a esta responsabilidad por riesgo son, por ejemplo, las actividades espaciales, la utilización pacífica de la energía nuclear, y las actividades que puedan causar contaminación transfronteriza o contaminación del mar por hidrocarburos u otras sustancias.

En 2001, la CDI aprobó un *proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, destinados a aplicarse a actividades no prohibidas por el Derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo “sensible”, es decir, un daño que sea más que simplemente detectable, sin que deba llegar a ser serio o sustancial para generar responsabilidad internacional. El Estado de origen (es decir, el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control, se planifican o realizan las actividades peligrosas) está obligado a adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o minimizar el riesgo de causarlo. El Estado de origen ha de actuar con la diligencia debida (criterio clave) a la hora de adoptar estas medidas preventivas, lo que conlleva la obligación de estar actualizado en materia científica y tecnológica.

Los Estados interesados están obligados a cooperar de buena fe y recabar la asistencia de las organizaciones internacionales competentes para prevenir daños y minimizar riesgos. El Estado de origen, antes de autorizar actividades peligrosas que puedan causar daños transfronterizos, evaluará el posible daño, así como el impacto ambiental de la actividad. Si dicha evaluación muestra que puede causarse un daño transfronterizo sensible, deberá informar de ello al Estado que pueda resultar afectado, y no autorizará la actividad peligrosa hasta no recibir respuesta de este último. Los Estados interesados deberán celebrar

consultas y llegar a un “equilibrio equitativo de intereses” respecto de la actividad de que se trate.

En 2006, la CDI adoptó los *principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, que subrayan la necesidad de que cada Estado adopte las medidas necesarias para que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas reciban una pronta y adecuada indemnización. Entre tales medidas se contempla la asignación de responsabilidad al explotador de la actividad sin necesidad de que conste prueba de la culpa.

Este enfoque se aleja en parte del paradigma clásico de las relaciones bilaterales de responsabilidad entre Estados, y pone el acento en la prevención y en la cooperación internacional.

## **7. La responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales**

En tanto que sujetos de Derecho internacional con personalidad jurídica propia, las Organizaciones Internacionales pueden entrar en relaciones de responsabilidad internacional con otros sujetos. Si una Organización Internacional comete un hecho ilícito, el mismo tendrá como consecuencias jurídicas dos obligaciones: la obligación de cesar en el comportamiento ilícito y la obligación de reparar el daño causado.

En 2011, la CDI aprobó un *proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las Organizaciones Internacionales*, que sigue las líneas generales de las reglas de la responsabilidad internacional de los Estados, con las adaptaciones apropiadas. Así, hay hecho ilícito internacional de una organización cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible a esa organización y constituye una violación de una obligación internacional de esa organización. El comportamiento de un órgano o agente de la organización en el ejercicio de sus funciones será atribuible a esa organización cualquiera que sea la posición del órgano o agente en la misma, incluso si dicho órgano o agente excede sus competencias o contraviene las instrucciones recibidas.

La organización que ayude o asista a un Estado u otra organización en la comisión de un hecho ilícito incurre en responsabilidad internacional si lo hace conociendo las circunstancias del hecho ilícito, y si este fuese ilícito si lo hubiese cometido la organización. Las Organizaciones Internacionales también pueden beneficiarse de las mismas circunstancias que excluyen la ilicitud que son aplicables a los Estados.

También es posible que un Estado miembro de una Organización Internacional sea responsable por un hecho ilícito de esa organización si el Estado miembro ha aceptado la responsabilidad por ese hecho para con la parte lesionada, o si ha inducido a la parte lesionada a confiar en su responsabilidad. Un ejemplo de esto último se daría si los Estados miembros inducen a un tercero a suponer que se subrogarían en las obligaciones de la organización responsable si esta no dispusiera de los fondos necesarios para reparar un eventual perjuicio. Esta responsabilidad puede ser subsidiaria respecto de la responsabilidad de la organización internacional, o bien mancomunada y solidaria, según los casos. Fuera de estos supuestos, no existe ninguna norma internacional general en virtud de la cual los Estados miembros son, por razón únicamente de su condición de miembros, responsables conjunta o subsidiariamente de las obligaciones de una organización internacional.

Algunos casos particulares de responsabilidad internacional se han planteado en el contexto de las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU. La ONU ha aceptado en ocasiones la responsabilidad por los actos de las fuerzas de mantenimiento de la paz, y reparado los daños resultantes. La cuestión clave en estos casos es si las fuerzas en cuestión actúan bajo el control efectivo de la organización o del Estado de procedencia.

### **Bibliografía y páginas web**

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 24ª edición, 2020, pp. 575-611.

PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “La responsabilidad internacional (I): el hecho internacionalmente ilícito”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 843-871

PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “La responsabilidad internacional (II)”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, pp. 872-899

SHAW, M.: “State Responsibility”, *International Law*, 8th edition, 2017, pp. 589-639

VAL GARIJO, F.: “Organizaciones Internacionales y Estados Miembros. Problemas generales en materia de responsabilidad internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 16, diciembre 2008. [www.reei.org](http://www.reei.org)

Comisión de Derecho Internacional, <https://legal.un.org/ilc/>

## Tema 22

### **Las Organizaciones Internacionales: concepto, clases caracteres y funciones. La personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales. Régimen jurídico y estructura orgánica. Competencias. Actos y procedimientos de adopción de decisiones.**

Sumario: 1. Introducción: origen de las organizaciones internacionales. 2. Concepto y clasificación de las Organizaciones Internacionales: 2.1. Concepto y Caracteres 2.2. Clases. 3. La personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales: 3.1. La personalidad jurídica en los Derechos Internos. 3.2. *La personalidad jurídica internacional. La subjetividad internacional.* 4. Estructura orgánica. 5. La adopción de decisiones: 5.1. La formación de la voluntad. 5.2. Los medios de acción.

#### **I. Introducción: origen de las Organizaciones Internacionales.**

El Derecho Internacional Clásico se basaba esencialmente en relaciones horizontales entre Estados y, por tanto, sus normas eran fundamentalmente de coordinación que tenían como finalidad favorecer la coexistencia entre los Estados y la cooperación entre estos para conseguir sus intereses, siendo en este escenario las relaciones básicamente bilaterales y así lo ponía de manifiesto el TPJI, en el asunto Lotus. Sin embargo, esta realidad internacional descrita por el TPJI en 1927 dista mucha de la actual que se caracteriza por los siguientes elementos: a) un aumento significativo del número de Estados ha conllevado una intensificación de las diferencias de todo tipo entre ellos; b) la aparición de nuevas necesidades que ha generado una mayor interdependencia entre los Estados. En este nuevo escenario se hace evidente la necesidad de una acción concertada para la consecución de nuevos intereses colectivos, revelándose como necesarias las organizaciones internacionales.

Así pues, en el momento actual nos encontramos ante un sistema internacional heterogéneo en el que, junto a los Estados soberanos, las organizaciones internacionales, desempeñan un rol esencial al ser capaces de adoptar decisiones autónomas y ejercer funciones específicas<sup>1</sup>. Ciertamente, la aparición de la Organización Internacional (OI) no ha supuesto el desplazamiento del Estado a un segundo plan; muy al contrario, estos siguen siendo los sujetos preponderantes del Derecho Internacional y la sociedad internacional sigue siendo básicamente un orden jurídico de yuxtaposición<sup>2</sup>. En cualquier caso, no puede pasarse por alto el papel esencial que la aparición de las organizaciones internacionales

<sup>1</sup> J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 17ª Ed., Tecnos, 2013, p. 661.

<sup>2</sup> Ibid.



(OOII) ha desarrollado tanto en la institucionalización de determinados ámbitos materiales como en la creciente humanización del Derecho Internacional<sup>3</sup>.

Podemos situar el momento histórico en el que aparecen las OOII en el periodo que va desde 1815 hasta 1914, un periodo de paz relativa -fin de las guerras napoleónicas hasta el estallido de la I Guerra Mundial-, en el que además se produce un avance científico y tecnológico que abre la vía a nuevas posibilidades de relación y cooperación de los Estados más allá de la bilateral. En este escenario, dos son los elementos que posibilitan la aparición de las OOII: a) la multiplicación de Conferencias Internacionales y la aparición del tratado multilateral y b) el establecimiento de estructuras institucionales permanentes –sobre todo por la necesidad de crear administraciones internacionales dotadas de determinados poderes de decisión, control y ejecución en ámbitos como las comunicaciones o el transporte-<sup>4</sup>.

Así, surge la **primera generación de OOII**, conformada por las Comisiones Fluviales – cuyo objetivo es la regulación de la navegación por los ríos internacionales, como la Comisión Central del Rin (1831) o la Comisión Europea del Danubio (1856)- y las Uniones Administrativas Internacionales (coordinación económica y técnica) –que persiguen canalizar de forma permanente e institucionalizada la acción concertada de los Estados en sectores técnicos, como la Unión Postal Universal (1874), la Oficina Internacional de pesos y medidas (1875) o la Oficina Central de Transportes Internacionales por Ferrocarril (1890)-.

Tras la I Guerra Mundial surge una **segunda generación de OOII** con la creación de la Sociedad de Naciones (SDN) [1919] y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) [1919]; esta segunda “fase” de evolución de las OOII se caracteriza, por una parte, por la vocación de universalidad de las Organizaciones y por profundizar en la cooperación en ámbitos no abordados hasta ahora como son el económico y el político. La SDN constituirá un modelo a nivel institucional para las OOII que aparezcan a partir de ese momento. En el marco de esta segunda generación, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) [1945] juega un papel estelar ya que i) refuerza el universalismo, ii) hace más compleja la estructura orgánica de las organizaciones y iii) amplía el abanico de competencias, así como su capacidad de decisión.

Cómo señala Sobrino, a partir de la II Guerra Mundial las OOII van a conocer una espectacular proliferación, propulsada por dos fenómenos: el de la revitalización de los organismos técnicos y el de la institucionalización del regionalismo internacional a través de la creación de OOII regionales<sup>5</sup>.

Finalmente, podríamos hablar de una **tercera generación de OOII** para referirnos a aquellas creadas para gestionar parte del Patrimonio Común de la Humanidad, como es el caso de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (1994).

## 2. Concepto y clasificación de las Organizaciones Internacionales.

### 2.1. Concepto y caracteres

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> J. M. Sobrino Heredia, “Las Organizaciones Internacionales: Generalidades”, en *Las Organizaciones Internacionales* (M. Díez de Velasco, J. M. Sobrino Heredia (Coord.)), 16ª Ed. Tecnos, p. 40.

<sup>5</sup> Ibid. p. 42.

Lo cierto es que adoptar un concepto de organización internacional no es una tarea fácil ya que, por una parte, se trata de una realidad en continua evolución y, por otra, las diferencias de estructura, objeto y competencias entre ellas son enormes. No obstante, partiendo de una generalización, la doctrina ofrece algún concepto que podemos entender como satisfactorio partiendo de la enumeración de los rasgos esenciales de las mismas: “asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros”<sup>6</sup>.

Así, en esta definición se incluyen los caracteres esenciales que diferencia a la OI de otras realidades: su composición esencialmente interestatal, la base jurídica básicamente convencional, estructura orgánica permanente, autonomía jurídica y cooperación para la consecución de intereses comunes.

Si bien es cierto que la composición de las OOII ha venido siendo esencialmente interestatales, lo cierto es que en los últimos tiempos la práctica ofrece ejemplos de OOII que permiten que otras OOII se incorporen como miembros de pleno derecho (Como la UE en la OMC).

Por otra parte, el elemento de la base jurídica convencional constituye un rasgo diferenciador de las OOII de otras realidades como puedan ser ciertos organismos subsidiarios de OOII preexistentes -que son fruto de derecho derivado de estas- o de las Organizaciones no Gubernamentales (ONGs) cuya base jurídica es un acto de derecho interno.

Asimismo, la tenencia de una estructura orgánica permanente distingue a las OOII de las Conferencias Internacionales.

## 2.2. Clases

Siendo cierto que la clasificación de las OOII resulta una tarea de gran interés, pues permitirá desarrollar y profundizar en su definición, realizarla no es fácil debido a la heterogeneidad de la realidad objeto de análisis<sup>7</sup>. Así, son muy diversos los criterios que la doctrina ha venido utilizando para este menester, aunque parece existir un cierto consenso en utilizar los siguientes: i) por su composición o participación, ii) por sus fines o competencias y iii) por el método de cooperación.

2.2.1. Criterio de la composición o participación: siguiendo este criterio podemos distinguir entre **organizaciones abiertas** potencialmente a la participación de todos los Estados y **organizaciones restringidas**, que sólo permiten la participación a aquellos Estados que reúnan una serie determinada de condiciones.

Por su parte, en el caso de las OOII restringidas, podríamos hablar de dos categorías a su vez: organizaciones internacionales cerradas y semicerradas. Hablamos de **OOII cerradas** para referirnos a aquellas que no permiten la incorporación de ningún miembro aparte de aquellos que la crearon y son miembros desde el origen. Por su parte, hablamos de **OOII**

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> J.A. Pastor Ridruejo, *op. cit.*, p. 672.

**semicerradas** en el caso de aquellas que, si bien permiten la incorporación de miembros nuevos, estos deben cumplir una serie de requisitos, pudiendo estos consistir en la pertenencia a una determinada área geográfica, o en la existencia de intereses comunes del tipo que sea (económicos, políticos, militares, etc), o bien en una combinación de ambos.

Asimismo, atendiendo al criterio de la composición o participación podríamos hablar de organizaciones universales y regionales. Así, denominaríamos organizaciones de **vocación universal** a aquellas OOI que, además de aspirar a estar compuestas por todos los Estados de la tierra, tienen como objeto la satisfacción de intereses universales. Por su parte, nos referiríamos a organizaciones **regionales** o de **carácter regional** para referirnos a aquellas que están restringidas a un número limitado de Estados que comparten afinidades objetivas y/o subjetivas, entre las que el elemento de proximidad geográfica ocupa un papel importante a diferentes escalas: inter-continental (OCI), continental (OEA), interregional (ALADI), regional (Consejo de Europa) o subregional (MERCOSUR).

2.2.2. Criterio de los fines o competencias: Atendiendo a este criterio distinguiremos entre OOI de **fines generales** y OOI de **fines específicos**. Las primeras son aquellas que poseen competencias en todas las materias que se estime útil y oportuno, bien sin limitaciones de ningún tipo, como es el caso de la ONU, o con la exclusión de determinados ámbitos, como es el caso del Consejo de Europa. Por el contrario, en el caso de las OOI de fines específicos, el tratado constitutivo determinará el ámbito material en el que ejercerá las competencias (económico, cultural, militar, etc.).

En cualquier caso, hemos de tener en cuenta que las competencias de las OOI son competencias de atribución, es decir, no se trata de competencias soberanas, si no de competencias que los Estados, a través del Tratado constituyente, asignan a las OOI a fin de que puedan conseguir o satisfacer los intereses comunes de los Estados miembros. Esta atribución puede realizarse de forma expresa en el tratado (competencias expresas) o deducirse de los fines atribuidos a la OI (competencias implícitas).

2.2.3. Criterio del método de cooperación: Siguiendo este tercer criterio podemos diferenciar entre OOI de **cooperación** y OOI de **integración o unificación** en base al reparto de competencias entre la organización y sus estados miembros. Así, estaríamos ante una OI de cooperación en aquellos casos en que sus miembros no han transferido competencias soberanas a la OI pretendiendo únicamente que esta sirva de foro para la cooperación y coordinación de las actividades de los Estados con el objetivo de alcanzar fines comunes (ej. Consejo de Europa). Por el contrario, nos encontraríamos ante el segundo tipo en aquellos supuestos en que se pretende la integración o unificación de sus Estados miembros y, para ello, se ceden competencias de los Estados a los órganos de la organización, produciéndose una verdadera transferencia de competencias soberanas a favor de las instituciones internacionales.

A esta doble categoría, algún autor añade otros dos tipos, que serían las OOI de control y las OOI operacionales<sup>8</sup>.

### 3. La personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales.

Como hemos apuntado, normalmente la OI se crea a través de un acto jurídico multilateral, anterior y exterior, generalmente un tratado internacional al que se denomina tratado

<sup>8</sup> J.A. Pastor Ridruejo, *op. cit.*, pp. 673-675.

constitutivo o instituyente, naciendo, la OI una vez entre en vigor dicho tratado. En este caso nos encontramos ante un tratado de doble naturaleza o dimensión: por un lado, tiene una dimensión convencional, en tanto que acuerdo entre diversos sujetos de Derecho Internacional, y, por otro, tiene una naturaleza constitucional ya que supone la “constitución” o creación de una nueva realidad en la vida internacional.

Una vez creada, la OI no es un mero foro donde los Estados pueden cooperar de forma más o menos permanente, sino que posee “una existencia jurídica propia distinta del conjunto de Estados que la componen”<sup>9</sup> a la que se fijan una serie de objetivos, para el cumplimiento de los cuales podrá manifestar su voluntad propia y relacionarse con otros sujetos de Derecho internacional, es decir, está revestida de una cierta capacidad de obrar o personalidad jurídica. Ciertamente, a diferencia de los Estados que poseen personalidad jurídica plena y general por el hecho de ser sujetos originarios del Derecho Internacional, en el caso de las OOI, su personalidad jurídica no será general sino que vendrá limitada a los objetivos y funciones que le fueron encomendados por el tratado constitutivo tratándose, en este caso, de una personalidad funcional.

Por tanto, las OOI gozan de personalidad jurídica propia, esto es, de la capacidad de ejercer ciertos derechos y asumir determinadas obligaciones en el marco de los sistemas jurídicos en los que actúa. En esta línea podemos hablar de la personalidad jurídica en los derechos internos y la personalidad jurídica internacional.

### *3.1. La personalidad jurídica en los Derechos Internos.*

Dado que las Organizaciones Internacionales no son sujetos de base territorial y actúan en el territorio de diferentes Estados para el cumplimiento de sus funciones, constituye una cuestión esencial la determinación de su personalidad jurídica ante los Derechos internos. Por ello, la mayor parte de los instrumentos constitutivos de las OOI reconocen la personalidad jurídica de éstas en los derechos internos, ya sea de forma general y abstracta o bien describiendo de forma detallada cuales son las capacidades concretas. La regulación incluida en los tratados constitutivos respecto de esta cuestión se completa por los acuerdos de sede que se concluyan entre la organización internacional y el Estado huésped, así como por los ordenamientos jurídicos nacionales.

En cualquier caso, en general las organizaciones gozarán de las siguientes capacidades: i) capacidad para contratar con terceros aquellas prestaciones que sean necesarias para su funcionamiento cotidiano, ii) poder realizar acciones respecto de bienes muebles e inmuebles y iii) podrán comparecer en juicio.

### *3.2. La personalidad jurídica internacional. La subjetividad internacional.*

Asimismo, para que las Organizaciones Internacionales puedan cumplir con los objetivos asignados se hace necesario que posean capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones también en el orden jurídico internacional, así como que puedan hacer valer

<sup>9</sup> J.M. Sobrino Heredia, “El estatuto jurídico de las Organizaciones Internacionales”, en *Las Organizaciones Internacionales* op. cit., p. 56.

internacionalmente estos derechos y responder en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Podemos entender que “el fundamento de la personalidad jurídica internacional de las OOII se encuentra en las “reglas de la Organización” que se hallan básicamente contenidas en los instrumentos constitutivos de la Organización, en sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con estos y en su práctica establecida”<sup>10</sup>. Por tanto, será del análisis de las competencias concretas de cada Organización de donde podremos extraer el contenido de la personalidad jurídica internacional que cada OI posea.

La dificultad en la determinación y alcance de esta personalidad jurídica internacional estriba en que tradicionalmente, en los tratados constitutivos, no se hacía referencia expresa a la misma. Por ello, y a fin de poder dar respuesta a la pregunta sobre si una organización internacional concreta posee o no personalidad jurídica podemos acudir a la *teoría de los poderes implícitos*, establecida por el TIJ en su Dictamen de 11 de abril de 1949, según la cual, la organización poseerá, además de aquellos establecidos en su carta constitutiva, todos los poderes necesarios para alcanzar los objetivos que se le han encomendado.

Las principales manifestaciones de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales son: i) la capacidad de celebrar tratados internacionales, ii) la capacidad de establecer relaciones internacionales, iii) la capacidad de participar en los procedimientos de solución de diferencias internacionales, iv) el derecho a participar en las relaciones de responsabilidad internacional.

3.2.1. Capacidad para celebrar tratados internacionales: las organizaciones internacionales pueden celebrar tratados internacionales con sus Estados Miembros, con terceros Estados y con otras Organizaciones Internacionales. Siendo esta afirmación clara para la doctrina clásica, se ve totalmente corroborada por la Convención sobre el Derecho de Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986). En cualquier caso, afirmar que toda OI tiene competencia para ratificar un tratado internacional, no significa que todas las OOII puedan concluir todo tipo de tratados internacionales; para determinar respecto de que materias las OOII pueden concluir tratados internacionales deberá estarse a lo que se establezca en sus cartas constitutivas, bien de forma explícita o implícita.

Entre los acuerdos que las Organizaciones internacionales pueden concluir revisten una especial importancia aquellos que se refieren a la situación y funcionamiento de la propia Organización, como son: i) los acuerdos de sede, ii) los acuerdos sobre privilegios e inmunidades o iii) los acuerdos de coordinación o cooperación con otras organizaciones internacionales.

3.2.2. La capacidad de establecer relaciones internacionales: tal y como se deriva de la práctica internacional, ha de afirmarse que las OOII poseen el derecho de legación tanto desde una perspectiva pasiva, es decir de recepción de misiones diplomáticas, como activa, es decir, de envío de misiones a Estados o a otras organizaciones internacionales.

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 65.

Por lo que al derecho de legación pasiva se refiere, siempre que éste esté previsto según la normativa de la organización, podrá recibir legaciones de Estados miembros, de Estados no miembros e incluso de otras organizaciones internacionales. En el caso del derecho de legación pasiva, si bien ningún tratado fundacional atribuye expresamente este derecho a una OI, lo cierto es que la práctica demuestra que las OOII envían misiones diplomáticas tanto a los Estados como a otras OOII<sup>11</sup>.

3.2.3. La capacidad de participar en los procedimientos de solución de diferencias internacionales: esta capacidad se encuentra recogida en los artículos 65 y 66 de la Convención sobre el Derecho de Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986), por lo que a día de hoy no plantea ninguna duda. En cualquier caso, parece lógico que, cuando en el ejercicio de sus funciones la OI entre en conflicto con otro sujeto de derecho internacional, dicho conflicto deberá resolverse según los procedimientos establecidos en el Derecho Internacional.

3.2.4. El derecho a participar en las relaciones de responsabilidad internacional: la capacidad de las OOII para ser sujetos activos o pasivos de la relación jurídica de la responsabilidad viene siendo reconocida por la doctrina iusinternacionalista y a día de hoy se infiere del artículo 74.2 de la Convención sobre el Derecho de Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986). Por tanto, cuando una OI cometa un hecho ilícito, el tercero podrá invocar la responsabilidad internacional de la misma; de igual modo, en el caso de que el ilícito internacional se cometa por un tercero contra la OI, será esta quién podrá reclamar la reparación del daño.

3.2.5. Privilegios e inmunidades: para el pleno ejercicio de sus competencias y la consecución de sus objetivos con total independencia, la OI cuenta con una serie de privilegios e inmunidades de los que gozan sus agentes. Estos privilegios e inmunidades suelen recogerse: i) en los tratados constitutivos, ii) en los tratados de sede o iii) en tratados multilaterales sobre privilegios e inmunidades (ej. Convención General sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas [1946]). Asimismo, muchas de las estipulaciones recogidas en estos convenios pueden considerarse como Derecho Consuetudinario.

#### 4. Estructura orgánica.

Dado que la OI es creada para cumplir con unos fines u objetivos determinados, se les dota de unos órganos propios, permanentes e independientes que le hagan posible dicha consecución o cumplimiento. Estos órganos son los que conforman la estructura institucional de la OI y los que “van a representar la continuidad y estabilidad de la Organización, al tiempo que reflejan su independencia respecto de los Estados miembros”<sup>12</sup>.

Realizar un análisis general y sucinto de la estructura orgánica de las OOII no resulta una tarea fácil habida cuenta de la heterogeneidad de la realidad actual, por lo que únicamente intentaremos identificar algunas ideas generales.

<sup>11</sup> J.A. Pastor Ridruejo, *op. cit.*, p. 690.

<sup>12</sup> J. M. Sobrino Heredia, “La estructura y la formación de la voluntad en las organizaciones internacionales”, en *Las Organizaciones Internacionales op. cit.*, p. 101,

Así, en primer lugar, podríamos señalar que la mayor parte de las organizaciones posee una estructura tripartita que responde a la existencia de: un órgano plenario de competencia general, un órgano de gobierno que asegura el funcionamiento de la OI y un órgano administrativo o burocrático.

Asimismo, teniendo en cuenta la composición de los órganos podemos hablar de órganos **intergubernamentales** –constituidos por representantes de los Estados miembros- y **no gubernamentales** –constituidos por personas que no representan a ningún Estado-. Por su parte, los primeros pueden ser **plenarios** (Asamblea General ONU) o **restringidos** (Consejo de Seguridad ONU). En lo que a los órganos no gubernamentales se refiere, estos también pueden ser de muy diversa naturaleza destacando las siguientes categorías: parlamentarios, judiciales y la secretaría.

Finalmente, debe mencionarse también la posibilidad de existencia de **órganos subsidiarios**, es decir, aquellos que se van creando a fin de dar respuesta a las nuevas necesidades que surjan. La posibilidad de creación de estos órganos puede estar prevista en las cartas constitutivas de forma expresa, o deducirse implícitamente de las mismas.

## 5. La adopción de decisiones.

### 5.1. La formación de la voluntad.

Uno de los caracteres de las OOI es el de la posibilidad de expresar una voluntad jurídica distinta e independiente de la de sus Estados miembros, voluntad que se plasmará en diversos actos jurídicos que, a su vez se adoptarán mediante distintos procedimientos. Entre estos procedimientos podemos distinguir: i) unanimidad, procedimiento que mejor respeta el principio de igualdad soberana de los Estados pero que, por otra parte, dificulta la adopción de decisiones pues cada Estado tiene derecho de veto. Por eso, esta regla ha sido modulada por sistemas como el método de la disidencia o la abstención constructiva; ii) mayoría: que puede ser simple o cualificada, estableciéndose en este segundo caso sistemas de ponderación de votos, e incluso derecho de veto por parte de algunos Estados; o iii) consenso, que consiste en la adopción de una decisión sin recurrir a la formalidad de la votación.

### 5.2. Los medios de acción

Para la realización de las funciones que les han sido encomendadas, las OOI han sido dotadas tanto de medios materiales como de medios jurídicos.

Hablamos de **medios materiales** para referirnos a: i) los medios humanos a los que se les ha encargado por un órgano de la OI el desarrollo de una de las funciones de la misma; es decir cualquier persona a través de la cual la Organización actúa (agentes internacionales) y ii) los medios financieros para hacer frente a los gastos derivados del funcionamiento que pueden tener como origen: las contribuciones de los Estados miembros, recursos propios de la OI u otros.

Por otra parte, hablamos de **medios jurídicos** para referirnos a la normativa con la que la OI cuenta a fin de cumplir con los objetivos y funciones asignados a la misma. Dichos medios jurídicos se encuentran en: i) el derecho originario de la OI, esencialmente los

tratados constitutivos o de reforma, en los que de forma expresa o implícita se recogen sus competencias, y ii) los actos de la OOI, que a su vez pueden ser actos jurídicos o no jurídicos; asimismo, dentro de los actos jurídicos es interesante distinguir entre aquellos que se ocupan de regular el funcionamiento interno de la OI (competencia normativa interna) y aquellos otros que pretenden determinar el comportamiento de otros sujetos internacionales (competencia normativa externa).

### **Bibliografía**

E. Díaz Galán, “Las organizaciones internacionales como sujetos del derecho internacional. Algunas reflexiones sobre los orígenes”, en *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos*, Vol. 6 (I), 2018, <https://revistaepe.utem.cl/articulos/las-organizaciones-internacionales-como-sujetos-del-derecho-internacional-algunas-reflexiones-sobre-los-origenes/>.

M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª Ed. (Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, 2010 (en especial pp. 37-147).

J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 23ª Ed., Tecnos, 2019 (en especial Capítulo VII: las organizaciones internacionales).



## Tema 23

### Las Naciones Unidas (I). Creación, propósitos y principios. Estructura: Órganos principales y subsidiarios.

Sumario: 1. Introducción 1.1. Antecedentes: la Sociedad de Naciones. 1.2. La Organización de las Naciones Unidas y sus miembros 1.2.1. Orígenes de las Naciones Unidas. 1.2.2. La Carta de la Organización de las Naciones Unidas. 1.2.3. Miembros de las Naciones 2. Los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas 2.1. Los propósitos. 2.2. Los principios. 3. Estructura de la ONU 3.1. La Asamblea General. 3.2. El Consejo de Seguridad. 3.3. El Tribunal Internacional de Justicia. 3.4. El Consejo Económico y Social. 3.5. El Consejo de Administración Fiduciaria. 3.6. La Secretaría y el Secretario General.

#### I. Introducción.

##### *1.1. Antecedentes: la Sociedad de Naciones.*

Finalizada la Primera Guerra Mundial (1914-1919) se firma el Tratado de Versalles entre los países vencedores y Alemania. En la primera parte del tratado se instituye la Sociedad de Naciones, para *fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizar la paz y la seguridad*, con sede en Ginebra.

A la nueva organización internacional se le dota de una estructura institucional compuesta por: a) la Asamblea, en la que participan representantes de todos los Estados miembros; b) el Consejo: miembros permanentes y elegidos; c) una Secretaría y d) órganos subsidiarios. Asimismo, se preveía la creación de un órgano judicial, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI), que se estableció finalmente el 13 de diciembre de 1920 y se creó como un órgano separado de la Sociedad de Naciones.

En el momento de su nacimiento, la Sociedad de Naciones contaba con 45 Estados miembros, llegando a tener 60 miembros en 1932, número que descendió a los 44 miembros en 1939, año del estallido de la Segunda Guerra Mundial.

A pesar del fracaso que supuso el estallido de la Segunda Guerra Mundial para la Sociedad de Naciones, al no haber sido capaz de cumplir con su objetivo de garantizar la paz y la seguridad, son muchos los logros que obtuvo, encontrándose entre los más importantes: i) llevar a cabo una colaboración institucional en campos como el económico y financiero, el de la salud pública, el de los transportes y comunicaciones o el social y laboral; es decir, asentar la idea de organización internacional de objetivos generales; ii) servir como ejemplo a futuras OOI en lo que práctica y funcionamiento interno se refiere, lo que se hace

especialmente evidente en el caso de las Naciones Unidas; iii) trasladar a la opinión pública la idea de la necesidad histórica de una OI con vocación universal que velase por la paz y la seguridad, idea que será determinante para la creación de las Naciones Unidas.

## 1.2. La Organización de las Naciones Unidas y sus miembros

### 1.2.1 Orígenes de las Naciones Unidas.

Durante el desarrollo de la IIGM se dan los primeros pasos para la creación de la nueva organización. De ellos, los más destacados son los siguientes:

- La Declaración de los Aliados (junio de 1941), en la que los Estados aliados dejan constancia de la idea de que la única base cierta de una paz duradera estaba en la cooperación voluntaria de todos los pueblos libres del mundo.
- La Carta del Atlántico (agosto de 1941), firmada por Roosevelt y Churchill. recogía la idea de que todas las naciones del mundo debían renunciar al uso de la fuerza y se manifestaba la convicción en la necesidad del desarme.
- La Declaración de Washington (enero de 1942), firmada por EEUU, Reino Unido y la URSS, habla por primera vez de las Naciones Unidas.
- La Declaración de Moscú (30 de octubre de 1943), suscrita por EEUU, Reino Unido, URSS y China, en la que se recoge por primera vez el propósito expreso de crear una OI basada en el principio de igualdad soberana y con la finalidad de mantener la paz y la seguridad internacional.
- La Conferencia de Dumbarton Oaks (agosto-octubre de 1944) sentó las bases concretas de la nueva organización.
- La Conferencia de Yalta, (febrero de 1945), se acuerda convocar la conferencia de las Naciones Unidas el 25 de abril de 1945 en San Francisco.
- La Conferencia de San Francisco (abril-junio de 1945). Los anfitriones eran los Estados que se habían encargado de preparar las bases: China, EE.UU., URSS y Reino Unido y como invitados participaron 46 Estados.

### 1.2.2. La Carta de la Organización de las Naciones Unidas

El 25 de junio de 1945, en San Francisco, se adopta la Carta por unanimidad y es firmada, junto con el Estatuto del TIJ, por todos los Estados participantes. Polonia, que no estuvo representada en la Conferencia, la firmó más tarde, convirtiéndose en el miembro originario número 51. La sede principal de la OI es Nueva York (EEUU), si bien, algunos de sus órganos tienen su sede en Ginebra (Suiza).

En el caso de la Carta de las Naciones Unidas, o Carta de San Francisco, nos encontramos ante un tratado *sui generis* que, además de efectos constitutivos, como creadora de la ONU, tiene superioridad en cuanto a sus obligaciones respecto de cualesquiera otras derivadas de tratado.

En la propia Carta se establece la posibilidad de reforma o revisión de la Carta, siendo dos las posibilidades: i) artículo 108: aprobación por 2/3 y ratificación por 2/3, entre los cuales deben estar los 5 miembros permanentes del Consejo de Seguridad y ii) artículo 109: convocatoria de Conferencia General: adopción reformas por 2/3 de los miembros, incluidos 5 miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

### 1.2.3. Miembros de las Naciones Unidas.

La ONU es una organización de carácter interestatal, por lo que sus miembros son Estados soberanos; asimismo es una organización abierta y con vocación universal, por lo que la Carta prevé la admisión de nuevos miembros, existiendo así dos tipos de miembros: los originarios y los admitidos.

Son Miembros originarios a la luz del artículo 3, aquellos Estados que hubiesen participado en la conferencia de San Francisco y también aquellos que hubiesen firmado la Declaración de Washington, ascendiendo este número a 51.

Por su parte, serán Miembros admitidos aquellos Estados que, cumpliendo los requisitos sustantivos del artículo 4, a su vez, sigan el procedimiento<sup>1</sup> recogido en los artículos 18.2 y 27.

Así, para que un Estado pueda ser miembro de la ONU, además de su condición de Estado, debe reunir los requisitos de fondo recogidos en el artículo 4.1 de la Carta: i) ser amante de la paz, ii) aceptar las obligaciones de la Carta, iii) estar capacitado para cumplir esas obligaciones y iv) estar dispuesto a cumplir esas obligaciones.

Reuniendo estos requisitos, será la Asamblea General quien, a recomendación del Consejo de Seguridad, adopte la decisión de aceptación del candidato, decisión que debe ser adoptada por el voto afirmativo de 2/3 de los miembros presentes y votantes. Por su parte, la recomendación del Consejo de Seguridad requiere el voto afirmativo de 9 miembros, entre los que deben contarse sus cinco miembros permanentes, por lo que es susceptible de veto.

España se incorporó en 1955 y, a día de hoy, son miembros de la ONU 193 Estados, tras la incorporación de la República del Sudán del Sur en 2011<sup>2</sup>.

La Carta también prevé la posibilidad de expulsión (art. 6) y suspensión (art. 5) de la condición de miembro de la organización. Así, el hecho de haber sido objeto de acción preventiva o coercitiva por parte del Consejo de Seguridad puede implicar la suspensión de derechos y privilegios inherentes a la calidad de miembro; asimismo, cualquier Estado miembro que haya violado repetidamente los principios de la Carta puede ser expulsado de la organización.

No está prevista la retirada de la OI, si bien de la práctica de la organización se puede deducir la posibilidad de retirada voluntaria<sup>3</sup>.

Finalmente, conviene señalar que en el caso de la ONU es posible ostentar el estatuto de observador ante algunos de los órganos de Naciones Unidas, entre los que se encuentra la Asamblea General, lo que implica la posibilidad de participar en los debates de estos órganos, aunque no se tienen derecho de voto. Esta condición de observador se ha concedido a diversas organizaciones internacionales, movimientos de liberación nacional, ONGs o Estados no miembros.

## 2. Los propósitos y principios de las Naciones Unidas

<sup>1</sup> <https://www.un.org/es/sections/member-states/about-un-membership/index.html>.

<sup>2</sup> <https://www.un.org/es/sections/member-states/growth-United-Nations-membership-1945-present/index.html>.

<sup>3</sup> M. Díez de Velasco Vallejo y J. Cardona Llorens, “Los miembros de las Naciones Unidas”, en *Las Organizaciones Internacionales* (M. Díez de Velasco, J. M. Sobrino Heredia (Coord.)), 16ª Ed., 2010 Tecnos, pp. 205-206.

Los propósitos y los principios son las ideas básicas que han de orientar la actuación de los órganos y de los miembros de las Naciones Unidas.

### 2.1. Los propósitos

Constituyen los grandes objetivos de la organización y presentan un interés extraordinario para la interpretación teleológica de la Carta, encontrándose recogidos en el artículo I y que se concretan en: i) mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; ii) fomento de las relaciones de amistad entre las naciones y respeto de los principios de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos; iii) la cooperación al progreso y el “estímulo de los derechos humanos”; iv) la armonización de los esfuerzos para la consecución de los propósitos comunes.

De entre todos ellos, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y la protección de los derechos humanos revisten una especial importancia.

### 2.2. Los principios

Estos deben guiar el cumplimiento de los propósitos y su incumplimiento puede acarrear la expulsión de la organización. Éstos han sufrido una ampliación tanto vertical como horizontal. Vertical, pues en su mayor parte se han convertido en principios estructurales de la Comunidad Internacional. Horizontal, pues se han desarrollado, modulado y ampliado en su contenido, a través de Resoluciones de la Asamblea General, siendo crucial la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970.

Algunos de estos principios han sido enunciados expresamente en el artículo 2 de la Carta, mientras que otros no, derivándose, en este caso, implícitamente de la Carta y las resoluciones de la Asamblea General.

Los principios enunciados explícitamente en la Carta son: i) de igualdad soberana de los Estados (art. 2.1); ii) de la buena fe (art. 2.2); iii) de arreglo pacífico de las controversias (art. 2.3); iv) de prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza (art. 2.4); v) de la autoridad de las Naciones Unidas sobre los Estados no miembros (art. 2.6); vi) de la excepción de la jurisdicción interna de los Estados (art. 2.7).

Por lo que se refiere a los principios no enumerados explícitamente en la Carta, se encuentran: i) el de no intervención, ii) de cooperación pacífica entre Estados, iii) de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y iv) de respeto de los derechos humanos. Este último, además, se considera como un valor universal.

## 3. Estructura de la ONU

La ONU posee una estructura muy compleja no reflejada en la Carta que se limita a reglamentar los seis grandes órganos principales: La Asamblea General (AG), el Consejo de Seguridad (CdeS), el Consejo Económico y Social (ECOSOC), el Secretario General, el Consejo de Administración Fiduciaria y el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ). Sin embargo, dado que la propia Carta prevé (art. 7.2) la posibilidad de creación de órganos subsidiarios, la estructura orgánica de la ONU se ha venido complicando con el paso de

los años. Dentro de los órganos principales (art. 7.1) distinguimos entre: i) *órganos principales autónomos*, independientes de cualquier otro órgano en el ejercicio de sus competencias (AG, CdeS y TIJ) y ii) *órganos principales con autonomía dudosa* (ECOSOC y Consejo de Administración Fiduciaria)

### 3.1. La Asamblea General

Es un órgano principal autónomo, del que forman parte todos los miembros de las Naciones Unidas. Así, cada Estado se hace representar por cinco delegados y un número igual de suplentes (art. 9), si bien cada miembro únicamente tiene un voto.

Por lo que se refiere a su funcionamiento, la AG puede trabajar en pleno o en comisiones. En pleno, se reúne una vez al año en sesión ordinaria, pudiendo reunirse también en sesiones extraordinarias (art. 20) o en sesiones extraordinarias de emergencia (Resolución “Unión pro paz”).

En el seno de la Asamblea existen seis Comisiones Principales a las que la Asamblea asigna temas específicos para el debate y propuesta, en su caso, de Resoluciones ante el pleno de la Asamblea: i) la Primera Comisión (Desarme y Seguridad Internacional), ii) la Segunda Comisión (Asuntos Económicos y Financieros), iii) la Tercera Comisión (Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales), iv) la Cuarta Comisión (Política Especial y de Descolonización), v) la Quinta Comisión (Asuntos Administrativos y Presupuestarios) y vi) la Sexta Comisión (Jurídica).

Sometidas las propuestas a votación, estas pueden ser aprobadas de dos formas, atendiendo a la materia sobre las que versen: i) decisiones sobre cuestiones importantes (enumeradas en el art. 18.2), se requiere mayoría de 2/3 de miembros presentes y votantes; ii) decisiones sobre el resto de cuestiones (art. 18.3), se necesita mayoría simple de miembros presentes y votantes.

Finalmente, por lo que se refiere a las competencias de la AG, está dotada de una competencia general y otras específicas: i) una competencia general: facultad para discutir cualquier asunto o cuestión referente a los poderes y órganos de las N.U (art. 10); ii) competencias específicas de muy amplias (artículos 11 al 17).

### 3.2. El Consejo de Seguridad.

Es también un órgano principal autónomo compuesto por quince miembros de los cuales cinco son permanentes (China, EEUU, Federación Rusa, Francia y Gran Bretaña) y diez elegidos por la AG por un período de dos años -no siendo posible la reelección en el período subsiguiente-. Según el Reglamento de la Asamblea General<sup>4</sup>, la elección como miembro del CdeS ha de tener en cuenta dos circunstancias: i) que el Estado miembro haya contribuido al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y que ii) se respete una distribución geográfica equitativa (cinco Estados de África y Asia; un Estado de Europa oriental; dos Estados de América Latina; dos Estados de Europa occidental y “otros Estados”).

<sup>4</sup> <https://undocs.org/es/A/520/rev.17>.

A diferencia de la AG, el CdeS funciona de modo permanente, incluso de forma urgente, y por ello los Estados miembros deben tener un representante en todo momento en la sede de Nueva York.

Respeto a las votaciones (art. 27), existen dos fórmulas dependiendo de la materia de la que se trate. En el caso de las decisiones sobre cuestiones de procedimiento, es necesario el voto afirmativo de 9 miembros cualesquiera; en el supuesto de decisiones para las demás cuestiones, se requiere voto afirmativo de nueve miembros, incluidos los cinco miembros permanentes. Por tanto, existe la posibilidad de veto por parte de los miembros permanentes.

Así, se denomina derecho de veto, a la posibilidad de uno de los miembros permanentes del CdeS de impedir la adopción de una decisión. Con el fin de paliar los peligros y el abuso de este derecho se han introducido “matizaciones” al mismo: i) la ausencia de un miembro permanente no supone voto negativo; ii) la abstención de un miembro permanente no supone ejercer el veto, iii) tener en cuenta limitación del art. 27.3 de la Carta, iv) la utilización del consenso y vi) procurar aumentar las cuestiones procedimentales.

Por lo que se refiere a las competencias, estas pueden ser: a) competencias exclusivas (básicamente en el ámbito del mantenimiento de la paz), b) competencias concurrentes con la AG. En cualquier caso, la función más importante del CdeS es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

### 3.3. El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ)

Es un órgano principal autónomo formado por 15 miembros elegidos por un período de nueve años por la AG y el CdeS, con la posibilidad de reelección (art. 2 y 3 del Estatuto). Su composición, competencias y funcionamiento viene regulado en su Estatuto que es parte integrante de la Carta de N.U.

Todos los Estados miembros de las Naciones Unidas son, a su vez, parte en el Estatuto del TIJ, pudiendo también serlo los Estados no miembros bajo las condiciones que determine la AG a recomendación del CdeS. Además, el TIJ está abierto a Estados no parte en el Estatuto en las condiciones fijadas por el CdeS.

El TIJ, tienen dos tipos de competencia: i) la competencia contenciosa y ii) la competencia consultiva.

### 3.4. El Consejo Económico y Social (ECOSOC)

Es un órgano principal no autónomo, formado por 54 miembros elegidos por la AG por un período de tres años según un reparto geográfico riguroso (art. 61).

Se reúne generalmente dos veces, una en Nueva York y otra en Ginebra y sus sesiones duran aproximadamente un mes. Sus tareas se llevan a cabo en el seno del propio Consejo, en Comités permanentes, en Comisiones técnicas y en Comisiones económicas regionales.

Por lo que se refiere a las votaciones, las decisiones se adoptan por mayoría de miembros presentes y votantes (art.67).

Las competencias son muy amplias puesto que éste es el órgano gestor de la cooperación económica y social de la ONU bajo la autoridad de la AG (arts. 61-66).

### 3.5. El Consejo de Administración Fiduciaria

Este órgano fue creado en su momento con el fin fundamental de supervisar el régimen de la administración de los territorios fideicometidos. Producida la independencia de estos territorios, este órgano suspendió sus operaciones en 1994.

### 3.6. La Secretaría y el Secretario General

Tal y como establece el artículo 97 de la Carta, la Secretaría de la ONU está formada por el Secretario General (SG) y el personal que requiera la organización, siendo el SG la pieza clave del conjunto y en el que radica el máximo de responsabilidades. El SG es designado por la AG a recomendación del CdeS por un período de cinco años prorrogables, mientras que el personal de la Secretaría es nombrado directamente por el SG.

Por lo que se refiere a las competencias, estas no están recogidas exhaustivamente en la Carta ya que la práctica de la organización las ha ido aumentando con el transcurso de los años. En cualquier caso, estas pueden agruparse en dos categorías: competencias técnico-administrativas y competencias políticas y/o diplomáticas.

## Bibliografía

M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª Ed. (Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, 2010 (en especial pp. 151-364).

J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 23ª Ed., Tecnos, 2019 (en especial Capítulo VIII).

E. Pérez Vera, *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*, Madrid, 1973.

P.A. Ramella, “Los principios del Derecho Internacional Público a través de la Carta de las Naciones Unidas”, en *Revista de Política Internacional*, n. 93, 1967, pp. 65-87.

## Webgrafía

Carta de las Naciones Unidas <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>

Resolución 377A (V) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 3 de noviembre de 1950, “Unión pro paz” [https://undocs.org/es/A/RES/377\(V\)](https://undocs.org/es/A/RES/377(V))

Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas [https://undocs.org/es/A/RES/2625\(XXV\)](https://undocs.org/es/A/RES/2625(XXV))

## Tema 24

### **Las Naciones Unidas (II). Funciones. El sistema de seguridad colectiva: el capítulo VII de la Carta y el mantenimiento de la paz. Promoción y protección de los derechos humanos y la cooperación en la solución de los problemas económicos y sociales. El debate sobre la reforma de la Carta.**

Sumario: 1. Introducción 2. El mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. 2.1. El principio de prohibición del uso de la fuerza. 2.2. El sistema de seguridad colectiva. 3. Promoción y protección de los derechos humanos 3.1. La protección de los derechos humanos. 3.2. Asesoramiento y asistencia técnica. 4. 5. El debate sobre la reforma.

#### **I. Introducción**

Los artículos 1 y 2 recogen los propósitos y principios de las Naciones Unidas, pudiendo entender que los propósitos constituyen los objetivos de la organización, mientras que los principios son las reglas de conducta o valores que han de guiar su actuación. No obstante, tal como señala el Prof. Pastor Ridruejo, esta distinción no es tan exacta y, aunque el artículo 1 “enuncia los propósitos, incluye también referencias a principios como el de la igualdad soberana y libre determinación de los pueblos” mientras que en “el artículo 2 faltan referencias a principios que han sido de importancia decisiva en la obra de la Organización: el de libre determinación de los pueblos y el del respeto a los derechos humanos”<sup>1</sup>.

En cualquier caso, a la luz de propósitos y principios de la ONU recogidos en la Carta, así como de la propia evolución de la Organización desde su creación, podemos señalar como funciones de ésta: i) el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; ii) la promoción y protección de los derechos humanos; iii) la solución pacífica de controversias y iv) la cooperación para el desarrollo.

#### **2. El mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.**

El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales constituye el primer propósito y objetivo fundamental de la ONU y, para conseguir este fin, se establece un sistema basado en el principio de prohibición del uso de la fuerza y en la creación de un sistema de seguridad colectiva. Para ello, en la Carta, se recogen dos tipos de preceptos: i) los institucionales, que se ocupan de distribuir las competencias en este ámbito entre los

---

<sup>1</sup> J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 17ª Ed., Tecnos, 2013, pp. 742-743.



diferentes órganos y, ii) los materiales, que regulan los instrumentos, medidas y ámbitos materiales de competencia de la organización.

### 2.1. El principio de prohibición del uso de la fuerza.

Junto a los principios de soberanía y no intervención, la prohibición del uso de la fuerza es generalmente considerada como uno de los tres grandes pilares sobre los que se asienta el Derecho Internacional Contemporáneo, pudiendo entenderse como “la norma más importante del Derecho Internacional, la destilación y encarnación del valor primario del sistema interestatal, la defensa de la independencia y la autonomía estatal”<sup>2</sup>. Y es que la creación de un sistema de seguridad colectivo no puede concebirse sin la prohibición del uso unilateral de la fuerza.

Hasta bien entrado el Siglo XX, el uso de la fuerza constituía un medio habitual de solución de controversias, aceptándose su legitimidad por el DI. Será, el Pacto de la Sociedad de Naciones (1919) y el Tratado de renuncia a la Guerra o Pacto Briand-Kellogg (1928) los instrumentos que introduzcan restricciones al uso de la fuerza, si bien no suponen su prohibición general. Lo cierto es que hasta que concluyó la Segunda Guerra Mundial y se instauró el sistema de las Naciones Unidas no tomó verdaderamente cuerpo la prohibición general y concreta del uso o la amenaza del uso de la fuerza.

#### 2.1.1. Contenido

La ambigüedad de la redacción del principio en la Carta dificulta la labor de determinar el contenido de este, fundamentalmente por la ausencia de acuerdo sobre la definición que ha de darse a los términos “fuerza” o “agresión”, existiendo sólo acuerdo sobre algunos aspectos. Así, a la luz de la Carta y de las A/RES/2625 (XXV) y A/RES/3314 (XXIX) parece existir acuerdo sobre el alcance subjetivo de la prohibición que recae tanto sobre los Estados, como sobre las Organizaciones Internacionales; por tanto, solamente estaría autorizada para recurrir a la fuerza la ONU, dado que es a ella a quien se encomienda el objetivo del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Sin embargo, la determinación del *alcance objetivo* de la prohibición presenta mayores desacuerdos en la doctrina, a pesar de lo cual podemos establecer los siguientes puntos de consenso: i) que la prohibición se circunscribe absolutamente a la fuerza armada militar, perteneciendo las coacciones de otra naturaleza al ámbito del principio de no-intervención; ii) Que la comisión de actos de agresión es tan grave que puede llegar a ser considerada como un “crimen contra la paz”; iii) que la prohibición se extiende, no sólo a los supuestos de guerra tradicional, sino también a “los actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza” o a “organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo”; iv) que la amenaza del uso de la fuerza es tan ilícita como el propio recurso efectivo a esa fuerza<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Vid. L. Henkin “International Law: politics, values and functions”, *RCADI*, vol. 216, 1989 (IV), p. 146.

<sup>3</sup> Vid. G. Garzón Clariana, G., “Los propósitos y los principios de las Naciones Unidas”, en *Las Organizaciones Internacionales*, 12ª Ed, Tecnos, 2002, p. 178.

Finalmente, ha de recordarse que, en el momento actual, tal y como ha afirmado la CDI y se desprende de la doctrina, jurisprudencia y práctica internacionales, la prohibición del uso y amenaza del uso de la fuerza constituye una norma de *ius cogens*.

### 2.1.2. Límites

El principio de prohibición del uso de la fuerza no es de carácter absoluto, si no que está sometido a límites o excepciones. A la luz de la Carta y de la doctrina mayoritaria, podemos entender que son tres las excepciones básicas: i) la utilización de la fuerza por parte de la propia organización, en forma directa o indirecta, en cumplimiento de su función de garante de la paz y seguridad internacionales (artículo 42); ii) el supuesto de legítima defensa en caso de ataque armado (artículo 51) y iii) el recurso a la fuerza en defensa del derecho de autodeterminación, que aunque no explícitamente reconocido por la Carta, se deduce de las Resoluciones de la Asamblea General al respecto. Ciertamente, la Carta recoge de forma expresa aún otra excepción: la acción contra los Estados enemigos para reprimir el rebrote de hostilidades al fin de la Segunda Guerra Mundial, recogido en el artículo 107. Sin embargo, el ingreso en las Naciones Unidas de Alemania y Japón ha supuesto la abrogación en la práctica de esta excepción.

### 2.2. El Sistema de Seguridad Colectiva

Como venimos señalando, la labor de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales ha sido encomendada por la Carta al Consejo de Seguridad (art. 24), por lo que éste ha pasado a ser algo así como el gendarme o vigilante de la paz.

Para el cumplimiento de este fin, al Consejo se le atribuyen competencias para investigar (art. 34) si una situación puede “poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacional”, siendo asimismo él a quien corresponde “determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” (art. 39).

En el caso en que el Consejo determine que existe una amenaza a la paz, un quebrantamiento a la paz o un acto de agresión está autorizado a realizar recomendaciones o adoptar medidas tendentes a poner remedio a la situación. A su vez, el artículo 42 autoriza al Consejo de Seguridad a hacer uso de la fuerza para restablecer la paz internacional amenazada cuando hayan resultado insuficientes las medidas previstas en el artículo 41 y de conformidad con la regulación que establece el Capítulo VII de la Carta. Para ello, el artículo 43 prevé la conclusión de acuerdos especiales entre el Consejo de Seguridad y los Estados Miembros mediante los cuales se pondrán a su disposición las fuerzas armadas que sean necesarias para el mantenimiento de la paz.

Por otra parte, la Carta ha previsto que en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales puedan colaborar también los organismos regionales, aunque tales organismos sólo podrán recurrir a la fuerza si media autorización del Consejo de Seguridad, si bien tanto de la práctica como de la doctrina no parece poder extraerse una posición unívoca. La falta de conclusión de los acuerdos especiales previstos en el artículo 43 de la Carta, ha impedido la acción armada de forma directa por parte del Consejo, utilizándose siempre la vía de la autorización tanto a los Estados Miembros, como a los organismos u organizaciones regionales.

Por tanto, la función esencial del Consejo de Seguridad es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. En cumplimiento de éste su objetivo primordial, el Consejo ha ido ampliando la idea primigenia de amenaza para la paz y seguridad internacionales, ajustándose esta calificación a una amplia variedad de situaciones, más allá del conflicto internacional clásico. Así, la competencia del Consejo se ha ido extendiendo a supuestos vinculados con el respeto de los derechos humanos, incluso para algunos “no sólo en cuanto al llamado núcleo duro de derechos y garantías que no pueden derogarse..., sino también al ámbito de derechos políticos incluyendo el mantenimiento y restablecimiento de formas democráticas de gobierno con la supervisión y aún la organización de procesos electorales y la asistencia humanitaria”<sup>4</sup>.

En definitiva, la actividad realizada por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII desde la caída del muro de Berlín abarca diferentes situaciones que merecen un análisis diferenciado. Por lo que respecta a la “violación masiva y manifiesta de los derechos humanos fundamentales”, es aceptado de forma prácticamente unánime que constituye por ella misma una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y así lo pone de manifiesto la práctica del propio Consejo de Seguridad. También parece existir un gran consenso doctrinal respecto a que el terrorismo constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales, siendo este punto confirmado tanto por la Asamblea General como por el Consejo de Seguridad, ya sea de forma general, o concreta respecto de determinados hechos.

### 3. La promoción y protección de los derechos humanos.

La promoción y protección de los derechos humanos (ddhh) constituía, sin duda, uno de sus fundamentos ideológicos y el leitmotiv de la ONU a pesar de que en el texto definitivo de la Carta de la organización aprobado en San Francisco las referencias a esta cuestión son mínimas. A pesar de ello, en el ámbito de la organización se ha ido desarrollando sobre esas pequeñas bases, una gran actividad en materia de derechos humanos, desde la creación en 1946 de la Comisión de Derechos Humanos. Así, se han elaborado un elevado número de instrumentos internacionales, se ha creado un complejo sistema de protección, que se ve complementado por un programa de asesoramiento y asistencia técnica, y se han celebrado dos Conferencias Mundiales de Derechos Humanos en Teherán (1968) y Viena (1993), lo que ha dado lugar al denominado *Programa de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, “que se caracteriza por ser un programa progresivo, escasamente estructurado y abierto”<sup>5</sup>.

#### 3.1. El sistema de protección

##### 3.1.1. El Proceso codificador

Siendo evidente la necesidad de textos en materia de derechos humanos, el ECOSOC crea un órgano subsidiario, la Comisión de Derechos Humanos, a la que se le encomienda la

<sup>4</sup> Vid. C.H. Cerdá, “Las Operaciones Militares de Paz y el Derecho Internacional Humanitario”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, enero-junio 1995, p. 228.

<sup>5</sup> Vid. C. Escobar Hernández, “La promoción y protección internacional de los derechos humanos”, en *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª Ed. (M. Díez de Velasco, Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, p. 295-296.

“formulación de proposiciones, recomendaciones e informes referentes a: i) una declaración internacional de derechos del hombre; ii) declaraciones o convenciones internacionales sobre las libertades cívicas, la condición jurídica y social de la mujer, la libertad de información y otras cuestiones análogas” (Resolución 5 (I), Sección A, párrafo 2 ). Fruto de este mandato es la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada por la AG en diciembre de 1948 y que inicia un proceso codificador que aún no ha culminado. En este proceso podemos distinguir dos grupos de textos: por un lado, aquellos que pretenden una protección de los derechos humanos en su globalidad y esencia, y a la que nos referimos como la *Carta Internacional de los Derechos Humanos*, y otros instrumentos especializados cuyo objeto es definir regímenes de protección cualificados.

Así, la Carta Internacional de derechos humanos, está formada por los instrumentos fundamentales del sistema y que constituyen el régimen general de los derechos humanos de las Naciones Unidas: La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966) y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966).

Por otra parte, una vez adoptados los Pactos, se han ido adoptando otros tratados en el seno de la organización dedicados a la protección de los derechos de determinados grupos vulnerables de forma específica o a la persecución de las violaciones más graves de determinados derechos. Así a modo de ejemplo podemos mencionar, entre los primeros, la Convención de los derechos del niño (1989) o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) y entre los segundos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (1948) o la convención contra la Tortura y otros tratos y penal inhumanos, crueles y degradantes (1984).

### 3.1.2. Órganos competentes

En cuanto a los órganos con competencia en esta materia, podemos distinguir entre los órganos creados en virtud de la Carta de San Francisco, y que tendrían una competencia general en este ámbito, y los órganos creados en virtud de un tratado específico de derechos humanos, u órganos convencionales, que únicamente tendrían competencia en el marco del tratado que los crea.

Asimismo, entre los órganos creados en virtud de la Carta podemos hablar de *órganos principales* (Asamblea General, ECOSOC, Consejo de Seguridad y Secretario General) y *órganos subsidiarios* (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos –que en 2006 sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos-).

Por lo que se refiere a los órganos convencionales, como señalábamos antes, son creados por cada tratado de derechos humanos y su composición y competencias dependerá del propio instrumento jurídico que los cree, si bien tienen ciertas características comunes: a) está formado por expertos independientes y no por representantes de Estados; b) son los órganos competentes tanto para “controlar” el grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados, como para interpretar los derechos recogidos en los mismos.

### 3.1.3. Procedimientos de control

El tipo de procedimientos va a depender de si nos hallamos en el marco de uno de los tratados específicos de derechos o en el ámbito de la acción general de la organización en

materia de derechos humanos, pudiendo hablarse de mecanismos convencionales, es decir, en el marco de un tratado o convención, y mecanismos extra-convencionales, denominados así por haber sido creados a través de la propia práctica de la organización y no a través de tratados internacionales.

*a. Mecanismos extra-convencionales:* Se desarrollan esencialmente en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que tiene competencia general en materia de Derechos Humanos. Estos procedimientos normalmente se inician a través de comunicaciones presentadas por cualquier persona o grupo de personas, incluidas las ONGs, que tengan conocimiento de violaciones de derechos humanos, que han de cumplir una serie de requisitos y que se tienen en consideración en tanto que contribuyen a definir una situación manifiesta de violación sistemática de derechos humanos en un determinado país o de un determinado colectivo en cualquier parte del mundo; es decir, solo podrá establecerse un procedimiento de este tipo si existen indicios de la existencia de una situación global de violación de derechos humanos. En estos casos el control se realiza sobre la base de una investigación “ad hoc” realizada por un órgano que se crea al efecto para elaborar un informe sobre la situación investigada (Relatores, Representantes y Enviados Especiales, Expertos, Comisiones de Investigación, etc.). El procedimiento finaliza con un informe, no vinculante.

*b. Mecanismos convencionales:* éstos son los establecidos en el ámbito de un tratado concreto de derechos humanos, pudiendo existir disparidad de mecanismos entre los diferentes tratados. Sin embargo pueden establecerse una serie de características comunes: i) están previstos, bien en el propio tratado, o bien a través de protocolos adicionales al propio tratado y es en estos instrumentos jurídicos en los que se establecen los requisitos que deben cumplirse para que puedan ser activados; ii) en todos los supuestos, es el órgano de control (Comité) creado en el ámbito de cada tratado el que tendrá competencia para conocer de todos estos mecanismos y iii) pueden consistir en: informes periódicos, reclamaciones interestatales, quejas individuales, investigaciones o visitas in loco y observaciones o comentarios generales. Entre estos mecanismos, algunos son obligatorios, es decir, se activan de forma automática desde el momento en que se ratifica el tratado, mientras que otros son opcionales, es decir, sólo se activan en el caso de que expresamente así lo decida el Estado en cuestión a través del mecanismo que se prevea en cada caso concreto.

### 3.2. Asesoramiento y asistencia técnica

Como complemento de las acciones descritas, desde el Alto Comisionado de Derechos Humanos se lleva a cabo un programa de asesoramiento y asistencia técnica que complementa el Programa de Derechos Humanos de la ONU. La finalidad de este programa no es otra que asistir a los Estados para que los estándares internacionales de derechos humanos sean efectivos en sus territorios. Para ello se establecen una serie de acciones o programas complementarios: i) concesión de becas de estudio; ii) organización de seminarios; iii) organización de cursos de formación y iv) servicios consultivos de expertos.

#### 4. La cooperación para la solución de los problemas económicos y sociales

El proceso de descolonización tiene como consecuencia la aparición de nuevos países, los llamados países subdesarrollados, con una situación económica y de industrialización muy diferenciada, lo que plantea una nueva realidad de las relaciones y el Derecho Internacional. Esta situación plantea la necesidad de adoptar medidas en la resolución de los problemas que se plantean. En el caso de la ONU, la base para su labor en este ámbito se encuentra en los artículos 1.3 y 55 de la Carta, siendo los órganos competentes la Asamblea General y el ECOSOC, así como aquellos órganos subsidiarios que se creen de conformidad con los artículos 22 y 68 de la Carta. Del mismo modo, en este ámbito de la cooperación para la solución de los problemas económicos y sociales es determinante la labor de los organismos especializados de las Naciones Unidas, tales como la FAO, la OIT, UNICEF, etc.

La estrategia de las Naciones Unidas para el desarrollo se inicia en los años sesenta del siglo pasado a partir de la designación del Primer decenio de las NNUU para el desarrollo (1960-1970)<sup>6</sup> y, a partir de ese momento, a través de sucesivas resoluciones, la AG va estableciendo su programa en este ámbito.

En el año 2000, en el marco de la Cumbre del Milenio, se adopta la Declaración del Milenio<sup>7</sup> en la que se recogen los denominados Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) que serán posteriormente sistematizados y condensados en ocho objetivos en un Informe del SG<sup>8</sup>. En el año 2015, la AG aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible<sup>9</sup> en el que se establecen los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Asimismo, en el seno de la ONU se han creado organismos específicos en el marco del desarrollo económico y social de los países con mayores problemas de desarrollo: el Programa de las UN para el Desarrollo (PNUD), la Conferencia de Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), que desde 1986 es un organismo especializado.

#### 5. El debate sobre la reforma

La revisión de la Carta está prevista en su artículo 109 e implica la convocatoria de una Conferencia general que, a día de hoy no se ha convocado nunca a pesar del intento fallido de 1955. Con el fin de canalizar las observaciones enviadas por los Estados miembros sobre el funcionamiento de la organización se crea en 1974 el Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y el Fortalecimiento del Papel de la Organización<sup>10</sup>, que se ha reunido anualmente y ha presentado sus informes a la AG. A pesar del importante trabajo desarrollado por el Comité y pese a las diferentes propuestas de reformas que se han planteado en su seno, no se ha alcanzado el consenso suficiente para la convocatoria de una Conferencia de revisión.

El intento más serio se produjo en 2005 como consecuencia del Informe presentado por el SG a la AG<sup>11</sup>, informe que a su vez se basaba en el análisis realizado por el Grupo de Alto

<sup>6</sup> UN Doc. A/RES/1710 (XVI), de 19 de diciembre de 1961.

<sup>7</sup> UN Doc. A/RES/55/2, de 13 de septiembre de 2000.

<sup>8</sup> UN Doc. A/RES/56/326, de 6 de septiembre de 2001.

<sup>9</sup> UN Doc. A/RES/70/1, de 21 de octubre de 2015.

<sup>10</sup> UN Doc. A/RES/3349 (XXIX), de 17 de diciembre de 1974.

<sup>11</sup> UN Doc. A/59/2005, de 21 de marzo de 2005.

Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio y por el Proyecto Milenio, y que presentaba una serie de recomendaciones de “reforma” tanto materiales como orgánicas. Presentado este informe, se desarrolla un debate en el seno de la AG que culmina con la Celebración de la Cumbre Mundial 2005 en la que, si bien se abordaron los problemas a los que se enfrenta la Comunidad Internacional y el modo en que la ONU debe enfrentarlos. Lo cierto es que no se adoptaron las medidas necesarias para abordar la revisión formal en profundidad de la Carta<sup>12</sup>, haciéndose patente la consecución de consenso entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad cuyo voto afirmativo es necesario para acometer tal revisión.

### **Bibliografía**

M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª Ed. (Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, 2010 (en especial pp. 226-363).

### **Webgrafía**

Carta de las Naciones Unidas <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>

A/RES/2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas [https://undocs.org/es/A/RES/2625\(XXV\)](https://undocs.org/es/A/RES/2625(XXV))

A/RES/3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, Definición de Agresión [https://undocs.org/es/A/RES/3314\(XXIX\)](https://undocs.org/es/A/RES/3314(XXIX))

<sup>12</sup> UN Doc. A/RES/60/I, de 24 de octubre de 2005.

## Tema 25

### **Las Naciones Unidas (III). Organismos especializados de las Naciones Unidas. Caracteres generales y vinculación con las Naciones Unidas. La labor de los organismos de cooperación cultural y social: UNESCO, OIT, OMT y OMS. La AIEA**

Sumario: 1. Los Organismos especializados de la ONU: concepto y naturaleza jurídica 2. Las relaciones de los organismos especializados con las Naciones Unidas. 3. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) 4. La Organización Internacional del Trabajo (OIT/ILO) 5. La Organización Mundial de la Salud (OMS/WHO) 6. La Organización Mundial del Turismo (OMT/UNWTO) 7. La Agencia Internacional de la Energía Atómica (AIEA/OIEA/IAEA)

#### **I. Los Organismos especializados de la ONU: concepto y naturaleza jurídica.**

El artículo 57 de la CONU define estos organismos como aquellos creados “por acuerdos intergubernamentales, que tengan amplias atribuciones internacionales definidas en sus Estatutos y relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otras conexas y que están vinculados a la organización”.

A partir de esta definición podemos establecer las características que debe reunir un organismo especializado: i) haber sido creado por un acuerdo entre Estados; ii) poseer atribuciones amplias en los ámbitos económico, social, cultural, educativo, sanitario u otros y iii) estar vinculado con la ONU a través de un acuerdo/tratado.

A diferencia de los órganos subsidiarios de las Naciones Unidas, los organismos especializados son organismos autónomos que poseen su propio ordenamiento jurídico diferente al de las Naciones Unidas, poseen una estructura propia distinta a la de la ONU y tienen su propia personalidad jurídica internacional. Asimismo, no tiene porque existir coincidencia entre los miembros de la ONU y el de los distintos organismos autónomos, ni tampoco coincidir en la sede.

Por otra parte, en la *Convención sobre privilegios e inmunidades de los organismos especializados*<sup>1</sup>, se tratan de unificar los privilegios e inmunidades de que disfrutaban las Naciones Unidas y los diferentes organismos especializados.

En esencia, el sistema de las Naciones Unidas se ha ido configurando en el entendimiento de que la ONU asume competencias de carácter general, mientras que a los organismos especializados se les atribuyen competencias en sectores o ámbitos determinados. Por tanto, nota esencial de los organismos especializados es la especialización de sus funciones.

<sup>1</sup> UN Doc. A/RES/179 (II), de 21 de noviembre de 1947.



Dada esta especialización y el carácter complementario de sus actividades, las relaciones de cooperación y coordinación con la ONU se revelan esenciales.

Atendiendo a las funciones esenciales que los organismos especializados realizan, podríamos clasificarlos en: i) organismos de cooperación preferentemente social, humanitaria, cultural y de turismo; ii) organismos de cooperación en el campo de las comunicaciones; iii) organismos de cooperación técnica en sentido estricto; y iv) organismos de cooperación económica y financiera.

## **2. Las relaciones de los organismos especializados con la ONU**

El sistema de relaciones que va a existir entre ambos se establece a través tanto de la Carta de la ONU como del acuerdo de base entre la ONU y cada organismo especializado, pudiendo ser estas relaciones de dos tipos: las de cooperación y las de coordinación.

Asimismo, también es posible el establecimiento de relaciones de cooperación y coordinación de los organismos especializados entre sí a través de la firma de acuerdos específicos.

Las relaciones de cooperación pueden tener su origen tanto en la Carta de las Naciones Unidas, como en los acuerdos de base o en la práctica internacional. Así, con anclaje en la Carta, estas relaciones se materializan en: i) la posibilidad de participación de los representantes de los Organismos especializados en el ECOSOC o sus Comisiones; ii) la posibilidad de que representantes del ECOSOC participen en las deliberaciones de los organismos especializados; y iii) la posibilidad de que el Consejo de Administración Fiduciaria requiera la ayuda de los organismos especializados (arts. 70 y 91).

Asimismo, con referencia en los acuerdos de base se han establecido otras posibilidades como: i) intercambio de informes y documentos; o ii) cooperación con el ECOSOC a fin de informar a la AG y al CdS en cuestiones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Pero la cooperación entre ambos sujetos de Derecho Internacional no sería posible sin una buena coordinación. Esta coordinación encuentra su base, tanto en la Carta de las Naciones Unidas (artículos 17, 58, 64.1, 63.2 y 68) como en los acuerdos de base. Así, es posible que las Naciones Unidas propongan a los organismos especializados la inclusión de cuestiones en el orden del día de sus reuniones y, también que se mantenga una estrecha coordinación recíproca entre los diferentes órganos regionales o técnicos de la ONU y los organismos especializados.

La coordinación, además de por la AG y el ECOSOC, puede realizarse a través de tres procedimientos: i) a través del complejo entramado de órganos subsidiarios que buscan la coordinación institucional; ii) a través de la coordinación operativa en el territorio de los Estados donde llevan a cabo las actividades; y iii) a través de mecanismos de seguimiento y coordinación de las Declaraciones y Programas de Acción.

## **3. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)**

La idea de creación de una organización internacional en el ámbito científico y cultural presente desde principios del S. XX, finalmente se culmina con la creación en 1945, a instancias de la Conferencia de Ministros Aliados de Educación, transformándose en organismo especializado desde 1946, teniendo su sede en París.

### 3.1. Fines

Su fin general es el de “contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales que, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo” (artículo I Constitución UNESCO).

Para ello la organización cuenta con funciones que consisten esencialmente en: i) fomentar el conocimiento y comprensión mutuos de las naciones, ii) impulsar la educación y la difusión de la cultura, y iii) ayudar a la conservación, al progreso y a la difusión del saber. Además de las funciones recogidas en la Constitución, es importante tener presente los aspectos recogidos en los documentos estratégicos, como el Documento 37 C/4 (2013), que se traducen luego en programas bianuales.

### 3.2. Miembros:

Puede distinguirse entre miembros de pleno derecho, que en el momento actual son 195, y miembros asociados, que en el momento actual son 11. La condición de miembro asociado está reservada para aquellos territorios que no tengan “por si mismos la responsabilidad de la dirección de sus relaciones exteriores”.

Para ser miembro de pleno derecho se establecen dos procedimientos, dependiendo de si nos encontramos ante Estados que ya son miembros de las Naciones Unidas o no. Así, mientras que en el caso de los primeros únicamente han de notificar su voluntad de admisión, en el caso de los segundos será necesario que su candidatura sea aprobada por 2/3 de los miembros de la Conferencia General.

Una cuestión curiosa es que la suspensión o expulsión de un Estado de las NN UU conlleva la automática expulsión de éste de la UNESCO. Asimismo, se prevé la retirada de la organización.

### 3.3. Estructura orgánica:

#### 3.3.1. Conferencia General:

Constituye el órgano deliberante supremo y está compuesto por delegaciones tanto de los miembros de pleno derecho, como de los miembros asociados. Asimismo, podrán participar en este órgano representantes de aquellas OOII que mantengan relaciones con la UNESCO, siempre que así se acuerde.

Se reúne cada dos años en sesión ordinaria, pudiendo celebrar reuniones extraordinarias, adoptándose los acuerdos por mayoría simple o cualificada atendiendo a lo que establezca la normativa (art. IV).

Las funciones encomendadas a la Conferencia General son, esencialmente: i) determinar la política general de la OI; ii) aprobar las Convenciones concluidas entre la UNESCO y otros organismos internacionales; iii) convocar Conferencias Internacionales; iv) aprobar recomendaciones y proyectos de convenciones; v) examinar los informes periódicos enviados por los Estados; o vi) designar al Director General entre otras.

### 3.3.2. Consejo Ejecutivo:

Está compuesto por 58 Estados miembros elegidos por la Conferencia General teniendo en cuenta: la competencia de la persona en el ámbito cultural, científico y/o educativo, la diversidad de culturas y una distribución geográfica equitativa (art. V).

Sus funciones son básicamente de tipo ejecutivo y consisten en: i) preparar el orden del día de las reuniones de la Conferencia General y el proyecto de presupuesto; ii) ejecutar el programa aprobado por la Conferencia General; iii) ejercer funciones de asesoramiento ante las Naciones Unidas.

### 3.3.3. La Secretaría:

Está formada por el Director General, elegido cada cuatro años, y del personal necesario para desarrollar las funciones de muy diversa índole encomendadas. La secretaría se estructura en diferentes oficinas, departamentos y servicios.

## 4. La Organización Internacional del Trabajo (OIT/ILO)

Se crea en 1919, a través del Tratado de Versalles, siendo modificada su constitución en 1922 y convirtiéndose en organismo especializado de las Naciones Unidas en 1946. Tiene su sede en Ginebra.

### 4.1. Fines

Los fines u objetivos de la organización son muy amplias y vienen recogidas en su Constitución y fueron reafirmados en la Declaración de Filadelfia adoptada en 1944 por la XXIV Conferencia General de la Organización, pudiendo agruparse en cuatro objetivos estratégicos: i) promover y cumplir las normas y los principios y los derechos fundamentales en el trabajo; ii) generar mayores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos; iii) mejorar la cobertura y la eficiencia de una seguridad social para todos; y iv) fortalecer el tripartidismo y el diálogo social.

Para la consecución de tales fines, se establecen tres tipos de programas: programas técnicos, programas regionales y actividades de apoyo.

Asimismo, es importante tener presente que las funciones de la OIT son esencialmente normativas, consistiendo en la adopción de tratados (convenciones) y recomendaciones en materia de relaciones laborales. No obstante, es importante señalar que la constitución también le confiere funciones de control, siendo posible que tanto una organización de trabajadores, como de empleadores presente una reclamación contra un Estado por incumplimiento de una Convención en vigor para el Estado.

#### 4.2. Miembros

En la actualidad forman parte de la OIT 187 Estados teniendo todos los mismos derechos y obligaciones. No obstante, podemos distinguir entre: i) miembros originarios, los que ya lo eran a 1 de noviembre de 1945 y ii) miembros admitidos.

Para convertirse en Estado en el caso de los Estados ya miembros de la ONU, únicamente se requiere la presentación de una Declaración Formal asumiendo las obligaciones que derivan de la Constitución ante el Director General de la OIT. Si un Estado no miembro de la ONU desea ingresar en la OIT, además de la declaración formal, será necesario el apoyo de 2/3 de delegados presentes y votantes en la Conferencia General (art. 1.3).

La constitución prevé la posibilidad de retirada (art. 1.5), exigiéndose un preaviso de dos años y siendo posible la readmisión (art. 1.6).

#### 4.3. Estructura orgánica:

Aunque la OIT es una organización intergubernamental, la peculiaridad de sus funciones va a incidir en la composición de sus órganos.

##### 4.3.1. Conferencia General:

La denominada Conferencia Internacional del Trabajo está compuesta por cuatro delegados de todos los Estados miembros, dos de los cuales representan al gobierno, y los otros dos representan a empleadores y trabajadores respectivamente. Se reúne una vez al año, durante el mes de junio, en su sede de Ginebra.

Sus funciones básicas son: i) elaborar y adoptar convenciones o recomendaciones en materia laboral; ii) supervisar la aplicación de los convenios y recomendaciones por parte los Estados, a través del examen de las Memorias presentadas por ellos y a través de quejas y reclamaciones presentadas por empresarios o trabajadores; iii) examinar el Informe Global en materia de principios y derechos fundamentales en el trabajo; iv) constituye un foro de debate sobre cuestiones sociales y laborales importantes. Asimismo, cada dos años, es la Conferencia la que debe aprobar el programa de trabajo y el presupuesto de la organización.

##### 4.3.2. El Consejo de Administración

Es el órgano ejecutivo, compuesto por 56 miembros titulares, de los que 28 representan a los Gobiernos, 19 a los empleadores y 19 a los trabajadores. De los representantes de los gobiernos, diez está reservados a los diez países de mayor importancia industrial (Alemania, Brasil, China, Estados Unidos, Francia, India, Italia, Japón, Reino Unido y Rusia), siendo elegidos los demás por la Conferencia cada tres años.

En cuanto a las funciones, además de aquellas relacionadas con el funcionamiento de la organización como pueda ser la elección del Director General (art. 8.1) o el examen de las reclamaciones (art. 24 y 25), realiza la función de control de la Oficina Internacional del Trabajo.

##### 4.3.3. La Oficina Internacional del Trabajo

Es la Secretaría Permanente de la OIT y ejerce funciones de secretariado técnico bajo la dirección del Director General y el control del Consejo de Administración.

## 5. La Organización Mundial de la Salud (OMS/WHO)

Con origen en las Conferencias Sanitarias Mundiales que vienen celebrándose desde 1850, se crea esta organización en 1946 bajo los auspicios de la ONU que convocó la Conferencia Internacional de Sanidad. Su consideración como organismo especializado se produce en 1948. La sede de la Organización se encuentra en Ginebra.

### 5.1 Fines y funciones

A la luz del artículo 1 de su Constitución<sup>2</sup>, la finalidad general consiste en “alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud”.

Para el cumplimiento de esta finalidad, el art. 2 establece cuales son sus funciones, que revisten un carácter eminentemente técnico y entre las que cabe destacar: i) actuar como autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional, ii) ayudar a los gobiernos, a su solicitud, a fortalecer sus servicios de salubridad; iii) proporcionar ayuda técnica a los gobiernos y, en caso de emergencia, prestarles la ayuda que soliciten; establecer y mantener los servicios necesarios, incluidos los epidemiológicos y de estadística; iv) estimular y adelantar las labores destinadas a suprimir enfermedades epidémicas, endémicas y otras, v) proponer convenciones, acuerdos y reglamentos y hacer recomendaciones sobre salubridad internacional, etc.

### 5.2 Miembros:

Al igual que en los supuestos anteriores, en la OMS la condición de miembro puede ser de pleno derecho (195) o miembros asociados. La condición de miembro asociado está reservada para aquellos territorios que no tengan “por sí mismos la responsabilidad de la dirección de sus relaciones exteriores”.

Por lo que se refiere a los miembros de pleno derecho, la Constitución establece dos procedimientos diferenciados dependiendo de si participó en la Conferencia Mundial de Salubridad de 1946 (art. 5) o no (art. 6), bastando una mera notificación de la adhesión en el primer supuesto, y siendo necesaria la aprobación por parte de la Asamblea de Salud por mayoría simple en el segundo.

### 5.3. Estructura orgánica:

Dada la amplitud geográfica de la cooperación en materia sanitaria, así como el impacto de los temas tratados, se ha hecho necesario introducir el principio de descentralización funcional dentro de la propia organización, lo que ha provocado la creación de diversas organizaciones regionales, oficinas de enlace y otros entes dando lugar a una estructura muy compleja.

Dentro de esta estructura, destacan tres órganos principales: la Asamblea Mundial de la Salud, el Consejo Ejecutivo y la Secretaría, dirigida ésta por un Director General.

<sup>2</sup> <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>

### 5.3.1. Asamblea Mundial de la Salud:

Es el órgano plenario de la organización y está compuesta por delegaciones de todos los Estados miembros. Dada la especialidad del ámbito de actuación de la OMS, para ser elegido miembro de la delegación, se debe ser una persona de las “más capacitadas por su competencia técnica en el campo de la salubridad, y representando, de preferencia, la administración nacional de salubridad del Miembro” (art. 11).

Se reúne en sesiones ordinarias una vez al año, y en sesiones extraordinarias siempre que sea necesario.

Sus funciones, además de determinar la política general de la Organización, consisten en: i) nombrar al Director General, ii) establecer los Comités que considere necesarios para el trabajo de la organización; iii) promover y realizar investigaciones en el ámbito de la salubridad; iv) Aprobar convenciones o acuerdos; v) adoptar reglamentos o vi) hacer recomendaciones (art. 18-23).

### 5.3.2. Consejo Ejecutivo:

Está compuesto por 34 miembros elegidos por un período de tres años, pudiendo ser reelegidos. La designación se hace de modo indirecto ya que, es la Asamblea quien elegirá a los Estados que, a su vez, deberán designar las personas que finalmente se convertirán en miembro. Para la determinación de la composición del Consejo, la Asamblea deberá tener en cuenta una distribución geográfica equitativa (art. 24).

El Consejo celebrará al menos dos reuniones anuales y, entre sus funciones (art. 28), puede: i) dar efecto a las decisiones y a las políticas de la Asamblea, ii) actuar como órgano ejecutivo; preparar el programa de sesiones de la Asamblea, iii) estudiar todo asunto que esté bajo su competencia o iv) tomar medidas de emergencia, de conformidad con las funciones y los recursos de la organización, para hacer frente a casos de emergencia.

### 5.3.3. Secretaría:

Está compuesta por el Director General y el personal técnico y administrativo que se estime necesario.

## 6. La Organización Mundial del Turismo (OMT/UNWTO)

Con el fin de promocionar y desarrollar el turismo, en el entendimiento de que existe un vínculo estrecho entre turismo y desarrollo económico, se crea a través de la adopción de su Estatuto en 1970, que entró en vigor en 1974. El caso de creación de este organismo es peculiar pues se crea a través de la transformación de una organización no gubernamental, la Unión Internacional de Organismos Oficiales de Turismo (UIOOT).

La sede de la Organización está en Madrid.

### 6.1. Fines

A la luz del artículo 3 de sus Estatutos el objetivo fundamental de la OMT será la promoción y desarrollo del turismo para contribuir “al desarrollo económico, la comprensión internacional, la paz, la prosperidad y el respeto universal, y la observancia de los derechos

humanos y libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión”. En esencia, lo que pretende la organización es, no sólo encauzar el turismo de masas a fin de que sea beneficioso para el desarrollo económico y que, además, sirva como “instrumento de entendimiento entre los seres humanos transformándose en un vehículo de paz entre los pueblos”.

## 6.2. Miembros

Además de los miembros efectivos, 159 en la actualidad, la OMT cuenta con miembros asociado (6), es decir, aquellos territorios sin autonomía para las relaciones internacionales, y observadores (Santa Sede y Palestina). Además, dada la naturaleza de la organización existe la posibilidad de establecer miembros afiliados, entre los que se recogen ininidad de entidades dedicadas al turismo<sup>3</sup>.

## 6.3. Estructura orgánica

### 6.3.1. Asamblea General:

Órgano supremo de la organización compuesto por representantes de los miembros efectivos a cuyas reuniones también pueden asistir los miembros asociados, los observadores y los afiliados. Se reúne cada dos años y tiene, además de la competencia general de “examinar toda cuestión y formular toda recomendación sobre cualquier tema que entre en el marco de competencia de la organización”, una serie de competencias específicas recogidas en el art. 12.

### 6.3.2. Consejo Ejecutivo

Es el Consejo de Administración de la OMT y posee la responsabilidad de que la OMT realice su trabajo ajustándose a su presupuesto. Se reúne al menos dos veces al año y está compuesto por miembros elegidos por la Asamblea General en una proporción de 1 por cada cinco miembros, actualmente está compuesto por 35 miembros, asistiendo a sus reuniones, además, un representante de los miembros asociados y dos de los afiliados.

### 6.3.3. Secretaría

Compuesta por un Secretario General, elegido por un período de cuatro años y el personal de la organización.

### 6.3.4. Otros órganos

A la luz de los Estatutos, es posible la creación de órganos subsidiarios.

## 7. La Agencia Internacional de la Energía Atómica (AIEA/OIEA/IAEA)

La necesidad de promover la utilización pacífica de la energía nuclear fue puesta de manifiesto por el presidente norteamericano Truman en 1945 y recalada por Eisenhower ante la AG de la ONU en 1953. Finalmente, el 29 de julio de 1957 se creó la

<sup>3</sup> <https://www.unwto.org/es/miembros-afiliados>.

Agencia/Organismo al entrar en vigor su Estatuto, convirtiéndose en organismo especializado ese mismo año.

La relación de la AIEA con la ONU es especial respecto de otros organismos especializados ya que debe tener al corriente de sus actividades a las NNUU en todo momento, lo que se articula a través de las siguientes obligaciones: i) someter informes a la AG, al ECOSOC otros órganos de la ONU y ii) someter informes sobre su actividad al CdS y advertirle de las cuestiones que son de su competencia en lo que se refiere a los trabajos de la Agencia y iii) presentar informes de las medidas adoptadas como consecuencia de las resoluciones de las NNUU. Su sede está en Viena.

### *7.1. Fines y funciones*

A la luz del art. II de su Estatuto el fin de la Agencia es “acelerar y aumentar la contribución de la energía atómica a la paz, la salud y la prosperidad del mundo entero”.

Para ello, su acción se ha centrado en la promoción del desarrollo de la energía nuclear y el empleo de radioisótopos en medicina, agricultura e industria, así como la difusión de conocimientos técnicos por medio de cursos de formación, becas, conferencias, publicaciones, etc., y debe prestar asistencia técnica. El artículo III se encarga de recoger las funciones del Organismo.

Asimismo, se ha ocupado del control del uso del material nuclear para fines pacíficos (art. III.5). en esta línea, en 1961 se crea el “sistema de salvaguardias del AIEA”, que, tras la entrada en vigor en 1970 del Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP), favoreció la creación del Comité de Salvaguardias. El objetivo de todo el sistema es alertar a la Comunidad Internacional del desvío por parte de un Estado del material nuclear para finalidades no pacíficas. También se prevé la creación de un grupo de inspectores. Como colofón, el Director General podrá transmitir al CdS el incumplimiento del TNP por parte de un Estado para que éste adopte las medidas oportunas.

### *7.2. Miembros*

El artículo IV de su Estatuto distingue entre miembros iniciales, para referirse a aquellos que lo sean de las NNUU o de otro organismo especializado, y otros miembros. En el caso de los miembros iniciales, estos únicamente tendrán que firmar y ratificar el Estatuto de la AIEA en un período de noventa días desde la apertura a la firma. En el caso de los demás, estos deberán ser admitidos por la Conferencia General que previamente deberá determinar si el Estado está capacitado y tiene voluntad de cumplir las obligaciones que derivan del tratado.

En el momento actual son 172 los miembros de la Organización. La RPDC se hizo miembro de la OIEA en 1974, retirándose en 1994.

### *7.3. Estructura orgánica*

#### *7.3.1. Conferencia General*



Compuesta por representantes de todos los Estados miembros, constituye el órgano plenario con competencia general (art. V.E y F) y celebrará un periodo de sesiones ordinario anual, así como todos los extraordinarios que se estimen oportunos.

### 7.3.2. Junta de Gobernadores

La pertenencia a este órgano viene determinada por la tenencia de tecnología nuclear avanzada. Así, formarán parte de esta 35 miembros, entre los que se incluyen los 10 países más adelantados en tecnología nuclear, más aquellos países más adelantados en esta tecnología de las regiones recogidas en el artículo VI.A.I.

### 7.3.3. El Director General

Elegido por un periodo de cuatro años por la Junta de Gobernadores, se encuentra al frente del personal y es el “más alto funcionario administrativo del organismo”. De él dependen diversos departamentos y oficinas<sup>4</sup> que hacen posible el desarrollo de las funciones encomendadas al Director General.

## Bibliografía

M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, 16<sup>a</sup> Ed. (Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, 2010 (en especial pp. 365-400 y 419-422).

## Webgrafía

OIT <https://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>

OIEA/AIEA <https://www.iaea.org/es>

OMS <https://www.who.int/es>

OMT/UNWTO <https://www.unwto.org/es>.

UNESCO <https://es.unesco.org/>

<sup>4</sup> [https://www.iaea.org/sites/default/files/19/09/gc63-5-orgchart\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/19/09/gc63-5-orgchart_sp.pdf).

## Tema 26

### **Las Naciones Unidas (IV). Organismos especializados de las Naciones Unidas. La labor de la FAO y del PNUMA. El ACNUR y la OIM. La labor de los organismos en materia de comunicaciones: UPU, UIT, OACI y OMI.**

Sumario: 1. El sistema de las Naciones Unidas. 2. La labor en el ámbito de la agricultura y la alimentación: la FAO y el PNUMA 3. Movimiento de Personas y Naciones Unidas. 3.1. El ACNUR. 3.2. La Organización Internacional de las Migraciones (OIM) 4. La labor de los organismos en materia de comunicaciones. 4.1. La Unión Postal Universal (UPU). 4.2. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). 4.3. La Organización de Aviación Civil Internacional. 4.4. La Organización Marítima Internacional (OMI).

#### **1. El sistema de las Naciones Unidas**

La Organización de las Naciones Unidas fue creada con el fin de garantizar la paz desde una concepción integral, para lo que se le confiere competencia general, lo que hace que su campo de actuación sea ilimitado.

Para poder cumplir con sus funciones se ha creado un entramado compuesto por organismos y organizaciones y organismos de diversa naturaleza que forman lo que ha venido en denominarse “sistema de las Naciones Unidas”. En este sistema se integran los organismos especializados que hemos venido viendo en esta y la lección precedente, y otros organismos denominados órganos, fondos o programas.

Como ya hemos apuntado, los organismos especializados son organizaciones internacionales que poseen una naturaleza y personalidad jurídica independiente de la ONU, pero que mantienen una relación especial con ella en base a un acuerdo concluido entre ambas OOI. Además de los ya analizados podríamos mencionar el Fondo monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BIRF-AIF) o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Por su parte hay otros órganos que forman parte integrante de la ONU y que dependen de la Asamblea General o del ECOSOC, si bien poseen un presupuesto al margen del general de la organización y en muchas ocasiones su financiación depende de las aportaciones voluntaria de los Estados, incluso de donantes particulares. Entre estos destacan el PNUD, el PNUMA, UNICEF, ACNUR o la OIM.

#### **2. La labor en el ámbito de la agricultura y la alimentación: la FAO y el PNUMA.**

En el ámbito de la agricultura y la alimentación, en el marco del sistema de las Naciones Unidas, podemos destacar la labor de la FAO, organismo especializado de las Naciones

Unidas ocupado de las cuestiones relativas a agricultura y alimentación, y el PNUMA, programa de la organización focalizado en el medio ambiente.

La *Organización Internacional para la Agricultura y la Alimentación (FAO)* se crea en 1945, en la Conferencia de Quebec, siguiendo la senda de algunas iniciativas de principios del Siglo XX, pasando a ser organismo especializado en 1946. Su sede está en Roma.

Los fines generales de la FAO son muy amplios y podrían englobarse en la idea de reunir, analizar, interpretar y divulgar las informaciones sobre nutrición, alimentación y agricultura (incluida la pesca y los productos del mar, la servicultura y el desarrollo rural). Para el cumplimiento de estos fines generales, el art. I de su Constitución define los fines específicos que se encaminan al estudio, la información y la asistencia técnica en su ámbito material concreto.

Al igual que en otros supuestos de organismos especializados, los miembros pueden ser de pleno derecho o asociados. En el caso de los primeros, estos a su vez pueden ser miembros fundadores -los recogidos en el Anexo I del Art. XXII- o admitidos -requiriendo mayoría de 2/3 en la Conferencia General-. La condición de miembro asociado está reservada para aquellos territorios que no tengan "por sí mismos la responsabilidad de la dirección de sus relaciones exteriores". En la actualidad son 195 los Miembros, 194 Estados y la Unión Europea, y dos Miembros asociados.

La estructura orgánica de la FAO es muy compleja<sup>1</sup> ya que, además de los organismos principales centrales previstos en su Constitución, se han ido creando comisiones nacionales e infinidad de oficinas y servicios administrativos. Los órganos principales centrales son la Conferencia, el Consejo y el Director General.

La *Conferencia* constituye el órgano plenario y deliberante y está compuesto por delegados de todos los Estados Miembros, reuniéndose cada dos años. Entre otras funciones, está encargado de la preparación de los proyectos de convenciones y recomendaciones a los Estados y OOI sobre las materias de competencia de la organización, así como de preparar programas de asistencia técnica.

Asimismo, se establecen Conferencias Regionales (África, América y Caribe, Asia y Pacífico, Cercano Oriente y Europa) que se reunirán una vez por bienio en los años en que no se celebre periodo de sesiones de la Conferencia.

El *Consejo* es el órgano que dirige los trabajos de la FAO en los períodos comprendidos entre las sesiones de la Conferencia. Dentro de él existen diferentes comités permanentes especializados (Comité de Agricultura, de Problemas de Productos Básicos, de Pesca o Forestal, como comités técnicos, y el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial). Está

<sup>1</sup> <http://www.fao.org/about/org-chart/es/>

compuesto por 49 Estados miembros, elegidos por un período de tres años, más un presidente designado por la Conferencia para un período de dos años renovables.

El *Director General*, es elegido por la Conferencia por un período de seis años, y, bajo la supervisión del Consejo y la Conferencia, dirigirá la organización. Está a la cabeza de un complejo entramado administrativo compuesto por oficinas, departamentos, direcciones y servicios.

Por su parte, el *Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMD/UNEP)*, dependiente de la Asamblea General de la ONU es “la autoridad ambiental líder en el mundo. Establece la agenda ambiental a nivel global, promueve la implementación coherente de la dimensión ambiental del desarrollo sostenible en el sistema de las Naciones Unidas y actúa como firme defensor del medio ambiente”<sup>2</sup>. Fue creado por la A/RES/2997 (XXIV) en 1972.

Tiene su sede en Nairobi (Kenia) y liderado por un Director Ejecutivo, trabaja a través de divisiones, oficinas regionales, de enlace y oficinas externas.

El trabajo del programa se organiza en base a siete áreas temáticas: i) cambio climático, ii) desastres y conflictos, iii) manejo de ecosistemas, iv) gobernanza ambiental, v) productos químicos y desechos, vi) eficiencia de recursos y vii) medio ambiente bajo revisión.

En el seno del programa se engloban algunos de los tratados más importantes en materia de medio ambiente como son el Convenio sobre Biodiversidad Biológica (1992), la Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres (1979) o la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (1973).

### **3. Movimiento de Personas y Naciones Unidas.**

Uno de los retos del mundo actual es el del movimiento de personas y el respecto de los derechos humanos. Para ello, en el sistema de Naciones Unidas existen diferentes organismos.

#### **3.1. El ACNUR**

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), creado por la Asamblea General a través de su Resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950, actúa bajo la autoridad de la Asamblea General y tiene su sede en Ginebra. Inicialmente se creó al término de la Segunda Guerra Mundial para ayudar a los millones de europeos desplazados a causa de aquel conflicto, pero hoy su labor es mucho más amplia, siendo sus funciones esenciales proporcionar protección internacional a los refugiados, buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados, ayudando a los gobiernos y a las organizaciones privadas, y facilitar la repatriación voluntaria o la integración de los refugiados en nuevas comunidades.

<sup>2</sup> <https://www.unenvironment.org/es/sobre-el-programa-de-la-onu-para-el-medio-ambiente/por-que-nuestro-trabajo-es-importante>

Asimismo, tras la adopción en 1951 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, la oficina del ACNUR se convierte en el “guardián” de ambos textos internacionales, estableciéndose además la obligación para los Estados Parte de colaborar con el ACNUR para garantizar que los derechos de las personas que ostentan el estatuto de refugiado se respetan.

Además de la labor que el ACNUR desarrolla en su sede de Ginebra, es esencial la labor que se su personal desarrolla sobre el terreno allí donde sea necesario ayudar a personas desplazadas.

### 3.2. La OIM

La Organización Internacional de las Migraciones (OIM/IOM), creada en 1951 como Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas, cambia de denominación en 1989 y desde 2016 es un organismo especializado de las Naciones Unidas. Establece su sede en Ginebra.

La OIM es la principal organización internacional para las migraciones y cuenta con las siguientes funciones: i) ayudar a enfrentar los crecientes desafíos que plantea la gestión migratoria a nivel operativo; ii) fomentar la comprensión de las cuestiones migratorias; iii) alentar el desarrollo social y económico a través de la migración y iv) velar por el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los migrantes. Para cumplir con estas funciones ofrece servicios de asesoramiento a los gobiernos y a los migrantes.

En la actualidad está compuesta por 173 Estados miembros y 162 observadores, entre los que se encuentran Estados, organizaciones intergubernamentales y organismos no gubernamentales<sup>3</sup>.

En cuanto a su estructura orgánica, posee una estructura altamente descentralizada, lo que le ha permitido ir implementando los proyectos asumidos.

Los órganos de la OIM son el Consejo y la Administración. Asimismo, posee: i) nueve oficinas regionales, ii) dos oficinas especiales de enlace, iii) dos centros administrativos, iv) más de 460 oficinas y sub-oficinas en países, v) un centro de fortalecimiento institucional para África y vi) un Centro de Análisis de Datos sobre Migraciones.

El Consejo, formado por un representante de cada Estado Miembro, con derecho a voto, celebra una sesión ordinaria una vez al año y puede celebrar todas aquellas reuniones extraordinarias que estime pertinentes. A sus sesiones pueden acudir los observadores sin derecho a voto.

La Administración esta compuesta por un Director General y un Director General Adjunto, elegidos por el Consejo por un período de cinco años, así como el personal que el Consejo determine.

## 4. La labor de los organismos especializados en materia de comunicaciones.

<sup>3</sup> <https://www.iom.int/es/miembros-y-observadores>.

La cooperación en el marco de estructuras institucionales permanentes en materia de comunicaciones y transportes se sitúa en el origen de la Organización Internacional como realidad, ya que el desarrollo tecnológico en este ámbito es uno de los catalizadores de esta evolución<sup>4</sup>. Así, muchas de los organismos especializados que aún desarrollan su labor en el momento actual nacieron a finales del S.XIX o principios del Siglo XX.

#### 4.1. La Unión Postal Universal (UPU)

Creada como Unión General de Correos en 1874, pasó a denominarse Unión Postal Universal en 1876, es la segunda organización internacional más antigua del mundo. Se convirtió en organismo especializado de la ONU en 1948 y tiene su sede en Berna.

En esencia, la creación de la organización permite que los países que la forman sean un único territorio postal para el recíproco intercambio de correspondencia en el que existe libertad de tránsito<sup>5</sup>.

##### 4.1.1. Fines

Los fines de la organización son “asegurar la organización y el perfeccionamiento de los servicios postales y favorecer en este ámbito, el desarrollo de la colaboración internacional”, participando en la medida de lo posible en “la asistencia técnica postal solicitada por sus Países miembros” (art. 1.2 y 3).

En esencia, la UPU establece las normas para el intercambio postal internacional y realiza recomendaciones para estimular el crecimiento del correo. Asimismo, desarrolla un papel de consultoría, mediación y contacto entre los sectores implicados.

##### 4.1.2. Miembros

Está compuesta por 192 Estados que poseen los mismos derechos existiendo únicamente diferencias en el modo de admisión. Así, como ya hemos visto en otros supuestos, además de aquellos Estados que lo fueran en el momento de entrar en vigor la Constitución y de cualquier Estado miembro de la ONU – que pasan a ser miembros de la UPU con la mera adhesión-, para los demás Estados no miembros de la ONU será necesaria la aprobación por los 2/3 de los miembros.

##### 4.1.3. Estructura orgánica.

Posee una estructura muy compleja que ha sido modificada en varias ocasiones, siendo los órganos principales el Congreso, el Consejo de Administración, el Consejo de Explotación Postal y la Oficina Internacional.

i) El *Congreso* está formado por representantes de todos los países miembros y se reúne de forma ordinaria cada cuatro años (como máximo) teniendo por misión la revisión de la Constitución y toda la normativa de la UPU. Asimismo, es posible que se reúna de forma extraordinaria y está prevista la celebración de una *Conferencia de Estrategia Postal Mundial* en mitad del período entre dos Congresos.

<sup>4</sup> J. M. Sobrino Heredia, “Las Organizaciones Internacionales: Generalidades”, en *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª Ed. (M. Díez de Velasco, Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, 2010, pp. 37-38.

<sup>5</sup> M. Díez de Velasco y A. Rey Adeiros, “Organismos especializados en el campo de las comunicaciones”, en *Las Organizaciones Internacionales*, op. cit., p. 401.

ii) El *Consejo de Administración*, formado por miembros que son elegidos por el Congreso, tiene la función de dar continuidad a los trabajos del Congreso en el período entre dos Congresos. Sus miembros son elegidos respetando una distribución geográfica equitativa. En la actualidad está compuesto por 41 miembros.

iii) El *Consejo de Explotación Postal*, órgano técnico y operativo de la UPU, tiene un programa de trabajo que está orientado a ayudar a los servicios de correos a modernizar y mejorar sus productos y servicios. Para ello, puede adoptar recomendaciones para los Estados miembros sobre estándares y prácticas comunes en aquellos ámbitos que sea necesario. Está formado por cuarenta miembros elegidos por el Congreso.

iv) La *Oficina Internacional*, dirigida por el Director General, desarrolla las funciones de secretaría y sirve como órgano u oficina de enlace, información y consulta para los miembros. El trabajo de la Oficina se ve reforzado con la labor de los coordinadores regionales y por el Centro Tecnológico Postal.

#### 4.2. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)

En el año 1865, en París, para gestionar la primera red telegráfica internacional, se crea la Unión Telegráfica Internacional que, unida a la Unión Radiotelegráfica Internacional, dan lugar en 1932 a la UIT. En 1949 adquiere el estatus de organismo especializado de la ONU y tiene su sede en Ginebra.

##### 4.2.1. Fines

Los fines de la UIT, así como los medios para conseguirlos, se encuentran recogidos en el art. 1. de su Constitución y son muy amplios, habiendo sido ampliados según han ido avanzando las tecnologías en el campo de las comunicaciones. En esencia, podríamos afirmar que los fines generales de la UIT son “facilitar la conectividad de las redes de comunicaciones, atribuir en el plano mundial el espectro de frecuencias radioeléctricas y las órbitas de satélite y elaborar las normas técnicas que garantizan la interconexión armoniosa de las redes y tecnologías”. Asimismo, intenta “mejorar el acceso a las TIC para las comunidades insuficientemente atendidas del mundo”<sup>6</sup>.

##### 4.2.1. Miembros

La UIT está abierta tanto a los Estados, en tanto que miembros de la Organización, como a empresas, centros de investigación u organizaciones internacionales, en tanto que miembros de los Sectores que se establecen en el seno de la organización. Básicamente la UIT constituye una plataforma para la asociación de los sectores público y privado del mundo de las telecomunicaciones, ascendiendo a 193 los Estados miembros y a 900 los miembros de los Sectores.

Al igual que hemos visto en casos anteriores, para ser miembro de la organización se distingue entre aquellos Estados que lo hubieran sido de una de las OI de telecomunicaciones precedentes o de las Naciones Unidas, y aquellos que no se encuentran en ninguna de estas situaciones. En el primer caso será suficiente con la adhesión a la

<sup>6</sup> <https://www.itu.int/es/about/Pages/default.aspx>

Constitución de la UIT, mientras que en el segundo se requerirá la aprobación por parte de 2/3 de los miembros (art. 53).

#### 4.2.1. Estructura orgánica

Debido a su naturaleza esencialmente técnica, la estructura orgánica de la UIT es muy compleja.

i) La *Conferencia de Plenipotenciarios*, está integrado por todos los miembros de la OI y se reúne cada cuatro años. Considerada el órgano supremo de la organización, determinará los principios generales para cumplir con los fines atribuidos, se ocupa de la revisión del Convenio en su caso y nombra al Consejo de Administración y al Secretario General, entre otras funciones.

ii) El *Consejo* actúa como órgano rector en el intervalo entre Conferencias de Plenipotenciarios. Su principal cometido consiste en estudiar las grandes cuestiones de política de las telecomunicaciones, asegurar la coordinación de las actividades de la UIT y ejercer el control del presupuesto.

En la actualidad está compuesto por 48 miembros elegidos por la Conferencia respetando un reparto geográfico equitativo [Américas (9), Europa occidental (8), Europa oriental y Asia septentrional (5), África (13), Asia y Australasia (13)].

Desde el año 2001 se ha establecido la “Troika del Consejo” para facilitar la transición y dar continuidad a los trabajos de la presidencia del Consejo.

iii) Pueden celebrarse *Conferencias mundiales* de telecomunicaciones sobre temas particulares de telecomunicaciones en las cuales pueden revisarse los Reglamentos Administrativos (art. 25).

iv) La *Secretaría General* es el órgano permanente de la organización, dirigida por el Secretario General, que tomará las medidas necesarias para garantizar la utilización de los recursos de la Unión y supervisará los aspectos financieros y administrativos de las actividades de la Unión.

Sus objetivos son: i) informar a los miembros sobre las actividades y la situación financiera, ii) llevar a cabo la gestión efectiva de la UIT, iii) encargarse de la coordinación intersectorial de las actividades, iv) desarrollar la cooperación internacional y vi) ocuparse del intercambio de información y promoción de la UIT.

v) Dada la naturaleza eminentemente práctica de la UIT, se han creado tres *Sectores*: el de Radiocomunicaciones, el de normalización de las Telecomunicaciones y el de desarrollo de las Telecomunicaciones. Estos Sectores, dirigidos por un Director General, se estructuran en Asambleas Plenarias, Comisiones de Estudio y Grupos Asesores y tienen competencia para formular recomendaciones sobre sus ámbitos de acción.

#### 4.3. La Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI/I CAO)

Creada en 1947 a través de la Convención de Chicago, se transforma en organismo especializado ese mismo año y establece su sede en Montreal.

##### 4.3.1. Fines



Estos se encuentran recogidos de forma muy amplia en el art. 44 de la Convención, pero podrían condensarse en la idea de desarrollar los principios y las técnicas en la navegación aérea internacional, así como fomentar la organización y el desenvolvimiento del transporte aéreo internacional. En esta línea, la OACI tiene capacidad normativa a través de la adopción de: i) prácticas recomendadas, ii) estándares o normas internacionales y, iii) “anexos”. Asimismo, puede preparar el texto de tratados internacionales sobre las materias de su competencia.

#### 4.3.2. Miembros

La OACI únicamente esta abierta a Estados soberanos, contando en la actualidad con 193 Miembros. En la Convención se distingue entre Estados originarios, que son aquellos que fueron parte en la Convención de Chicago de 1944, y adheridos, entre los que se establecen diferentes categorías a efectos de establecer procedimientos más cualificados de admisión. Además, es posible que en los diferentes órganos de la OACI participen invitados, entre los que se encuentran: i) Programas, Comisiones o Agencias de las NNUU, ii) Organizaciones Intergubernamentales y iii) organizaciones no gubernamentales<sup>7</sup>.

#### 4.3.3. Estructura orgánica

Podemos distinguir entre órganos principales (Asamblea, Consejo y Secretaría) y órganos auxiliares (Comisión de Navegación Aérea, el Comité de Transporte Aéreo y el Comité de Ayuda Colectiva a los Servicios de Navegación Aérea).

i) La *Asamblea* es el órgano plenario, compuesto por delegados de todos los Estados miembros. Se reúne al menos cada tres años y, siendo el órgano deliberante supremo, tiene poderes de información, de recomendación, de preparación de Convenciones internacionales y de sanción.

ii) El *Consejo* es el órgano permanente y de ejecución y está compuesto por 36 miembros elegidos por la Asamblea en base a dos criterios: su importancia en materia de transporte y suministro de instalaciones y servicios, por una parte, y una distribución geográfica equitativa, por otra. Posee poderes de información, recomendación, reglamentación y arbitraje.

iii) La *Secretaría*, presidida por el Secretario General, que es nombrado por un período de cinco años, posee una estructura compleja en la que se establecen cinco Direcciones Generales, que a su vez se subdividen en Subdirecciones, Secciones y Subsecciones. Asimismo, se han creado siete Oficinas regionales (África Occidental y Central, África Oriental y Meridional, Europa y Atlántico Septentrional, Asia y Pacífico, Oriente Medio, Norteamérica, Centroamérica y Caribe y Sudamérica).

#### 4.4. La Organización Marítima Internacional (OMI)

En el ámbito de la navegación marítima durante mucho tiempo la cooperación internacional se desarrollo a través de organizaciones privadas y no fue hasta 1948 cuando se adopto el proyecto de Convención por el que se creaba la Organización Consultiva Marítima

<sup>7</sup> <https://www.icao.int/about-icao/Pages/Invited-Organizations.aspx>

Intergubernamental (IMCO), que cambia su denominación a la de Organización Marítima Internacional en 1982. Es organismo especializado desde 1959 y tiene su sede en Londres.

#### 4.4.1. Fines y funciones

Sus fines esenciales son la cooperación internacional en materia de regulación técnica de la seguridad marítima, el comercio internacional por mar, la conservación del medio ambiente marino o la lucha contra la contaminación del mar entre otros. En este sentido, entre sus funciones más importantes se encuentran la preparación de convenios y acuerdos internacionales, la convocatoria de conferencias internacionales y la adopción de recomendaciones.

Entre las Convenciones negociadas en el seno de la OMI merecen especial atención el Convenio Internacional para la Seguridad de la vida humana (SOLAS/1974) o el Convenio Internacional sobre búsqueda y Salvamento Marítimo (SAR/1979).

#### 4.4.2. Miembros

Podemos distinguir entre miembros de pleno derecho (174) y miembros asociados (3). En el caso de los primeros, únicamente pueden serlo los Estados y, dependiendo de si son miembros de las Naciones Unidas o no, y si han participado o no en la Conferencia Marítima de las NNUU de Ginebra de 1948 o no, los requisitos formales para la adhesión son diferentes.

En el caso de los miembros asociados, se trata de aquellos territorios que no tengan “por si mismos la responsabilidad de la dirección de sus relaciones exteriores”, que podrán asistir a las reuniones de los órganos de la OMI, pero no tendrán derecho de voto.

Además, la OMI puede celebrar acuerdos de cooperación con OOII sobre cuestiones de interés común, ascendiendo el número de estos a 63 en la actualidad, y también puede reconocer carácter consultivo a organizaciones no gubernamentales, poseyendo este carácter 80 en este momento.

#### 4.4.3. Estructura orgánica

La estructura de la OMI está compuesta por una Asamblea, un Consejo, la Secretaría y cinco Comités principales: a) el Comité de Seguridad Marítima, b) el Comité de Protección del Medio Marino, c) el Comité jurídico, d) el Comité de Cooperación Técnica y e) el Comité de Facilitación.

i) La *Asamblea*, compuesto por representantes de todos los Estados miembros, es el órgano plenario y deliberante y se reúne en sesiones ordinarias cada tres años. Sus funciones se centran en la elaboración de recomendaciones, la aprobación del plan de trabajo y la adopción del presupuesto.

ii) El *Consejo* es el órgano ejecutivo de la OMI que supervisa la labor de la organización y desempeña todas las funciones de la Asamblea en el periodo entre sesiones ordinarias. Está compuesto por 40 miembros elegidos por la Asamblea en virtud de tres categorías: a) diez Estados con los mayores intereses en la provisión de servicios marítimos internacionales; b) diez Estados con los mayores intereses en el comercio internacional; c) veinte Estados

con intereses en el transporte marítimo o la navegación y que garanticen una representación geográfica equitativa y no se encuentren en las categorías anteriores.

iii) La *Secretaría*, dirigida por el Secretario General, cuenta con todo el personal que sea necesario y realiza una gran diversidad de funciones.

### **Bibliografía**

M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª Ed. (Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, 2010 (en especial pp. 401-415 y 434-437).

### **Webgrafía**

ACNUR <https://www.acnur.org/>

FAO <http://www.fao.org/home/es/>

OACI/ICAO <https://www.icao.int/Pages/default.aspx>

OIM/IOM <https://www.iom.int/es>

OMI/IMO <https://www.imo.org/>

PNUMA/UNEP <https://www.unenvironment.org/es>

UIT/ITU <https://www.itu.int/es/Pages/default.aspx>

UPU/ <https://www.upu.int/en/Home>

## Tema 27

### **Organizaciones en el ámbito americano. Precedentes históricos. La OEA. CELAC. Organizaciones regionales: MERCOSUR, PROSUR, Alianza del Pacífico, CAN, SICA y CARICOM.**

Sumario: 1. Organizaciones Internacionales en América: una visión histórica. 2. La Organización de Estados Americanos (OEA) 3. Organizaciones Subregionales: 3.1. La Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). 3.2. La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) 3.3. El Mercado Común del Sur (MERCOSUR). 3.4. La Alianza del Pacífico. 3.5. La Comunidad Andina (CAN). 3.6. Sistema de Integración Centroamericana (SICA). 3.7. Comunidad del Caribe (CARICOM).

#### **1. Organizaciones Internacionales en América: una visión histórica**

La proliferación de organismos y organizaciones internacionales en el continente americano es una constante histórica. Podría afirmarse que “la convergencia de un pasado, la problemática de un presente y las posibilidades del futuro se dan cita una y otra vez en los gobiernos americanos, quienes se aproximan unos a otros para resolver entre todos, a escala continental, muchas de las situaciones que la mayoría de ellos tienen planteada en el ámbito nacional”<sup>1</sup>.

Otra idea que debe tenerse presente en esta evolución es la del panamericanismo que se produce de forma paralela al proceso de independencia en Iberoamérica. Así, en 1824, Simón Bolívar, el *Libertador*, propone una reunión para los Gobiernos americanos que tiene lugar en Panamá en 1826 y que sentará las bases para la cooperación entre los Estados americanos. En 1890, en la Conferencia de Washington, se crea la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, cuyas estructura y funciones serán modificadas y ampliadas a través de la Conferencia de México (1902), la Conferencia de Río de Janeiro (1906), la Conferencia de Buenos Aires (1910), la Conferencia de La Habana (1928) y la Conferencia de Lima (1938). En la evolución hacia la creación de la OEA son esenciales también la Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y de la paz de Chapultepec (1945) y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro (1947).

#### **2. La Organización de Estados Americanos (OEA/OAS).**

La OEA nace con la firma de la *Carta de la Organización de Estados Americanos* o *Carta de Bogotá* en 1948, que entró en vigor en diciembre de 1951. Tiene su sede en Washington y oficinas regionales en diversos países miembros.

---

<sup>1</sup> F. G. Fernández Shaw, “Organizaciones y Organismos internacionales americanos”, en *Revista de Política Internacional*, n. 56, julio/octubre 1961, p. 289.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de una organización intergubernamental, regional y con fines generales.

### 2.1. Principios, fines y funciones

Tal y como establece el artículo I de la Carta, la OEA se crea entre los Estados americanos para “lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”.

Para ello, se establecen una serie de principios muy amplios (artículo 3) que se concretan en unos fines específicos (artículo 2), entre los que se encuentran: i) afianzar la paz y la seguridad del continente; ii) promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto del principio de no intervención; iii) prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros; iv) organizar la acción solidaria de los Estados en caso de agresión; v) procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; vi) promover el desarrollo económicos, social y cultural; vii) erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio y viii) alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar mayor número de recursos al desarrollo social y económico de los Estados miembros.

### 2.2. Miembros

En el momento actual son 35 los miembros de la Organización<sup>2</sup>. Los requisitos sustantivos y procedimentales para la admisión de nuevos miembros se regulan en los artículos 6 a 8 de la Carta. Así, los requisitos materiales se concretan en ser un Estado Americano independiente y desear ser miembro de la Organización. Qué deba entenderse por Estado Americano independiente viene aclarado en el artículo 8 de la Carta que afirma que “la condición de miembro de la Organización estará restringida a los Estados independientes del Continente que al 10 de diciembre de 1985 fueran miembros de las Naciones Unidas y a los territorios no autónomos mencionados en el documento OEA/Ser.P, AG/doc.1939/85, del 5 de noviembre de 1985, cuando alcancen su independencia”.

En cuanto al procedimiento para llegar a ser miembro: i) el Estado candidato dirige una nota al Secretario General de la OEA, ii) el Consejo Permanente, por mayoría de 2/3 adopta una recomendación sobre la admisión; iii) la Asamblea General, por mayoría de 2/3 de sus miembros, aprueba la adhesión y, finalmente, iv) el nuevo Estado ratifica la Carta de la OEA.

Se prevé la posibilidad de retirada (artículo 143), aunque no la expulsión de la organización. Si está prevista, en el artículo 9, la suspensión del ejercicio de determinados derechos en el caso de gobiernos democráticos derrocado por la fuerza.

### 2.3. Estructura orgánica

#### 2.3.1. Asamblea General

Es el órgano principal, plenario y supremo de la OEA compuesto por un representante de cada Estado miembro. Es este órgano el que posee las facultades y poderes de decisión

<sup>2</sup> [http://www.oas.org/es/estados\\_miembros/default.asp](http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp)

sobre la acción y las políticas generales de la OEA<sup>3</sup> así como, entre otras funciones: i) robustecer y armonizar la cooperación con las Naciones Unidas y sus organismos especial; ii) colaboración con otras organizaciones internacionales que persigan propósitos análogos a los de la Organización de los Estados Americanos; iii) aprobar el programa-presupuesto de la organización y fijar las cuotas de los Estados miembros o iv) adoptar las normas generales que deben regir el funcionamiento de la Secretaría General (art. 54).

Celebra anualmente una sesión ordinaria, si bien pueden convocarse reuniones extraordinarias si así lo decide el Consejo Permanente (artículo 58).

### 2.3.2. Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores.

Órgano principal de carácter consultivo que está compuesto por los Ministros de Relaciones Exteriores y se reunirá para considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados americanos (art. 61).

### 2.3.3. El Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el desarrollo integral.

Dependientes de la Asamblea General, en ellos están representados todos los Estados Miembros, con categoría de embajador en el caso del Consejo Permanente, y a nivel ministerial, en el caso del Consejo para el desarrollo.

El *Consejo Permanente* tiene como misión el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros, incluida la solución pacífica de controversias, así como otras competencias generales y específicas que se encuentran en diferentes artículos de la Carta; para la realización de sus funciones puede crear comisiones ad hoc (artículo 86).

Por su parte, el *Consejo Interamericano para el desarrollo integral* tiene como principal misión promover la cooperación entre los Estados americanos, con el propósito de lograr su desarrollo integral, y contribuir a la eliminación de la pobreza crítica (artículo 94). Para el cumplimiento de esta misión podrá crear las Comisiones Permanentes especializadas que estime pertinente.

### 2.3.4. El Comité Jurídico Interamericano

Está compuesto por once juristas nacionales de Estados miembros, elegidos por la Asamblea General por un período de cuatro años, siguiendo el criterio del reparto geográfico equitativo.

Es un órgano consultivo en asuntos jurídicos y entre sus funciones destaca la del desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional, a imagen de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

### 2.3.5. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>4</sup>.

Su creación se preveía en la Carta, siendo creada en 1959, a través de una resolución de la Reunión de Consulta, y transformada en órgano principal de la OEA a través del Protocolo de Buenos Aires de 1967. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido el

<sup>3</sup> M. Díez de Velasco y J. M. Sobrino Heredia, “Las Organizaciones Internacionales en América”, en M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª Ed. (Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, 2010, p. 760.

<sup>4</sup> <http://www.oas.org/es/cidh/default.asp>.

motor de toda la actividad desarrollada en el seno de la OEA en materia de derechos humanos”<sup>5</sup>.

La Comisión es una institución de doble naturaleza, promocional y protectora y está compuesta por siete expertos. Estos son elegidos por la Asamblea General, de entre una lista propuesta por los Estados, por un período de cuatros años.

#### 2.3.6. Secretaría General

Dirigida por un Secretario General, constituye el órgano permanente de la OEA. El Secretario General es elegido por la Asamblea General por un período de cinco años, pudiendo ser reelegido para un segundo mandato.

#### 2.3.7. Conferencias especializadas y organismos especializados.

Para el desarrollo de las funciones de la OEA, pueden crearse organismos intergubernamentales con fines específicos -a semejanza de los organismos especializados de las Naciones Unidas-. Asimismo, la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Asuntos Exteriores pueden convocar reuniones intergubernamentales sobre temas concretos en materia de cooperación interamericana.

#### 2.4. La acción de la OEA en materia de derechos humanos

La protección y promoción de los derechos humanos estaba recogida como uno de los fines de la OEA en su Carta constitutiva (artículo 3.I) y, desde antes incluso de la propia creación de la organización, constituye uno de los elementos esenciales de su acción. De hecho, ese vínculo estrecho entre derechos humanos y panamericanismo se hizo evidente en la Conferencia de Chapultepec de 1945 y desembocó en la aprobación simultánea en la IX Conferencia Interamericana de Bogotá de la Carta de la OEA, por una parte, y de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y de la *Carta Interamericana de Garantías Sociales*, por otra.

La adopción de ambos textos en materia de derechos humanos constituye el primer paso para la codificación de este ámbito material en el continente americano. A imagen del PIDCP, se adopta la *Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José* (1969) -completada con el *Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales* (1988) y el *Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte* (1990)-, lo que viene a establecer el instrumento jurídicamente vinculante básico en el ámbito interamericano. A este se sumarán otros textos que, o bien se ocupan de la persecución de las formas más graves de vulneración de los derechos humanos o de la protección de determinados grupos vulnerables como puedan ser: la *Convención interamericana contra la tortura* (1985), la *Convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas* (1994) o la *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad* (1999).

#### 2.4.1. Órganos competentes

<sup>5</sup> C. Escobar Hernández, “Logros: la acción de la OEA en el ámbito de los derechos humanos”, en M. Díez de Velasco y J. M. Sobrino Heredia, “Las Organizaciones Internacionales en América”, op. cit. p. 753.

En el ámbito interamericano se establecen fundamentalmente dos órganos: la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

La primera, posee una doble naturaleza ya que, es un órgano principal de la OEA, pero también es un órgano de control establecido en el Pacto de San José. Por ello, tiene competencia respecto de cualquier cuestión de derechos humanos respecto de cualquier miembro de la OEA a través de los mecanismos extraconvencionales, en tanto que órgano principal de la OEA, y respecto de los Estados parte en el Pacto de San José u otros tratados, en tanto que órgano convencional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, está compuesta por siete jueces, elegidos por los Estados parte en el Pacto de San José y tendrá competencia únicamente en el marco del Pacto de San José o aquellos otros tratados que así lo establezcan.

#### 2.4.2. Mecanismo de control

Distinguimos entre mecanismos convencionales, es decir, activable en el seno de un tratado internacional determinado, y extraconvencionales, es decir, aplicable en el seno de la OEA en general, independientemente del Estado o situación de que se trate. En los convencionales, el sistema más perfeccionado es el que se establece en el marco del Pacto de San José y se articula a través de la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableciéndose diferentes funciones de control para ambos articuladas a través de diversos mecanismos: i) informes periódicos, ii) denuncias interestatales y iii) denuncias individuales. Para la activación de las denuncias interestatales e individuales es necesario cumplir una serie de requisitos.

Sin analizar en profundidad aquí el procedimiento que ha de seguirse en cada caso, baste con señalar que, a diferencia del sistema europeo de protección de los derechos humanos, en el sistema interamericano los individuos particulares no tienen acceso directo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reservándose dicho acceso a los Estados parte en la Convención o a la CIDH.

Por otra parte, es importante señalar que la Corte, además, posee competencia consultiva para interpretar el Pacto y sus Protocolos y aquellos tratados interamericanos de derechos humanos que así lo establezcan.

Por lo que se refiere a los mecanismos extra-convencionales, es la CIDH la competente en este marco pudiendo desarrollar diferentes actividades: i) estudio sobre la situación de los derechos humanos en países concretos; ii) estudio de comunicaciones individuales sobre violaciones de derechos humanos; o iii) investigaciones “in loco”.

### 3. Iniciativas Subregionales.

Aparte de la experiencia de la OEA, que engloba a países de todo el continente americano, se han ido desarrollando diferentes iniciativas con diverso alcance geográfico, en el entorno americano y del Caribe, y que buscan cumplir con muy diversos fines. A continuación analizaremos brevemente algunas de las más significativas.

#### 3.1. La Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC).



La CELAC fue creada en Caracas, en el marco de la III Cumbre de América Latina y el Caribe sobre Integración y Desarrollo (CALC) y de la XXII Cumbre del Grupo de Río, reunidas los días 2 y 3 de diciembre de 2011, a través de la Declaración de Caracas.

Es definida por la propia Declaración de Caracas como “un mecanismo representativo de concertación política, cooperación e integración de los Estados latinoamericanos y caribeños y como un espacio común que garantice la unidad e integración de nuestra región”<sup>6</sup>.

En esencia, se trata de un mecanismo representativo que pretende constituir una voz unificada de la región en temas en los que existe consenso, erigiéndose en el interlocutor de América Latina y el Caribe para buscar una mejor proyección de la región en el mundo, por lo que asume la interlocución con otros países y grupos regionales.

Está compuesta por 33 Estados, que son los que han firmado la Declaración de Caracas.

Su organización y funcionamiento están establecidas en el *Procedimiento de la CELAC*, anejo a la Declaración de Caracas, que lo alejan de los caracteres de una organización internacional, careciendo de personalidad jurídica propia diferente a la de los Estados miembros<sup>7</sup>.

Su marco institucional está conformado por: i) las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno, ii) las Reuniones de Ministros de Asuntos Exteriores, iii) las reuniones de Coordinadores Nacionales y Reuniones Especializadas y iv) la Presidencia *Pro Tempore* (apoyada por una Troika compuesta por el Estado precedente en la presidencia, por el sucesor y también por el Estado que ejerce la presidencia de CARICOM).

### 3.2. La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)

Creada por el Tratado de Brasilia de 2008 constituye la consolidación de la idea de unión entre los países suramericanos que surge como “reacción” al establecimiento de un Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y la propuesta de crear un Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) iniciada en los años noventa del siglo pasado.

Son miembros de UNASUR Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Uruguay, Paraguay, Perú, Surinam y Venezuela.

A la luz de su artículo 2, el objetivo general de UNASUR “es construir un espacio de integración y unión en lo cultural, social y económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad el diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social, la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados”. Este objetivo general se concreta en objetivos específicos recogidos en el artículo 3.

<sup>6</sup> <http://s017.sela.org/celac/quienes-somos/que-es-la-celac/creacion/>

<sup>7</sup> E. C. Díaz Galán y H. Bertot Triana, “La comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC): un enfoque desde la perspectiva de la integración” en *Cuadernos de Política Exterior Argentina*, 126, julio-diciembre 2017, p. 53.

Su estructura orgánica esta compuesta por: i) el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno; ii) el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; iii) El Consejo de Delegadas y Delegados y iv) la Secretaría General.

### 3.3. El Mercado Común del Sur (MERCOSUR)

Creado a través del Tratado de Asunción (1991), tiene sus antecedentes inmediatos en los diversos proyectos de cooperación económica acometidos por Brasil y Argentina desde 1985, así como en la estrecha relación con Paraguay y Uruguay. Hito en este recorrido es el Acta de Buenos Aires de 1990 que, suscrita por los presidentes Menem y Collor recoge la idea de creación de un Mercado Único, creándose a los efectos del estudio de su constitución, binacionalmente, el llamado “Grupo Mercado Único”; a finales de ese mismo año, se unen Paraguay y Uruguay al Grupo en su III Reunión en Montevideo, presentando un proyecto de Mercado Común que finalmente será firmado en marzo de 1991.

Miembros originarios son Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay. Sin embargo, el Tratado de Asunción prevé la posibilidad de incorporación de nuevos miembros, habiéndose incorporado Venezuela y encontrándose en proceso de adhesión Bolivia. Asimismo, son Estados Asociados Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam.

El objetivo principal del MERCOSUR es facilitar la creación de un espacio común que generará oportunidades comerciales y de inversiones a través de la integración competitiva de las economías nacionales al mercado internacional.

Posee una estructura compleja en la que se establecen, entre otros, los siguientes órganos: i) una Presidencia *pro tempore*, ii) el Consejo del Mercado Común, iii) el Grupo Mercado Común -en el seno del cual se crean diferentes comisiones, grupos, subgrupos y reuniones especializadas- y iv) el Parlamento del Mercosur.

### 3.4. La Alianza del Pacífico

A través del Acuerdo de Paraná (2012) se crea la Alianza del Pacífico entre Chile, Colombia, México y Perú.

Nace como una iniciativa económica y de desarrollo entre los Estados que la crean y se constituye en mecanismo de articulación política, económica, de cooperación e integración que busca encontrar un espacio para impulsar un mayor crecimiento y mayor competitividad de las economías que lo integran<sup>8</sup>.

Además de sus cuatro miembros de pleno derecho, existen 59 Estados observadores y es posible la incorporación de Estados Asociados.

Por lo que a la estructura orgánica se refiere, cuenta con: i) la reunión de Presidentes, ii) la Presidencia *pro tempore*, y iii) el Consejo de Ministros. Asimismo, se establece un Consejo Empresarial-CEAP, una Comisión Interparlamentaria y un Consejo de Ministros de Finanzas.

<sup>8</sup> <https://alianzapacifico.net/que-es-la-alianza/>

### 3.5. La Comunidad Andina de Naciones (CAN)

Se crea a través del Acuerdo de Cartagena de 1969 y constituye una de las organizaciones más innovadoras en el panorama del regionalismo internacional que persigue la promoción de un desarrollo equilibrado y armónico de los Estados miembros mediante la integración y la cooperación económica y social.

Sus miembros son Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, tras el abandono en 2006 de Venezuela. Asimismo, es posible tener el Estatuto de Observador, como ocurre con España desde 1979.

La estructura de la CAN, tras la revisión de 1996, esta compuesta, como órganos básicos, por: i) el Consejo Presidencial Andino, ii) el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, iii) la Comisión de la Comunidad Andina; iv) la Secretaría General de la Comunidad Andina, v) el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y vi) el Parlamento Andino. Asimismo, esta estructura se completa con órganos de muy diversa naturaleza y contenidos.

### 3.6. Sistema de Integración Centroamericana (SICA)

El SICA nace a través del Protocolo de Tegucigalpa (1991) a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos o Carta de San Salvador que creara la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) en 1951.

En si mismo el SICA no es una organización internacional si no un sistema en el que se integran diferentes organizaciones, organismos y estructuras de integración de Centro América para constituirla en una región de paz, libertad, democracia y desarrollo.

Los fines perseguidos consisten en asegurar el progreso económico y social de los Estados Miembros, eliminar las barreras que los dividen, mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, garantizar la estabilidad y la expansión de la industria y confirmar la solidaridad centroamericana.

Son Estados miembros originarios Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá a los que se une Belice en 2000 y República Dominicana en 2013. Asimismo, se prevé la posibilidad de que otros Estados y organismos de diverso tipo ostenten el carácter de observadores y/o socios para el desarrollo, ascendiendo en ambos casos el número a 33 en la actualidad.

Su estructura orgánica está compuesta por: i) la Reunión de Presidentes, ii) el Consejo de Ministros, iii) el Comité Ejecutivo y iv) la Secretaría General del SICA.

### 3.7. Comunidad del Caribe (CARICOM)

Creada a través del Tratado de Chaguaramas, en 1973 sustituye a la Asociación de Libre Comercio del Caribe (CARIFTA) y pretende el establecimiento de un Mercado Común entre los países del Caribe pertenecientes a la Commonwealth.

La organización se asienta sobre cuatro pilares: i) Integración Económica, ii) cooperación en política exterior, iii) desarrollo humano y social y iv) seguridad; sobre estos pilares se apuntalan los objetivos específicos establecidos para la organización. La finalidad general de

la organización es fortalecer los vínculos entre los pueblos de los países miembros, así como la creación de un Mercado Único.

Son miembros de la organización Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Haití, Jamaica, Monserrat, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Surinam y Trinidad y Tobago. Son Miembros Asociados: Anguilla, Bermuda, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán e Islas Turcas y Caicos.

Posee una estructura muy compleja compuesta por diecinueve instituciones comunitarias, cuatro instituciones de cooperación funcional y cuatro instituciones asociadas que son coordinadas por el Secretario General de la organización.

### **Bibliografía**

M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª Ed. (Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, 2010 (en especial pp.747-847).

F. G. Fernández Shaw, “Organizaciones y Organismos internacionales americanos”, en *Revista de Política Internacional*, n. 56, julio/octubre 1961, pp. 289-305.

J. Gómez Hernández, “Los procesos de integración regional en Europa y América Latina (1951-2007)”, en *Revista de Estudios Europeos*, n° 75 (enero-junio), 2020, pp. 350-364.

### **Webgrafía**

ALIANZA DEL PACÍFICO <https://alianzapacifico.net/>

CAN <http://www.comunidadandina.org/>

CARICOM <https://caricom.org/>

CELAC <http://s017.sela.org/celac>

MERCOSUR <https://www.mercosur.int/>

OEA/OAS <http://www.oas.org/es/>

SICA <https://www.sica.int/#>

UNASUR <https://www.unasursg.org/>

## Tema 28

### **Organizaciones en el ámbito árabe y musulmán: La Liga de Estados Árabes, la Organización de la Cooperación Islámica, la Unión del Magreb Árabe, el Consejo de Cooperación del Golfo. La Unión Africana y otras organizaciones en el ámbito africano. ASEAN y otras organizaciones en el ámbito asiático.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. La Liga Árabe. 2.1. Creación y Estados miembros. 2.2. Fines. 2.3. Estructura orgánica. 3. La Organización de la Cooperación Islámica. 3.1. Creación y Estados miembros. 3.2. Fines. 3.3. Estructura orgánica. 4. La Unión del Magreb. 4.1. Creación y Estados miembros. 4.2. Fines. 4.3. Estructura orgánica. 5. El Consejo de Cooperación del Golfo. 5.1. Creación y Estados miembros. 5.2. Fines. 5.3. Estructura orgánica. 6. La Unión Africana y otras organizaciones en el ámbito africano. 6.1. La Unión Africana: antecedentes, creación y Estados miembros. 6.2. Fines. 6.3. Estructura orgánica. 6.4. Otras organizaciones en el ámbito africano. 7. ASEAN y otras organizaciones en el ámbito asiático. 7.1. ASEAN: creación y Estados miembros. 7.2. Fines. 7.3. Estructura orgánica. 7.4. Otras organizaciones en el ámbito asiático.

#### **1. Contextualización**

La institucionalización de la cooperación regional en Asia y África se ha concretado en un alto número de organizaciones internacionales, de muy diversa tipología, alcance geográfico y objetivos, y que están basadas en solidaridades y afinidades muy particulares (panarabismo, islam, panafricanismo, sudeste asiático). Las organizaciones creadas en estos ámbitos se han visto influidas por el proceso descolonizador, y en ocasiones por el ejemplo del proceso de integración europea. En ocasiones, estas organizaciones trascienden su ámbito puramente regional para incorporar a Estados de otras regiones de la comunidad internacional.

#### **2. La Liga de Estados Árabes**

##### *2.1. Creación y Estados miembros*

La Liga de Estados Árabes fue creada en 1945 mediante el Pacto de la Liga Árabe. Se trata de una organización regional con diversos fines, preferentemente políticos. Uno de sus pilares es la idea de la unidad del mundo árabe. Su sede está en El Cairo.

Cuenta con 22 Estados miembros: Siria, Jordania, Irak, Arabia Saudí, Líbano, Egipto y Yemen (miembros originarios) Argelia, Bahréin, Qatar, Comoras, Emiratos Árabes Unidos, Kuwait, Libia, Marruecos, Mauritania, Omán, Palestina, Sudán, Túnez y Yibuti (miembros admitidos).

Es posible expulsar a un Estado miembro mediante decisión del Consejo de la Liga, adoptada por el voto unánime de los Estados miembros, salvo el Estado concernido. Los Estados miembros también pueden ejercer el derecho de retirada de la organización. En la práctica, algunos miembros han sido suspendidos, como Egipto entre 1978 y 1989, y Libia entre febrero y agosto de 2011.

## 2.2. Fines

El artículo 2 del Pacto proclama como propósito de la Liga de Estados Árabes el fortalecimiento de las relaciones entre los Estados miembros y la coordinación de la acción política para realizar una colaboración estrecha entre ellos, como medio de salvaguardar su independencia y su soberanía. Además de este propósito general, la Liga tiene como objetivo promover la cooperación entre los Estados miembros en determinadas materias, como:

- a) Materias económicas y financieras, incluyendo cuestiones comerciales, aduaneras, monetarias, agrícolas e industriales
- b) Comunicaciones, incluyendo ferrocarriles, carreteras, aviación, navegación y correos y telégrafos
- c) Asuntos culturales
- d) Nacionalidad, pasaportes, visados, ejecución de sentencias y extradición
- e) Asuntos sociales
- f) Asuntos sanitarios

El artículo 5 del Pacto prohíbe a los Estados miembros recurrir a la fuerza para resolver sus controversias, y otorga al Consejo un papel mediador e incluso arbitral en la búsqueda de soluciones a las controversias que puedan conducir a un conflicto armado. El artículo 6 crea un sistema de seguridad colectiva en caso de agresión de un Estado miembro. El artículo 8, en fin, establece la obligación para los Estados miembros de respetar los sistemas políticos de los otros miembros, y de abstenerse de emprender acciones para cambiar la forma de gobierno de los mismos.

A lo largo de la historia, la cooperación en el seno de la Liga de Estados Árabes se ha visto dificultada por acontecimientos como la crisis del Líbano, el reconocimiento del Estado de Israel, la guerra Irán-Irak, o la invasión de Kuwait, pues las profundas divisiones existentes al respecto en el mundo árabe se trasladaron al seno de la organización.

## 2.3. Estructura orgánica

2.3.1. El Consejo o Majlis: Es el órgano principal de la organización, integrado por representantes de los Estados miembros a nivel de Ministros de Asuntos Exteriores. Se reúne dos veces al año en sesión ordinaria (son posibles las extraordinarias si lo piden dos Estados miembros), cada Estado tiene un voto, y toma sus decisiones por unanimidad o por mayoría (simple o de dos tercios, según los casos). Las decisiones adoptadas por mayoría solo obligan a quienes votaron a favor.

En casos especialmente urgentes puede reunirse la Comisión Política del Consejo, que busca soluciones inmediatas a problemas que lo requieran.

2.3.2. Secretaría General Permanente. Es un órgano principal con funciones ejecutivas. El Secretario General es nombrado por el Consejo por mayoría de dos tercios de los Estados miembros.

2.3.3. Comisiones temáticas (Jurídica, Cultural, Económica y Financiera, Sanitaria, de Derechos Humanos, etc.), creadas conforme al artículo 4 del Pacto.

2.3.4. Consejo de Defensa Común, creado por el Pacto de Defensa Colectiva y de Cooperación Económica (1950), e integrado por los Ministros de Asuntos Exteriores y Defensa de los Estados miembros. Este Consejo decide por mayoría de dos tercios, y sus decisiones son obligatorias para todos los Estados miembros. Está asistido por un Comité Militar Permanente, compuesto por representantes de los Estados Mayores de los miembros.

2.3.5. Parlamento Árabe: No contemplado en el Pacto de 1945, pero creado en 2005, y dotado de carácter permanente en 2012. Está integrado por cuatro miembros de cada Estado. Pueden ser elegidos directamente o nombrados por los parlamentos, o asambleas equiparables, de los Estados miembros. Sus decisiones no son vinculantes, y tienen el carácter de recomendaciones.

2.3.6. Órganos de protección de los derechos humanos. En 2009 se creó el Comité Árabe de Derechos Humanos, cuyo fin es velar por el cumplimiento de la Carta Árabe de Derechos Humanos. El Comité no cuenta con un sistema de denuncias o comunicaciones individuales, y basa su actividad en el examen de informes periódicos presentados por los Estados miembros, y la formulación de recomendaciones. En 2014, el Consejo de la Liga de Estados Árabes aprobó el estatuto de la Corte Árabe de Derechos Humanos, tribunal que aún no ha comenzado a ejercer sus funciones.

2.3.7. Cumbre de Jefes de Estado. No incluida en el Pacto de 1945, pero desde el inicio de sus reuniones en El Cairo (1964) ha actuado como un órgano de la Liga. Un protocolo de 2000 oficializó estas cumbres como reuniones del Consejo al más alto nivel.

### **3. La Organización de la Cooperación Islámica**

#### *3.1. Creación y Estados miembros*

En el período de entreguerras va ganando adeptos entre los países de cultura islámica la creación de una organización internacional que actuase como voz colectiva del mundo musulmán, e institucionalizase la solidaridad entre sus Estados miembros. La Organización de la Conferencia Islámica fue creada mediante una decisión adoptada en la Cumbre de Rabat (1969). En 1970 se estableció una Secretaría permanente en Yedda (Arabia Saudí), y en 1972 se adoptó la Carta constitutiva de la organización. En 2008, se adoptó una nueva Carta en la cumbre de Dakar. La organización cambió su nombre al de Organización de la Cooperación Islámica en 2011.

Cuenta con 57 Estados miembros, 30 de ellos miembros fundadores. Sus miembros se extienden por tres continentes (Asia, África y Europa). Algunos Estados y Organizaciones Internacionales gozan del estatuto de observador, como por ejemplo Rusia o la República del Norte de Chipre, así como la ONU, la Unión Africana y la Liga de Estados Árabes.

#### *3.2. Fines*

El artículo I de la Carta señala un gran número de objetivos de la Organización de la Cooperación Islámica, entre los que cabe destacar: a) consolidar los vínculos de fraternidad y solidaridad entre sus miembros; b) apoyar la restitución de la soberanía plena y la integridad territorial de cualquier Estado miembro que esté sometido a ocupación; c) apoyar al pueblo palestino en el ejercicio de su derecho de autodeterminación y en el establecimiento de un Estado soberano; d) reforzar la cooperación económica y comercial intra-islámica, con vistas a la creación de un Mercado Común Islámico; e) difundir y promover las enseñanzas y valores islámicos basados en la moderación y tolerancia, y preservar el legado islámico; f) defender la verdadera imagen del Islam, combatir su difamación y fomentar el diálogo entre civilizaciones y religiones; g) promover los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la familia como unidad fundamental de la sociedad; y h) promover y defender posiciones unificadas en cuestiones de interés común en los foros internacionales.

Ante la amplitud de sus objetivos, la actividad de la organización ha dado históricamente prioridad a ciertos asuntos, como la cuestión Palestina, la intervención soviética en Afganistán, o el conflicto Irán-Irak.

### 3.3. Estructura orgánica

El artículo 5 de la Carta establece los órganos de la Organización de Cooperación Islámica:

- 1) La Cumbre Islámica. Compuesta por los Reyes y Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros, es la suprema autoridad de la organización. Se reúne cada dos años en uno de los Estados miembros (la última vez en Arabia Saudí en 2019). Puede haber cumbres extraordinarias si lo recomienda el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores, o lo solicita un Estado miembro con apoyo de la mayoría de los restantes. Delibera y da las orientaciones generales en la realización de los objetivos de la organización.
- 2) Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores. Se reúne anualmente, y es el órgano motor de la organización. Adopta decisiones y supervisa la aplicación de las adoptadas por la Cumbre Islámica. Aprueba el presupuesto y elige al Secretario General. Decide por consenso, y cuando este no es posible, por mayoría de dos tercios. Tiene su Comité de Representantes Permanentes.
- 3) Secretaría General. El Secretario General es nombrado para un período de cinco años, renovable por otro mandato de igual duración. Ha de ser elegido según criterios de distribución geográfica, rotación e igualdad. Es un órgano administrativo e independiente, que no debe recibir ni solicitar instrucciones de los gobiernos de los Estados miembros
- 4) Comités Permanentes (Comité Al Quds, o Jerusalén, Comité Cultural y Comité de Cooperación Económica y Tecnológica). También pueden crearse órganos subsidiarios e instituciones especializadas.
- 5) Comité Ejecutivo. Integrado por los Presidentes de la sesión actual, precedente y futura de la Cumbre Islámica, el Secretario General y el Estado de sede.
- 6) Tribunal Internacional de Justicia Islámico. Creado en 1987 en la Cumbre de Kuwait, y llamado a ser el principal órgano judicial de la organización. No ha comenzado a ejercer sus funciones.

## 4. La Unión del Magreb

### 4.1. Creación y Estados miembros



La Unión del Magreb Árabe fue creada en 1989 mediante el Tratado de Marrakech, que firmaron los Jefes de Estado de los cinco Estados Miembros: Marruecos, Argelia, Túnez, Libia y Mauritania. La Cumbre de Marrakech fue precedida de una reunión en Zeralda (1988), en la que los cinco Jefes de Estado decidieron crear una comisión encargada de explorar las formas de crear una unión entre los cinco Estados magrebíes.

La Secretaría tiene su sede en Rabat.

#### 4.2. Fines

El Tratado de Marrakech fija como objetivos: a) la consolidación de las relaciones de fraternidad entre los Estados miembros y sus pueblos, así como su bienestar y derechos; b) la realización progresiva de la libre circulación de personas, servicios, bienes y capitales entre los Estados miembros; y c) La adopción de políticas comunes en todos los ámbitos. En materia económica, la política común debe orientarse hacia el desarrollo industrial, agrícola, comercial y social.

Para lograr el objetivo de crear una unión económica magrebí, las fases son las clásicas en este tipo de proyectos: crear una zona de libre cambio, que se transforme primero en una unión aduanera, y finalmente en un mercado común en el que circulen libremente los factores de producción.

La Unión del Magreb ha progresado escasamente en sus objetivos a causa de las desavenencias económicas y políticas entre Marruecos y Argelia, debido a la cuestión del Sahara Occidental.

#### 4.3. Estructura orgánica

La Unión del Magreb se estructura en: 1) Consejo de la Presidencia, compuesto por los cinco Jefes de Estado de los Estados miembros. Es el único órgano decisorio, y adopta sus decisiones por unanimidad.; 2) Comité de Ministros de Asuntos Exteriores; 3) Comité de Seguimiento; 4) Secretaría General; y 5) Comisiones ministeriales especializadas.

### 5. El Consejo de Cooperación del Golfo

#### 5.1. Creación y Estados miembros

El Consejo de Cooperación de los Estados Árabes del Golfo fue creado en 1981 mediante la Carta de Abu Dabi. Cuenta con seis Estados miembros: Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos, Bahrein, Omán, Qatar y Kuwait. Su sede está en Riad, Arabia Saudí. Es una organización regional de cooperación económica y social.

La Carta no prevé admisiones, ni retiradas, ni suspensiones, ni expulsiones de los Estados miembros.

#### 5.2. Fines

El artículo 4 de su Carta constitutiva establece los objetivos del Consejo de Cooperación del Golfo, consistentes en: a) la coordinación e integración entre los Estados miembros hasta lograr la unidad entre ellos; b) aproximación regulatoria en asuntos económicos y financieros, comercio, aduanas y comunicaciones, y educación y cultura; y c) estimular el

progreso científico y técnico en diversos sectores económicos, y fomentar la cooperación en el sector privado.

Aunque no estaba prevista inicialmente, la cooperación política y militar se ha ido sumando a las actividades de la organización, que llegó a crear en 1984 una fuerza de intervención rápida contra agresiones externas, así como un sistema de prealerta estratégica y un estado mayor común en 1993.

### 5.3. Estructura orgánica

Cuenta con los siguientes órganos: 1) Consejo Supremo: integra a los Jefes de Estado, su presidencia es rotatoria, y decide por unanimidad en las cuestiones de fondo; 2) Consejo Ministerial, que integra a los Ministros de Asuntos Exteriores, con funciones preparatorias y ejecutivas; 3) Secretaría General, órgano administrativo; y 4) Comisión de Solución de Controversias, constituida *ad hoc* por el Consejo Supremo para cada controversia. Sus decisiones tienen valor recomendatorio.

## 6. La Unión Africana y otras organizaciones en el ámbito africano

### 6.1. La Unión Africana: antecedentes, creación y Estados miembros

En 1963, con la adopción de la Carta de Addis-Abeba, fue creada la Organización de la Unidad Africana (OUA), portadora de una visión panafricana y postcolonial, que contemplaba el continente africano como dueño de su propio destino. Durante décadas, la OUA proporcionó un foro de contacto, negociación y expresión a los Estados africanos, y afrontó con acierto desigual las frecuentes controversias fronterizas, el *apartheid* en Sudáfrica, o el genocidio en Ruanda. En 1999, los Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA emitieron la Declaración de Sirte, impulsando la creación de la Unión Africana (UA) con el fin de acelerar el proceso de integración en el continente. En 2001 entró en vigor el Acta constitutiva de la UA, organización sucesora de la OUA.

La UA cuenta con 55 Estados miembros, incluyendo por tanto a todos los del continente más la República Árabe Saharaui Democrática, que tiene un reconocimiento limitado. Cualquier Estado africano puede solicitar ser admitido como Estado miembro de la UA, y adherirse a su Acta constitutiva. La admisión requiere el voto favorable de la mayoría de los Estados miembros. El artículo 30 del Acta prevé la posibilidad de suspensión al Estado miembro cuyo gobierno acceda al poder por medios inconstitucionales. El artículo 31 contempla la posibilidad de la retirada de un Estado miembro, aunque no regula el procedimiento para ejercer ese derecho.

### 6.2. Fines

El artículo 3 del Acta constitutiva enumera varios objetivos de la UA, entre los que cabe destacar: a) promover la unidad y solidaridad entre Estados y pueblos africanos, y acelerar la integración socioeconómica del continente; b) defender la soberanía, la integridad territorial y la independencia de los Estados miembros; c) defender posiciones comunes africanas en asuntos de interés para el continente; d) promover la cooperación internacional, conforme a la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos; e) promover los principios democráticos y los derechos humanos y

de los pueblos, de conformidad con la Carta Africana de los Derechos Humanos; f) promover el desarrollo sostenible, el desarrollo en ciencia y tecnología, la cooperación para erradicar enfermedades evitables y la promoción de la salud.

Además, el artículo 4 enuncia una serie de principios que han de guiar el funcionamiento de la organización. Muchos de ellos son principios consolidados en el Derecho internacional, otros revelan la dimensión que puede llegar a tener la UA en el continente. Entre estos últimos destacan: a) el establecimiento de una política común de defensa africana; b) el derecho de la UA a intervenir en un Estado miembro, tras decisión de la Asamblea, en caso de crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad; c) el derecho de los Estados miembros a solicitar la intervención de la UA para restaurar la paz y la seguridad; y d) la condena y rechazo de los cambios de gobierno inconstitucionales.

### 6.3. Estructura orgánica

La AU está integrada por los siguientes órganos:

6.3.1. La Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno es el órgano supremo desde el punto de vista político y decisorio. Elige a un presidente entre sus miembros para un mandato de un año renovable. Toma sus decisiones por consenso, y por mayoría de dos tercios cuando el consenso no es posible. Las cuestiones de procedimiento se deciden por mayoría.

6.3.2. Consejo Ejecutivo, integrado por los Ministros de Asuntos Exteriores. Supervisa la aplicación de las decisiones de la Asamblea.

6.3.3. Comité de Representantes Permanentes, órgano responsable del funcionamiento ordinario de la UA.

6.3.4. Consejo de Paz y Seguridad, órgano para la prevención y solución de conflictos. Compuesto por 15 miembros, no tiene miembros permanentes, aunque no hay límites para que un Estado busque la reelección. Cinco miembros son elegidos por un período de 3 años y los otros diez por uno de 2 años, como fórmula para dar continuidad a los trabajos. La elección de los miembros ha de tener en cuenta los principios de rotación y equidad geográfica. Tiene un Comité de Expertos y un Comité Militar, como órganos subsidiarios.

6.3.5. Comisión de la UA. Es la Secretaría de la UA.

6.3.6. Parlamento Panafricano: Con sede en Midrand, Sudáfrica, sus miembros (5 por cada Estado), son designados por los parlamentos nacionales. El mandato de cada parlamentario coincide con el del parlamento nacional que lo ha designado. Tiene poderes consultivos y de control presupuestario. Su horizonte es convertirse en una institución elegida por sufragio universal y con plenos poderes legislativos.

6.3.7. En el seno de la AU se ha llevado a cabo una significativa labor de protección de los derechos humanos, con protagonismo de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

### 6.4. Otras organizaciones en el ámbito africano

6.4.1. Comunidad Económica Africana. Creada en 1991 por los Jefes de Estado de la OUA mediante el Tratado de Abuja, comparte órganos ejecutivos y administrativos con la UA. La organización persigue la integración económica del continente, mediante la creación de

Comunidades Económicas Regionales, que son las piezas que construyen el espacio económico africano. Existen hoy varias Comunidades Económicas Regionales: el Mercado Común del Este y el Sur de África, la Comunidad del Este de África, la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, la Autoridad Intergubernamental de Desarrollo, la Comunidad de Desarrollo de Sur de África, o la propia Unión del Magreb Árabe.

6.4.2. Banco Africano de Desarrollo. Con sede en Abidjan, esta institución financiera internacional fue creada en 1964 mediante un acuerdo firmado en Jartum y agrupa hoy a 54 Estados africanos y 26 no africanos, entre ellos España. Concede préstamos a Estados solventes. También concede créditos e invierte en el sector privado.

## **7. ASEAN y otras organizaciones en el ámbito asiático**

### *7.1. ASEAN: Creación y Estados miembros*

La Asociación de Naciones del Asia Sudoriental tiene su origen en la Declaración de Bangkok (1967), realizada por los Ministros de Asuntos Exteriores de Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia, a la que siguió un Tratado de Amistad y Cooperación (1976). En 2007 se adoptó la Carta de la ASEAN, que adopta la divisa “una visión, una identidad, una comunidad”. En 2010 se adoptó un Protocolo a la Carta sobre mecanismos de solución de controversias.

La ASEAN cuenta con 10 Estados miembros: Brunei Darussalam, Camboya, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam. La admisión de nuevos miembros se decide por consenso

### *7.2. Fines*

El artículo I de la Carta de 2007 enumera quince propósitos, que ahora sintetizamos: a) mantener la paz y seguridad en la región; b) mantener el sudeste asiático como zona libre de armas nucleares y otras armas de destrucción masiva; c) crear un mercado único que facilite el flujo de profesionales y capital, con libre circulación de bienes, servicios e inversión; d) reforzar la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos; e) responder a los crímenes transnacionales y los retos transfronterizos; y f) promover el desarrollo sostenible, y proteger el medio ambiente y el patrimonio cultural.

Sobrino Heredia señala que la cohesión regional se ha forjado en torno a dos fines: fomentar la estabilidad de la región (frente a movimientos guerrilleros, controversias fronterizas y el avance del comunismo) y progresar en la cooperación económica, objetivo que ha ido ganando cada vez más peso.

### *7.3. Estructura orgánica*

La ASEAN se estructura en los siguientes órganos: a) Cumbre de la ASEAN, integrada por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros. Es el máximo órgano político y decisorio. Adopta decisiones mediante el método de consultas y consenso. Cuando el consenso no es posible, la propia Cumbre decide cómo adoptar la decisión; b) Consejo de Coordinación, que prepara los trabajos de la Cumbre y coordina la aplicación de sus acuerdos y decisiones; c) Consejos Comunitarios (Político y de Seguridad, Económico, y Sociocultural), ante los que responden los órganos ministeriales sectoriales; d) Secretaría y

Secretario General, principal cargo administrativo de la ASEAN; e) Comité de Representantes Permanentes, que asiste a los dos niveles anteriores; f) Secretarías nacionales en los Estados miembros.

Los procesos decisorios en la ASEAN son largos debido al método de constante consulta y consenso, pero ello también ha reforzado la obligatoriedad de las decisiones.

#### 7.4. Otras organizaciones en el ámbito asiático

7.4.1. APEC. El Foro de Cooperación Asia-Pacífico es un foro internacional multilateral de cooperación económica y comercial. Promueve la libertad de comercio e inversión, y el crecimiento económico. Creado en 1989, tiene 21 miembros. En la APEC confluyen Estados asiáticos de la ASEAN, con China, Japón y Corea del Sur, con Estados ribereños del Pacífico, como México, Perú y Chile, y con otros de la OCDE también ribereños, como EE.UU., Canadá, Australia y Nueva Zelanda. Rusia también es miembro. Es una organización abierta, sin una estructura institucional muy rígida, basada en una Secretaría Permanente en Singapur, grupos de trabajo y comités temáticos.

7.4.2. Banco Asiático de Desarrollo. Creado en 1966 en la Conferencia de Manila, son partes en el convenio de creación 68 Estados, 49 de Asia y 19 externos, entre ellos España desde 1986. Concede préstamos y becas, realiza inversiones de capital y proporciona asistencia técnica a los sectores público y privado.

### Bibliografía y páginas web

SOBRINO HEREDIA, J.M.: “Las organizaciones internacionales en el mundo árabe e islámico. Las organizaciones internacionales en África”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Las organizaciones internacionales*, 16ª edición, 2010, pp. 848-885.

SOBRINO HEREDIA, J.M.: “Las organizaciones internacionales en Asia y Oceanía”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Las organizaciones internacionales*, 16ª edición, 2010, pp. 889-900.

Liga de Estados Árabes, <http://www.lasportal.org/Pages/Welcome.aspx>

Organización para la Cooperación Islámica, <https://www.oic-oci.org/>

Unión del Magreb Árabe, <http://www.maghrebarabe.org/fr/>

Consejo de Cooperación del Golfo, <https://www.gcc-sg.org/en-us/Pages/default.aspx>

Unión Africana, <https://au.int/>

Banco Africano de Desarrollo, <https://www.afdb.org/en>

ASEAN, <https://asean.org/>

APEC, <https://www.apec.org/>

Banco Asiático de Desarrollo, <https://www.adb.org/>

## Tema 29

### Organizaciones de cooperación política y militar: El Consejo de Europa, la OSCE y la OTAN.

**Sumario:** 1. Organizaciones Internacionales en Europa: una visión de conjunto. 2. El Consejo de Europa: una organización de cooperación con fines generales 3. La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). 4. La OTAN: una organización de cooperación preferentemente militar.

#### 1. Organizaciones Internacionales en Europa: una visión de conjunto.

La aparición de las organizaciones internacionales está íntimamente relacionada con la idea de regionalismo que podría ser considerado como “un fenómeno originario, una categoría primaria de la Sociedad Internacional (SI), que ha desempeñado una labor esencial en su evolución, así como en la configuración del orden jurídico internacional”<sup>1</sup>. Esencialmente, dentro de la Sociedad Internacional se producen agrupaciones de Estados ligados por relaciones más estrechas que pueden derivar de muy diferentes factores: contigüidad geográfica, historia, cultura, intensidad de intercambios comerciales, etc. Que derivan en la institucionalización de esas relaciones<sup>2</sup>.

Así, como ya hemos visto al hablar de las organizaciones internacionales desde una perspectiva general, las primeras organizaciones internacionales se constituyen en el continente europeo. Esta tendencia se ha prolongado en el tiempo, siendo muy numerosas las organizaciones que toman como referencia, en cuanto a sus miembros, los Estados del continente europeo. Los fines perseguidos por estas organizaciones son muy diversos y van desde los fines políticos, a los militares, pasando por los humanitarios o medioambientales.

#### 2. El Consejo de Europa (CdE): una organización de cooperación con fines generales.

Creada en 1949, a través del Tratado de Londres, es una organización de carácter intergubernamental y con fines generales con sede en Estrasburgo. Tiene su origen en los denominados movimientos europeístas que, fortalecidos tras la Primera Guerra Mundial, se ven impulsados tras la II GM con el Congreso Europeo de La Haya (1948) convocado

---

<sup>1</sup> J. M. Sobrino Heredia, “La institucionalización del regionalismo internacional”, en *Revista CIDOB d’Affers Internacionals*, nº 20, 1991, p. 111.

<sup>2</sup> *Ibid.*

por el Comité de Coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea<sup>3</sup>. Tiene su sede en Estrasburgo.

### 2.1. Fines y propósitos

Los fines de la organización están contenidos en el Preámbulo y el artículo I del Tratado de Londres y podrían concretarse en los siguientes: i) consolidar la paz, basada en la justicia y la cooperación internacional, en la adhesión a los valores espirituales y morales que son la fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del derecho y en la realización progresiva de estos ideales y en interés del progreso social y económico; ii) realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social y iii) reconocer el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Partiendo de estos fines generales, el Consejo de Europa se ha constituido como una organización de cooperación internacional, más allá de sus propios Estados miembros, en ámbitos muy diversos como el judicial, el cultural, el económico o el social.

Para el cumplimiento de estos fines, la organización se dota de una serie de medios concretos recogidos en el artículo I del Tratado de Londres: i) examen por los órganos de la organización de las cuestiones de interés común; ii) conclusión de acuerdos internacionales; iii) adopción de una acción conjunta de los países miembros del Consejo en los campos económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo y iv) actuación conjunta para la salvaguardia y mayor efectividad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Si bien sus fines son generales, el Consejo de Europa deberá tener presentes las limitaciones establecidas en el mismo artículo I: “no debe alterar su contribución a la obra de las Naciones Unidas y de las restantes Organizaciones o Uniones Internacionales de las que forme parte” y quedan fuera de sus competencias las cuestiones relativas a la defensa nacional.

### 2.2. Miembros

Por lo que se refiere a sus miembros, cabe distinguir entre miembros ordinarios y asociados. Dentro de los ordinarios, a su vez, encontramos los miembros originarios, es decir, aquellos que ratificaron el Estatuto del Consejo de Europa en 1949 (Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Suecia, Reino Unido) y los invitados, es decir, aquellos que, siendo invitados por el Comité de Ministros de la Organización, depositen el instrumento de ratificación de su Estatuto y del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tras la incorporación de Montenegro en 2007, en la actualidad son 47 los Estados Miembros, siendo candidatos a la adhesión la República de Bielorrusia y la República de Kazajistán.

Además de los miembros ordinarios, que son los que poseen la plenitud de derechos y prerrogativas, es posible la existencia de observadores ante el Comité de Ministros y la

<sup>3</sup> R. Ojinaga Ruiz, “El proceso de integración europea”, en *Instituciones de la Unión Europea*, (Dir. C. Escobar Hernández), 3ª Edición, Tirant Loblanch, 2020, pp. 17-19.

Asamblea Parlamentaria [Canadá (1996), EE UU (1996), Japón (1996), México (1999) y Santa Sede (1970)].

### 2.3. Estructura Orgánica

#### 2.3.1. Comité de Ministros.

Es el órgano decisorio del CdE y está compuesto por representantes de los Estados que, al menos una vez al año, se reúne a nivel ministerial, normalmente los ministros de AAEE, siendo las reuniones ordinarias una vez a la semana a nivel de representantes o delegados.

Sus funciones son muy amplias y sobre infinidad de materias, ya que es una organización de fines generales. Para el cumplimiento de estas funciones está investido de los siguientes poderes: i) adoptar recomendaciones; ii) concluir tratados internacionales y iii) emitir decisiones de carácter interno. Las decisiones son aprobadas por unanimidad o mayoría simple o cualificada dependiendo de los asuntos.

Para la realización de su trabajo, el Comité de Ministros está asistido por su gabinete, por los grupos de relatores, por los coordinadores temáticos y por los grupos ad hoc.

#### 2.3.2. Asamblea Parlamentaria (PACE):

Órgano deliberante del CdE, actualmente está compuesto por 648 miembros (324 titulares y 324 suplentes), distribuidos entre los Estados miembros en función de la demografía, oscilando entre los 2 y los 18. Se trata de representantes parlamentarios que son elegidos por los Parlamentos Nacionales.

Puede funcionar en pleno o en Comisión Permanente, realizando el trabajo preparatorio las comisiones generales de la Asamblea o sus subcomisiones. En el momento actual existen nueve Comisiones Generales: 1. De cuestiones políticas y democráticas; 2. De cuestiones jurídicas y derechos humanos; 3. De cuestiones sociales, de la salud y desarrollo sostenible; 4. De migraciones, refugiados y desplazados; 5. De cultura, ciencia, educación y medios de comunicación; 6. Sobre igualdad y no discriminación; 7. De seguimiento; 8. De reglas de procedimiento, inmunidades y cuestiones institucionales; 9. Sobre elección de jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Asamblea celebra sesiones ordinarias al menos una vez al año y extraordinarias cuando así se determine y puede deliberar y adoptar recomendaciones sobre cualquier cuestión que le someta el Comité de Ministros.

#### 2.3.3. La Secretaría:

Dirigida por el Secretario General, posee competencias fundamentalmente administrativas, aunque también ha ido adquiriendo competencias políticas, especialmente en el ámbito del Convenio Europeo de DDHH.

### 2.4. La labor del Consejo de Europa en la protección de los derechos humanos.

Siendo la labor del Consejo de Europa esencial en materia de cooperación en diversos ámbitos, sin duda la labor más importante de su actividad es la desarrollada en la promoción



y protección de los derechos humanos tanto desde la perspectiva de codificación de estos derechos, como en el establecimiento de mecanismos de protección.

#### 2.4.1. Codificación

La codificación se inicia con la adopción en Roma del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), que entrará en vigor en 1953. El CEDH se ocupa exclusivamente del reconocimiento de los derechos civiles y políticos, habiendo sido completado o revisado a través de 16 Protocolos que, o bien producen una ampliación de derechos (protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13) o bien se ocupan de reformas procesales (protocolos 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11, 14, 14 bis y 15). De estos últimos el más importante es el Protocolo 11 ya que supone un cambio estructural del sistema de protección al eliminar la Comisión Europea de Derechos Humanos y permitir el acceso directo de los individuos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

La no inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en el CEDH se ve colmada con la adopción en 1961 de la Carta Social Europea, o Carta de Turín, que también ha sido modificada en varias ocasiones y que establece su propio mecanismo de protección.

Asimismo, se han ido adoptando otros tratados internacionales en materia de derechos humanos que, o bien se ocupan de las formas más graves de violación de determinados derechos, o bien se ocupan de la protección de los colectivos más vulnerables, como, por ejemplo, el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las Penas y Tratos Inhumanos y Degradantes (1989), el Convenio Europeo sobre el Estatuto del trabajador migrante (1977), el Convenio sobre protección de las personas sobre el tratamiento informatizados de datos de carácter personal (1981) o el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales (1998).

#### 2.4.2. Mecanismos de protección

Cómo ya hemos apuntado, la labor más reseñable del CdE es la desarrollada en materia de protección de los derechos humanos y, esencialmente en el marco del CEDH con la creación de un TEDH que, además de adoptar sentencias obligatorias para los Estados Miembros, realiza una labor interpretativa de los derechos fundamentales en el continente europeo. Así, en este marco, todos los 47 Estados Miembros del CdE y partes en el CEDH asumen la competencia automática del TEDH que implica que pueden ser denunciados por cualquier individuo que se encuentre bajo su jurisdicción si entiende que se ha producido una vulneración de un derecho recogido en el CEDH o sus Protocolos.

En el marco de los otros tratados se establecen diferentes mecanismos de protección.

### 3. La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

Con origen en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa celebrada en Helsinki en 1973, se transforma en organización internacional en la Cumbre de Budapest de 1994. Tiene su sede en Viena.

### 3.1. Principios básicos

El Acta Final de Helsinki los agrupó en tres ámbitos o “cestos”: i) cuestiones relativas a la seguridad en Europa; ii) cooperación en materia de economía, ciencia y tecnología y medio ambiente y iii) cooperación en el ámbito humanitario y en otros campos.

Asimismo, en la reunión de Madrid de 1983, en el Documento de clausura, se recogen los principios que regirán entre los participantes de la CSCE<sup>4</sup>.

Estos ámbitos llevaron a la antigua CSCE y la actual OSCE desde 1992 a realizar las siguientes actividades: i) promover los valores comunes definidos en la Carta de París (1990), ii) prevenir conflictos, gestionar crisis internacionales y participar en la rehabilitación postconflictual, iii) desarrollar la seguridad cooperativa multilateral y iv) desarrollar la dimensión económico-medioambiental.

Para el cumplimiento de sus fines se han desarrollado: i) reuniones principales de continuidad, denominadas Reuniones en la Cumbre desde 1990; ii) conferencias particulares; iii) foros y iv) reuniones de Expertos.

### 3.2. Miembros

Se trata de una entidad euro-asiático-americana que integra a casi un tercio de los Estados soberanos del mundo, todos ellos del hemisferio norte, entre los que se encuentran todos los países de Europa<sup>5</sup>. En la actualidad cuenta con 57 miembros de pleno derecho, entre los que podemos distinguir entre los Estados originarios y los posteriormente admitidos<sup>6</sup>. Además, es posible para los Estados no miembros adquirir el estatus de socio para la cooperación, con el que, en la actualidad, cuentan cinco Estados asiáticos y seis Estados mediterráneos no europeos.

### 3.3. Estructura orgánica

La OSCE, cuenta con los siguientes órganos políticos: la Reunión en la Cumbre, el Consejo Ministerial, el Consejo Permanente, el Foro para la Seguridad y la Cooperación, la Presidencia, el Secretario General y la Asamblea Parlamentaria. Asimismo, existen otros órganos, tanto de la propia OSCE (por ejemplo, la *Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos* (OIDDH/ODHIR) o el *Representante Especial de la OSCE para la libertad de los medios de comunicación*), como ajenos a la misma (por ejemplo, la Comisión Consultiva de Cielos Abiertos) que participan en el desarrollo de sus funciones.

#### 3.3.1. Reunión en la Cumbre

Está formada por los Jefes de Estado y de Gobierno, constituye la institución suprema de discusión y orientación política y si bien no existen normas específicas sobre la periodicidad

<sup>4</sup> <https://www.osce.org/files/f/documents/8/7/40876.pdf>

<sup>5</sup> F. Mariño Menéndez, “La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (O.S.C.E.)”, en *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª Ed. (M. Díez de Velasco, Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, 2010, p. 735.

<sup>6</sup> <https://www.osce.org/es/participating-states>.

de sus reuniones, suelen celebrarse al menos cada dos años. Sus decisiones se adoptan por consenso.

### 3.3.2. Consejo Ministerial

Está formado por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros y se reúne por lo menos una vez al año, constituyendo el “foro central de consultas políticas”.

En el período que media entre cumbre y cumbre, la responsabilidad en la toma de decisiones recae sobre él.

Es posible la reunión de Ministros de otros departamentos a través de Consejos Sectoriales.

### 3.3.3. Consejo Permanente

Antiguo Comité de Altos Funcionarios y Consejo Superior es el principal órgano decisorio de la OSCE para consultas políticas periódicas y el responsable de dirigir la labor operativa cotidiana de la organización entre las reuniones del Consejo Ministerial. Es también el encargado de ejecutar las tareas y decisiones adoptadas por la Cumbre o el Consejo Ministerial. Está compuesto por los representantes permanentes de los Estados y se reúne semanalmente.

## 3.4. Principales realizaciones y campos específicos de actuación

### 3.4.1. Solución pacífica de controversias

La solución pacífica de las controversias constituye uno de los objetivos de la OSCE que se ha ido perfeccionando de manera sucesiva, hasta que en 1992 se establecen instrumentos que mejoran el sistema: i) establecimiento de un sistema de conciliación, ii) creación de una Corte de Conciliación y Arbitraje, y iii) establecimiento de la posibilidad de que el Consejo Ministerial o el Consejo Permanente prescriba el recurso a la conciliación, incluso con la ausencia de consentimiento del estado interesado.

### 3.4.2. La dimensión humana de la seguridad y protección de los derechos humanos.

Ya desde la reunión de continuidad de Viena (1989) se estableció un mecanismo de control para mejorar el cumplimiento de compromisos en este ámbito articulado en cuatro niveles: 1. el intercambio de informaciones y la respuesta a peticiones de información realizadas entre Estados sobre la dimensión humana; 2. celebración de reuniones bilaterales para examinar tales cuestiones; 3. facultad de los Estados de llamar la atención sobre situaciones y casos pertenecientes a la dimensión humana; 4. la facultad de todo Estado de informar sobre todo este tipo de cuestiones.

Por otra parte, desde 1989 se celebra “la Conferencia sobre la dimensión Humana” para seguir progresando en lo referente al respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En la celebrada en Moscú, en 1991, se estableció la posibilidad de crear *Misiones de expertos* (con consentimiento del Estado) o *Misiones de Relatores* (sin consentimiento del Estado afectado) para analizar situaciones concretas de vulneración de derechos humanos.

En 1992 se crea la *Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OIDDH/ODHIR)* a la que se le confiere la posibilidad de adoptar medidas en caso de violaciones claras, graves y no corregidas de los compromisos de la OSCE. Actualmente es la principal institución de la dimensión humana y colabora con otros organismos internacionales como la ONU o la UE en estos ámbitos.

Ese mismo año se crea el *Alto Comisionado para las Minorías Nacionales* y en 1997 se crea el *Representante Especial de la OSCE para la libertad de los medios de comunicación*.

### 3.4.3. Las dimensiones político militar y económico medioambiental de la seguridad.

En este ámbito cabe señalar las medidas adoptadas sobre seguridad y desarme a lo largo de los años, entre las que merecen ser destacadas: la firma del *Tratado sobre fuerzas armadas convencionales en Europa (1990)*, el *Tratado sobre régimen de cielos abiertos (1992)*, el *Código de Conducta sobre aspectos político-militares de Seguridad (1994)*, la *Carta Europea de la Seguridad (1999)* o el *Documento de Viena sobre medidas destinadas a fomentar la confianza y la seguridad (2011)*.

En esta línea, hemos de subrayar que la alerta temprana, la prevención de conflictos, la gestión de crisis y la rehabilitación posterior al conflicto, constituyen ámbitos en los que la OSCE es un instrumento clave. En 1990 se crea el *Centro de Prevención de Conflictos* que apoya tanto a los órganos de la OSCE, como a los Estados miembros en las tareas de alerta temprana, gestión de crisis y rehabilitación. Por otra parte, en 1999 se creó dentro del Centro un *Servicio de operaciones*, para coordinar las operaciones en el terreno.

Asimismo, en este ámbito resultan de gran importancia las acciones diplomáticas preventivas desarrolladas a través de misiones de larga duración, centros de la OSCE o sus oficinas de enlace. Resultan también esenciales las misiones de ayuda a las sanciones impuestas por la ONU.

La OSCE interviene asimismo en procesos de vigilancia de altos el fuego, retirada de tropas o mediación en conflictos internos, vigilancia de procesos electorales y de retorno de refugiados, entre otros. Además, deben destacarse las actividades realizadas a fin de reforzar el Estado de Derecho y el desarrollo de los medios de comunicación.

En los últimos años, se ha centrado también en la lucha contra el terrorismo.

## 4. La OTAN: una organización de cooperación preferentemente militar.

La Organización del Atlántico Norte es una organización político-militar, de carácter intergubernamental y con personalidad jurídica, creada a través del Tratado de Washington en 1949. Su sede está en Bruselas.

La OTAN nace como reacción de EEUU ante la “expansión” de la URSS tras el fin de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la UEO en 1948, lo que lleva a la Administración Norteamericana a desear una cooperación militar permanente y multilateral con los países de Europa Occidental.

### 4.1. Fines y propósitos

El preámbulo del Tratado del Atlántico Norte establece cuales son los propósitos generales de la OTAN: “salvaguardar la libertad, la herencia común y la civilización de sus pueblos, fundadas en los principios de democracia, libertades individuales e imperio de la ley”, deseosos de “favorecer el bienestar y la estabilidad de la región del Atlántico Norte” y resueltos a “unir sus esfuerzos para su defensa colectiva y la conservación de la paz y la seguridad”<sup>7</sup>.

Estos propósitos generales se concretan en los siguientes fines específicos: i) el arreglo pacífico de diferencias entre los miembros (art. 1), ii) contribución al desarrollo de las relaciones internacionales pacíficas y amistosas (art. 2), iii) cooperación defensiva y asistencia mutua (art. 3). Éste último constituye el objetivo central de la organización<sup>8</sup>.

No obstante, los fines específicos se han ido adaptando a la situación de cada momento y ampliándose a través de los conceptos estratégicos que desde 1950 se han ido adoptando por la Organización, el último en Lisboa en 2010. Así, es importante señalar como la Alianza ha asumido competencias en la gestión de crisis.

#### 4.2. Miembros

Entre los miembros de la organización distinguimos entre los miembros fundadores u originarios y los adheridos. Son miembros fundadores aquellos que firmaron el Tratado de Washington el 4 de abril de 1949 (Bélgica, Canadá, Dinamarca, EEUU, Francia, Gran Bretaña, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos y Portugal).

El Tratado permite la adhesión de nuevos miembros siempre que se reúnan los requisitos sustantivos recogidos en el artículo 10 del Tratado y que, tras la aprobación unánime por parte de los miembros de la OTAN, se ratifique el Tratado del Atlántico Norte. Los requisitos recogidos en el artículo 10 son: i) ser un Estado europeo y ii) ser susceptible de favorecer el desarrollo de los principios del Tratado y de contribuir a la seguridad de la región del Atlántico Norte.

Tras la adhesión de Macedonia del Norte en marzo de 2020, la OTAN cuenta actualmente con 30 miembros<sup>9</sup>.

Por otra parte, algunos Estados no miembros de la OTAN pueden establecer una relación especial con la organización, existiendo diversas posibles situaciones como: i) planes de acción individual de asociación (IPAP), ii) asociación para la paz, iii) Consejo OTAN-Rusia, o iv) socios globales.

#### 4.3. Estructura Orgánica

Desde su creación hasta la actualidad se ha ido conformando una estructura compleja en la que podemos distinguir un conjunto de organismos civiles o políticos y organismos militares<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> M. Pérez González, “Organizaciones de cooperación preferentemente militar”, en *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª Ed. (M. Díez de Velasco, Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, 2010, p. 529.

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 530.

<sup>9</sup> [https://www.nato.int/nato-welcome/index\\_es.html](https://www.nato.int/nato-welcome/index_es.html).

<sup>10</sup> <https://www.nato.int/cps/en/natohq/structure.htm>.

#### 4.3.1. Organismos civiles o políticos.

Entre los organismos civiles o políticos de la OTAN podemos señalar: el Consejo del Atlántico Norte, el Secretario General, la Asamblea del Atlántico Norte, y diversos comités u organismos subordinados o agencias. Los órganos más importantes son el Consejo y el Secretario General.

El Consejo del Atlántico Norte, posee carácter permanente y es el órgano supremo de la organización. Se compone por los representantes permanente -nivel embajador- de cada Estado miembro y se reúne al menos una vez por semana. Asimismo, dos veces al año, se reúne a nivel ministerial (de Asuntos Exteriores o Defensa), siendo posible que se reúna a nivel de Jefes de Estado o de Gobierno si se estima conveniente. Es el órgano al que corresponde dar las directrices políticas generales de la organización y servir de foro o sede de consulta entre los gobiernos. Sus decisiones se adoptan por unanimidad o consenso.

El Secretario General dirige la Secretaría, es la “la voz” de la Organización y preside el Consejo del Atlántico Norte.

#### 4.3.2. Organismos militar

La estructura militar viene presidida por el Comité Militar del que dependen tres pilares: el Personal Militar Internacional, el Mando de Operaciones y el Mando aliado de Transformación, siendo el Comité Militar el que desarrolla un papel primordial realizando el Mando aliado de Operaciones responsabilidades operativas y encargándose el Mando Aliado de Transformación de promover y supervisar la transformación de las fuerzas y capacidades de la Alianza.

Así, el Comité Militar es un órgano permanente que constituye la máxima autoridad militar de la organización. De forma permanente forman parte del Comité militar los oficiales militares de alto rango que se encuentran en la representación permanente de cada país miembro ante la OTAN. Mensualmente se reúnen a nivel representación permanente, si bien tres veces al año la reunión se realiza a nivel Jefes de Estado Mayor de la Defensa. Asesora al Consejo y demás órganos de la OTAN sobre cuantas cuestiones considere necesarias.

#### **Bibliografía**

M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª Ed. (Coord. J. M. Sobrino Heredia), Tecnos, 2010 (en especial pp. 500-519, 528-542 y 733-744).

#### **Webgrafía**

Consejo de Europa <https://www.coe.int/en/web/portal/home>

NATO <https://www.nato.int/>

OSCE <https://www.osce.org/es>

## Tema 30

### **Sistema jurídico civil español y sus fuentes. La interpretación de las normas. Derecho Civil en España: la relación entre el Derecho común y los Derechos forales.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Sistema jurídico civil español y sus fuentes. 2.1. Rasgos del sistema jurídico español. 2.2. El Derecho civil: concepto y codificación. 2.3. Las fuentes del ordenamiento jurídico español. 3. La interpretación de las normas. 3.1. Criterios de interpretación. 3.2. La eficacia personal, temporal y territorial de las normas. 4. Derecho civil en España: la relación entre el Derecho común y los Derechos forales. 4.1. Notas históricas 4.2. Encaje. 4.3. Las compilaciones. 5. Conclusión

#### **I. Introducción**

Díez-Picazo señala que la idea de ordenamiento jurídico refiere al conjunto de medios y criterios de decisión institucionalizados por los que se prevén soluciones pacíficas a los conflictos humanos. A través de la ley -en sentido amplio- se establecen derechos, libertades o mecanismos de actuación ante determinados problemas sociales. Así, se consigue dotar de seguridad jurídica a una sociedad: sus miembros saben qué se permite o prohíbe, saben a qué atenerse y conocen las consecuencias de sus actos. La ley aparece como una certeza estable para la vida en sociedad.

Para el institucionalista italiano Santi Romano, no obstante, el ordenamiento jurídico no es sólo un conjunto de normas y principios, sino también las instituciones y organizaciones que surgen de esas normas y que pueden tener el cometido de producirlas, ejecutarlas y desarrollarlas.

En los Estados existe un corpus de normas jurídicas que rige al margen de la voluntad de sus destinatarios, son autárquicas e imperativas (artículo 9 Constitución Española); son también generales y abstractas –afectan a todos los sujetos contemplados en su supuesto de hecho y no se agotan con su cumplimiento.

En este tema se examinarán los rasgos del sistema jurídico civil, las fuentes del ordenamiento jurídico español, así como la forma de aplicación e interpretación de las normas jurídicas, cuestiones reguladas en el Título Preliminar del Código Civil y la Constitución Española. Igualmente, se tratará la coexistencia dentro del territorio español de varios ordenamientos civiles diferentes, lo que constituye una de las mayores peculiaridades jurídico-privadas en España.

## 2. Sistema jurídico civil español y sus fuentes

Puede definirse con carácter general el ordenamiento jurídico como el conjunto de normas vigentes en una comunidad y los principios que les dan sentido y las ordenan.

La teoría del ordenamiento jurídico desarrollada por la escuela histórica del Derecho alemana de comienzos del siglo XIX marca una estrecha relación entre un sistema jurídico y sus fuentes. Así, Savigny dice que “el conjunto del sistema de fuentes del Derecho forma un todo destinado a la resolución de todas las cuestiones en el campo del Derecho”, subrayando las notas de unidad y claridad.

### 2.1. Rasgos del sistema jurídico español

El ordenamiento jurídico español no es, en esencia, distinto al resto de ordenamientos jurídicos nacionales. Lo que lo define es su contenido, la forma de establecer las relaciones entre las normas que lo integran, así como sus valores superiores, que son la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político (art. 1 CE).

Pueden predicarse cuatro notas fundamentales del ordenamiento jurídico español:

- **Unidad.** Todas sus normas tienen su origen en un solo poder político originario y se ordenan entre sí a través de relaciones de subordinación o jerarquía.
- **Coherencia.** Las normas que integran un ordenamiento han de ser compatibles entre sí, lo cual no quiere decir que no existan antinomias, sino que ha de ser posible resolverlas atendiendo a principios del propio ordenamiento.
- **Totalidad.** Un ordenamiento jurídico tiene vocación de proporcionar soluciones para todos los conflictos trascendentes<sup>1</sup> en el seno de una sociedad, para lo cual han de poder colmarse las lagunas jurídicas que surjan.
- **Coordinación.** Todas las normas han de poder interpretarse en relación a otras, pues cada nueva norma es susceptible de modificar todo el sistema o una parte de él.

### 2.2. El Derecho civil: concepto y codificación

Un ordenamiento jurídico suele dividirse en ramas que abordan diferente contenido material. Destaca, dentro de esa división, la relevancia que el Derecho civil en España tiene para todo el ordenamiento, pues determinadas disposiciones del ámbito privado se aplican a todo el sistema.

El Derecho civil actual es heredero del Derecho romano. El concepto histórico del *ius civile* nace como derecho propio de los romanos, un corpus jurídico cuya entidad y autonomía se va a extender incluso hasta la Edad Media. A finales de la Edad Media se produce una equiparación entre Derecho civil y Derecho privado. Finalmente, con la aparición de las nacionalidades –y especialmente con el nacimiento del Estado nación-, el Derecho civil se convierte en derecho privado nacional.

Dentro de las definiciones de Derecho civil, podemos diferenciar entre fórmulas descriptivas y sintéticas. Sánchez Román lo define como el conjunto de preceptos que

<sup>1</sup> No todos los conflictos humanos han de ser regulados por el Derecho, sólo aquellos en los que existe un consenso social sobre la necesidad de que haya una regulación objetiva: aquellos conflictos humanos que “trascienden” socialmente.



determinan y regulan las relaciones de asistencia, autoridad y obediencia entre los miembros de una familia y las que existen entre los individuos de una sociedad para la protección de intereses particulares. Díez-Picazo define el Derecho civil como aquella parte del ordenamiento jurídico que regula la persona, su patrimonio y el tráfico de bienes. Como estas fórmulas descriptivas pueden quedarse en desuso con la evolución del Derecho, conviene mencionar las definiciones cualitativas o abstractas: así, para la doctrina dominante –y dada la independización de otras ramas- el Derecho civil sería el general o común.

Aunque Código Civil y Derecho civil no son lo mismo, en nuestro ordenamiento están estrechamente relacionados. Albaladejo señala que el Código Civil es el conjunto de disposiciones ordenadas sistemáticamente que regulan de modo complementario y unitario el Derecho civil español. Por ello, no cabe trazar una equiparación entre Derecho civil y Código Civil, pues existen otras fuentes además de la legal, porque el Derecho civil también puede contenerse en leyes especiales y por la existencia de Derechos forales.

Nuestro Código Civil es heredero de un largo proceso de codificación que se extiende durante el siglo XIX y que acusa una fuerte influencia francesa. Ya en 1851 se presentaría un proyecto redactado de Código Civil –el llamado ‘Proyecto García Goyena- que fracasaría por su carácter demasiado afrancesado y centralista (no reconocía Derechos forales). En 1881, el liberal Alonso Martínez presentó al Senado un Proyecto de Bases para que el gobierno pudiera publicar como ley el proyecto del CC de 1851 con algunas variaciones. Ante el problema del tratamiento de los Derechos forales, el conservador Francisco Silvela propuso un nuevo Proyecto de Bases en 1885 que sí respetaba las particularidades regionales (este proyecto se convirtió en Ley en 1888 y constituye el antecedente más directo de nuestro Código Civil).

Finalmente, se aprobó la segunda edición del Código Civil por Real Decreto de 24 de julio de 1889, a iniciativa de Gumersindo de Azcárate, que recogía la solución transaccional de aceptar apéndices (compilaciones) para las legislaciones forales y un Derecho común, estructurado del siguiente modo:

- Título Preliminar (contiene las normas que se aplican en todo el país a los efectos y aplicación de las leyes).
- Libro I, de las personas
- Libro II, de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones
- Libro III, de los diferentes modos de adquirir la propiedad
- Libro IV, de obligaciones y contratos.

### 2.3. Las fuentes del ordenamiento jurídico español

Las normas de un ordenamiento jurídico pueden nacer por distintas vías, lo que remite al concepto de ‘fuentes del Derecho’. En sentido genérico, la expresión hace referencia a las maneras de implantar normas jurídicas en un ordenamiento. Hablamos de fuentes formales cuando nos referimos a las formas en las que se expresan las normas jurídicas (por ejemplo, como ley o como costumbre) y de fuentes materiales cuando atendemos al órgano que tiene la facultad de dictar normas.

En Derecho español, las fuentes formales son las recogidas en el artículo I del Código Civil<sup>2</sup>: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

- La ley es la fuente principal del ordenamiento español. Es ley en sentido formal, pues puede identificarse con cualquier norma que emane de una autoridad con poder para ello (es decir, puede ser una Ley Orgánica o un Real Decreto). Hay que señalar que, conforme al artículo 1.5 CC “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”. Se trata de una redacción levemente diferente a la del artículo 96 CE (más completa esta última).
- La costumbre es fuente supletoria de primer grado pues, conforme al artículo 1.3 CC: “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”. Consecuentemente, no rige para la costumbre en Derecho común el principio *iura novit curia*. Ha de destacarse que sólo se consideran costumbre los usos normativos y no los interpretativos (artículo 1.3 CC).
- Los principios generales del Derecho son fuente supletoria de segundo grado, según el art. 1.4 CC: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”. Para una parte de la doctrina no serían propiamente una fuente formal, sino las normas más elementales y generales del ordenamiento jurídico: convencimientos ético-jurídicos de una sociedad, enunciados de carácter general, que sirven de base e inspiración a normas jurídicas concretas.

La lectura estricta del artículo I CC no permite inferir que existan más fuentes del ordenamiento español estrictamente hablando, pero ello no impide que la acción de ciertos agentes jurídicos pueda repercutir en el ordenamiento. Así, el artículo 1.6 CC reconoce a la jurisprudencia un papel de complemento del ordenamiento jurídico a través de la doctrina del Tribunal Supremo, dando a la jurisprudencia una indudable importancia práctica en la vida del Derecho.

El artículo I CC reconoce, además, dos principios fundamentales del ordenamiento jurídico que entroncan con sus rasgos de unidad y totalidad: el principio de jerarquía (1.2 CC) y el de imposibilidad de lagunas jurídicas (1.7 CC).

### 3. La interpretación de las normas

Se ha dicho que las normas jurídicas se caracterizan por ser abstractas y generales. Dado que no es posible prever cada uno de los supuestos y conflictos dados en una sociedad, es necesario que el ordenamiento jurídico contemple mecanismos para que esas normas generales puedan ser individualizadas a cada situación. La operación por la que se determina

<sup>2</sup> El Título Preliminar fue reordenado con la reforma de 1974, en la que se sistematizaron las reglas sobre la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

el alcance y contenido de una norma general a un caso particular se denomina interpretación.

La interpretación puede clasificarse en función de distintos criterios:

- En función del sujeto que la realiza, puede tener carácter público o privado (la que realiza un juez frente a la que realiza el arrendador de un inmueble)
- En función de sus efectos, la interpretación puede ser declarativa (lo que supone la mera determinación de la norma aplicable) o correctiva, que a su vez puede ser restrictiva o extensiva (si se excluyen o incluyen supuestos al margen del tenor literal de la norma).

### 3.1. Criterios interpretativos

La reforma de 1974 introdujo las reglas básicas de interpretación de las normas en el artículo 3 CC: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

Tenemos, por tanto, los siguientes criterios de interpretación:

- Criterio literal/gramatical. Si la norma es clara, no cabe tergiversar el sentido de la norma (*in claris non fit interpretatio*).
- Criterio sistemático. Alude a la conveniencia de tener en cuenta el contexto normativo, la relación entre la norma objeto de interpretación y otras normas que regulen la misma institución jurídica.
- Criterio histórico. Supone considerar los antecedentes legislativos o los anteproyectos de una norma a la hora de interpretarla.
- Criterio sociológico. Con él se busca una mejor adaptación de la norma a las condiciones del tiempo en que ha de ser aplicada para evitar resultados no deseados, sin que este criterio pueda prevalecer sobre el literal.
- Criterio teleológico, criterio preeminente de interpretación a tenor del artículo 3 CC (“atendiendo *fundamentalmente...*”), que busca tener en cuenta el objetivo de la norma (*ratio legis*).

Normalmente, la interpretación de una norma concreta a una situación práctica requerirá aplicar diversas técnicas interpretativas. Por último, el artículo 3.2 CC alude a la equidad, que puede ponderarse al aplicar la norma, pero sin convertirla en criterio decisorio de las resoluciones de los Tribunales, a menos que la ley lo permita expresamente.

No huelga una mención a la importancia de la Constitución como marco de interpretación de las normas en el ordenamiento jurídico español, tal y como reconoce el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por último, cabe mencionar la posibilidad de aplicación analógica de las normas a supuestos no contemplados específicamente en ellas, siempre que regulen otros con los que haya identidad de razón (4.1 CC).

### 3.2. La eficacia personal, temporal y territorial de las normas

Albaladejo señala que las normas jurídicas son eficaces en dos sentidos: tienen eficacia obligatoria, pues obligan a su cumplimiento, y constitutiva, pues dotan de efectos jurídicos a los hechos que contemplan (convierten en realidad jurídica algo que anteriormente sólo era una realidad de hecho). Cabría hablar de un tercer sentido de la eficacia de las normas: la sancionadora, en la medida en que todo incumplimiento va asociado a una sanción.

La cuestión de la eficacia de la norma jurídica, no obstante, obliga a plantear su vigencia y fuerza en relación a los sujetos a los que se dirige, al tiempo y al espacio en que ha de ser aplicada.

#### 3.2.1. Eficacia personal

Desde el punto de vista subjetivo, han de hacerse los siguientes apuntes:

- La ignorancia de las leyes y el error de derecho. El artículo 6.1 CC establece que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento y que el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen. Aunque parecería que para respetar una norma es necesario conocerla previamente, la necesidad de efectividad del ordenamiento invierten esa razón pues, si no, bastaría con alegar ignorancia de la norma para escabullirse del deber de observarla. El error de derecho puede ser definido como el conocimiento falso o erróneo de la norma en un caso particular (una ignorancia especial de la ley): en este caso el legislador puede prever una modulación de la sanción prevista.
- Aunque la dispensa de las leyes –entendida como la exención del cumplimiento de un precepto legal- no se regula en el CC, sí que se prevé para casos concretos (por ejemplo, la dispensa de impedimentos matrimoniales).
- Cabe la exclusión voluntaria de la ley y la renuncia a derechos siempre que ello no sea contrario al interés u orden público ni perjudique a terceros (6.2 CC).
- Los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que la ley establezca un efecto distinto (6.3 CC).
- El artículo 6.4 CC establece que los actos ejecutados en fraude de ley no impedirán la aplicación de la norma que se pretendía eludir. El fraude de ley es la actuación al amparo de la literalidad de una norma pero persiguiendo un resultado contrario a ella. Es el cumplimiento formal de la ley y su violación teleológica.
- Por último, el artículo 7 CC establece la obligatoriedad de ejercitar los derechos de buena fe: la ley no ampara el abuso o el ejercicio antisocial del derecho.

#### 3.2.2. Eficacia temporal

Desde el punto de vista temporal, cabe señalar lo siguiente:

- La entrada en vigor de las normas se rige por el artículo 2.1 CC, que dice que “las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el BOE, si en ellas no se dispone otra cosa (como frecuentemente se dispone)”.
- Con carácter general, el art. 2.3 CC establece la irretroactividad de las normas, a menos que se disponga en ellas lo contrario. Este principio encuentra también reflejo en la prohibición de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras del artículo 9.3 CE.

Cuestión distinta es la de la derogación de las normas, que es la cesación de la vigencia de una norma como consecuencia de lo dispuesto en otra norma posterior. En nuestro ordenamiento jurídico, la derogación puede ser expresa o tácita, pero el artículo 2.2 CE sí establece el principio de que “las leyes solo se derogan por otras posteriores”.

### 3.2.3. Eficacia territorial

Aunque resulta inexacta la expresión ‘eficacia territorial de las normas’ en relación a lo dispuesto en el Título Preliminar del CC, con ella nos referimos a la eficacia y valor de las normas en el ámbito del Derecho internacional privado, pero también a la coexistencia de distintos ordenamientos jurídicos civiles en el territorio español. Así, distinguimos dos vertientes:

- En el nivel internacional, los artículos 8-12 CC regulan supuestos de Derecho internacional privado, estableciendo, con carácter general, el criterio de la aplicación de la ley personal para los derechos de las personas y el criterio de las *lex loci* para derechos reales. Esta regulación parte del principio de que las leyes penales, policía y seguridad pública obligan a todos los que estén en territorio español (art. 8.1 CC).
- A nivel interno, se busca disciplinar las relaciones entre el Derecho común y los Derechos forales (artículos 13-16 CC). En virtud del artículo 13 CC se consagra precisamente la aplicación general y directa en España de las normas del Título Preliminar (así como de las normas que regulan la institución del matrimonio, dejando fuera el régimen económico matrimonial). Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre los Derechos forales, baste señalar ahora que:
  - La sujeción al derecho civil común o al especial o foral queda determinada por la vecindad civil (art. 14.1 CC).
  - La ley personal es la determinada por la vecindad civil (16.1 CC).

## 4. Derecho Civil en España: la relación entre el Derecho común y los Derechos forales

Los Derechos forales son distintos ordenamientos jurídicos de raigambre histórica en determinadas zonas de España que siguen aplicándose en ellas y que coexisten con un Derecho común reflejado en el Código Civil. El contenido de los Derechos forales es muy variado, si bien suele estar centrado en la regulación de instituciones familiares y sucesorias.

### 4.1. Notas históricas

El origen de los Derechos forales está en la Edad Media, cuando España se dividía en distintos reinos. Se fueron perpetuando particularidades jurídicas en ciertos territorios, sin perjuicio del desarrollo de un Derecho común basado tanto en el Derecho romano como en el visigodo (ejemplo paradigmático fue el *Liber Iudiciorum* de Leovigildo). Aunque tras la Guerra de Sucesión se pretendió una unificación jurídica en España con los Decretos de Nueva Planta, estos sólo acabaron con el régimen político singular de la Corona de Aragón. Fue a partir de entonces cuando empezó a distinguirse propiamente entre el Derecho común (el que regía de manera general en todo el territorio) y el Derecho foral (el particular de una parte del territorio).

A lo largo del siglo XIX, con la codificación, hubo ciertos intentos por unificar todos los ordenamientos (como ejemplo, el Código Civil *nonnato* de 1851). En 1880, se añadió un jurista de cada región foral a la Comisión de Códigos, encargada de analizar qué instituciones forales debían conservarse. Siguiendo lo dispuesto en esos estudios, la Base 13ª de la Ley de Bases de 1888 estableció que las regiones forales eran las de “Vascongadas, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra”. Las compilaciones de Derecho foral de estos territorios fueron incorporados al Código Civil de 1889 en forma de apéndices (el término ‘compilaciones’ llegó como tal en los años 50 del siglo XX).

#### 4.2 Encaje

A salvo de lo dispuesto en su artículo 13, podemos decir que la relación entre el Derecho común y los Derechos forales consiste en tomar el Código Civil como Derecho común y supletorio allí donde existiese un Derecho foral propio, y como Derecho directa y primariamente aplicable en el resto del territorio español.

Cuestión distinta es la de la relación competencial. El artículo 149.1.8º CE establece: “El Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Es decir, la CE viene a sancionar la separación entre el Derecho común y el foral, y éste último compete al legislativo de las CCAA.

El Tribunal Constitucional limitó el desarrollo al que se refiere el artículo anterior a las “instituciones conexas ya reguladas en la Compilación (...)”. Actualmente, la mayor parte de la doctrina observa una teoría más amplia o autonomista, que considera que las CCAA pueden legislar sobre todas aquellas materias que no sean competencia exclusiva del Estado, y no únicamente sobre las materias ya contenidas en las Compilaciones. Por consiguiente, cabe preguntarse qué está cubierto por la competencia exclusiva estatal en materia civil: al menos, las reglas sobre la aplicación y eficacia de las normas jurídicas anteriormente explicadas, el régimen esencial del matrimonio, las normas sobre instrumentos públicos y registros o las normas de Derecho internacional privado.

#### 4.3. Compilaciones

##### 4.3.1. La Compilación del País Vasco

El derecho civil foral del País Vasco está regulado en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Consta de un título preliminar y tres títulos que regulan, respectivamente, principios de derecho patrimonial, las sucesiones y del régimen de bienes en el matrimonio.

El derecho foral vasco mantiene las instituciones tradicionales y particularidades de los fueros de Vizcaya, Álava Guipúzcoa, de los que se pueden destacar las siguientes:

- Fuero de Vizcaya (se aplica también en Aramayona y Llodio, localidades de Álava), cuya principal particularidad es la existencia de “bienes troncales” en la sucesión. Destaca también el principio supremo de concentración patrimonial de cada caserío o el testamento por comisario.

- Fuero de la Tierra de Ayala, en el que destaca la institución del usufructo poderoso o la disposición de bienes testamentaria (sin legítima).
- Fuero de Guipúzcoa, que también reconoce normas sucesorias especiales respecto a cada caserío.

#### 4.3.2. La Compilación de Cataluña

La compilación de Derecho Civil de Cataluña fue aprobada en 1960 y modificada en 1984. Actualmente, el Derecho civil catalán se recoge en un Código Civil compuesto de seis libros que se han ido aprobando por distintas leyes. Con la última de ellas se aprobó el Libro Sexto (aprobada por Ley 3/2017), relativo a obligaciones y contratos. En la medida en que este Código Civil regula la personalidad jurídica, las asociaciones o incluso los efectos del matrimonio, una parte importante de la doctrina opina que el Derecho civil catalán no es propiamente de origen foral sino que constituye un régimen completo de derecho privado. Como señala Vaquer Aloy, la codificación catalana no es una codificación parcial “en el sentido no de constituir códigos independientes como el de sucesiones y el de familia, sino concebida como una codificación general del derecho civil catalán”.

#### 4.3.3. La Compilación de Baleares

La Compilación de Derecho Civil de Baleares se recogió en 1961 y su última modificación se adoptó por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de tal compilación. Consta de un título preliminar y tres libros: Libro I, de las disposiciones aplicables en la Isla de Mallorca, Libro II, para la Isla de Menorca (acoge la denominada ‘sociedad rural menorquina’) y el Libro III, para las islas de Ibiza y Formentera (destaca el régimen económico matrimonial paccionado o “espolits”).

#### 4.3.4. La Compilación de Galicia

Doctrinalmente no es pacífica la cuestión del origen del derecho civil gallego. Este se contenía en una compilación de 1963, que hoy se recoge en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. Consta de un título preliminar y diez títulos, con instituciones particulares como la veciña, el arró, o la compañía familiar gallega.

#### 4.3.5. La Compilación de Navarra

Históricamente, el fuero de Navarra ha sido el más completo, pues consta de 596 leyes que se distribuyen en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, posteriormente modificada) en un libro preliminar y tres libros, sobre las personas, la familia y la casa navarra, sobre donaciones y sucesiones y sobre los bienes. Dentro de sus instituciones más peculiares destaca el régimen de conquistas, la libertad de testar o las costumbres notorias.

#### 4.3.6. La Compilación de Aragón

Fue promulgada por ley en 1985 y posteriormente reordenada en el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón) por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón. Este Código está compuesto por un título preliminar y cuatro libros, sobre el derecho de la persona, el derecho de la familia, el derecho de sucesiones mortis causa y el derecho patrimonial. En

él se reconocen instituciones como el testamento mancomunado, el consorcio conyugal o la junta de parientes.

#### 4.3.7. El Fuero de Baylío

Existe discusión doctrinal acerca de si el Fuero de Baylío<sup>3</sup> puede considerarse o no una compilación. Es un fuero que rige en algunas localidades extremeñas como Alburquerque, Jerez de los Caballeros, y también Ceuta. Su especialidad principal es la comunidad universal de bienes en el matrimonio.

## 5. Conclusión

El Derecho civil desarrolla en el ordenamiento jurídico español una triple función, pues sirve como Derecho general (contiene conceptos aplicables a todo el sistema), es el núcleo de la regulación de las relaciones entre particulares y trata y ordena, también, los aspectos jurídicamente relevantes de la existencia humana.

La reforma del CC entre 1973-1974 sistematizó muchas de esas cuestiones de Derecho general en el Título Preliminar, reordenando también la relación entre el Derecho civil común y el foral que, como señala Castán, es quizás la mayor particularidad de nuestro ordenamiento jurídico-privado.

## BIBLIOGRAFÍA

- Textos legales:
  - Constitución Española
  - Código Civil
  - Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
  - Compilaciones de Derecho foral
- Manuales:
  - *Sistema de Derecho Civil*, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón
  - *Derecho civil español, común y foral*, Castán y Tobeñas
- Otros materiales
  - Temas propios oposición notaría
  - *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz
  - *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.).
  - Sinopsis artículos de la Constitución (web del Congreso de los Diputados)
  - *El Derecho Civil catalán: presente y futuro*, Vaquer Aloy

---

<sup>3</sup> Su origen está en una Pragmática de Carlos III.



## Tema 3 I

### **Personas físicas y personas jurídicas. Los derechos de la personalidad. Capacidad jurídica. Mayoría de edad y emancipación. Apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La representación.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Personas físicas y personas jurídicas. 2.1. Nacimiento y extinción de la personalidad de las personas físicas. 2.2. Concepto y tipos de personas jurídicas. 2.3. Nacimiento, extinción y contenido de la personalidad de las personas jurídicas. 3. Los derechos de la personalidad. 3.1. Concepto y caracterización. 3.2. Protección. 4. Capacidad jurídica y capacidad de obrar. 5. Circunstancias modificativas de la capacidad. 5.1. La edad y la emancipación. 5.2. La enfermedad. 6. La representación. 6.1. La representación de personas físicas. 6.2. La representación de personas jurídicas. 7. Conclusión

#### **I. Introducción**

La existencia del ser humano y de la sociedad son las razones de ser del Derecho, pues éste cumple la función de servir a la organización justa de la convivencia.

Actualmente, la coincidencia entre el concepto de persona como sujeto de derechos y obligaciones –es decir, el concepto de persona en el sentido jurídico- y el ser humano en sentido biológico es indiscutible, hasta tal punto que esta identificación es la base de los derechos humanos. Sin embargo, esta identificación es el fruto de un largo proceso histórico: en el Derecho romano, la personalidad jurídica no era un atributo de la naturaleza humana sino una consecuencia del estatus. Incluso en nuestros días, en muchas regiones del planeta el contenido de la personalidad jurídica varía por factores como el sexo.

En el sistema español está plenamente asumida esa coincidencia entre persona en sentido jurídico y biológico: la personalidad se concibe como una emanación de la naturaleza racional del ser humano y es inherente a ellos. La Constitución Española recoge esta idea filosófico-jurídica en su artículo 10, que habla de “la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes”.

Pero el Derecho objetivo no regula a los seres humanos en cuanto tales, no regula realidades biológicas sino jurídicas. Por ello, hablamos de personas físicas o naturales para distinguirlas de ciertas entidades que el Derecho ha personificado como sujetos de derechos y obligaciones: las personas jurídicas.

## 2. Personas físicas y personas jurídicas

La persona como ser humano es un *præius* respecto del Derecho, existe con independencia de él. El ordenamiento jurídico asocia automáticamente un carácter jurídico y una protección a los seres humanos, reconociéndoles capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones.

Sin embargo, la persona jurídica es posterior al Derecho. Dice Díez-Picazo que la persona jurídica es la respuesta jurídica a un problema práctico, como es el de permitir la actuación en el tráfico jurídico de entes sociales personificados.

### 2.1. Nacimiento y extinción de la personalidad de las personas físicas

Dado que la naturaleza de persona física es inherente a la naturaleza humana en el estado actual de cosas, cabe preguntarse cuándo aparece y desaparece la persona física para el Derecho. Respecto del momento de aparición, existen varias teorías:

- Según la teoría de la concepción, el concebido puede ser considerado sujeto de derecho.
- Según la teoría del nacimiento, la capacidad nacería en el momento en que se produce el nacimiento con vida.
- Para una teoría ecléctica, si bien el origen de la persona física es el nacimiento, determinados efectos podrían retrotraerse a un momento anterior a ese nacimiento.
- Para la teoría de la viabilidad, el reconocimiento de la personalidad física se supeditaría a que el nacido reúna la aptitud y características necesarias para seguir viviendo.

El artículo 29 CC señala que “el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables<sup>1</sup>, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. A su vez, el artículo 30 CC dice que “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

Cabe destacar que el artículo 30 fue modificado por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que eliminó el requisito de que el nacido tuviera que tener figura humana (heredado del Derecho romano) y el vivir desprendido materno durante 24 horas. El nuevo artículo parece así inclinarse por la teoría ecléctica.

El artículo 31 CC se refiere a la cuestión de los partos dobles (por analogía, se extiende esta norma a los partos múltiples), y es que es de vital importancia determinar en ellos el

<sup>1</sup> Los efectos favorables a que se refiere el artículo 29 tienen especial relevancia en materia sucesoria, y ese es el sentido que da la mayor parte de la doctrina a esa expresión. Esos efectos son, por ejemplo, la justificación de que se haya de suspender la división de la herencia hasta el momento del nacimiento del concebido en el caso de que la viuda esté encinta cuando fallezca el causante (artículo 966 CC), o de que se tengan que asegurar y administrar los bienes de la herencia en ese mismo supuesto (965 CC).

momento de nacimientos de cada persona, pues de ello pueden derivarse efectos sucesorios, de edad, ... En esos casos –y teniendo en cuenta la condición de que el nacimiento se produzca con vida-, la ley da al primer nacido “los derechos que la ley reconozca al primogénito”.

El nacimiento produce efectos civiles desde que tiene lugar, pero para el pleno reconocimiento de esos efectos es necesario inscribir el nacimiento en el Registro Civil (la prueba del nacimiento, por tanto, la da la correspondiente inscripción registral). Pueden promover la inscripción los centros médicos en que se produzcan los nacimientos, el personal médico que haya atendido el parto si este no se ha producido en una clínica, los progenitores del recién nacido, el pariente más próximo del neonato o cualquier persona mayor de edad presente en el nacimiento. El artículo 46 de la Ley del Registro Civil establece que los centros sanitarios comunicarán en 72 horas todos los nacimientos que se produzcan en ellos. El resto de personas obligadas a promover esa inscripción tendrán un plazo de 10 días para declarar el nacimiento cuando este se haya producido fuera de un centro sanitario (47 LRC). Cuando se acredite justa causa, el plazo puede llegar a los 30 días y, después, sería necesario tramitar un expediente especial de inscripción de nacimiento fuera de plazo ante el Encargado del Registro Civil.

Respecto de la extinción de la personalidad, el artículo 32 CC reza: “la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”. Esto supone que la muerte extingue la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, siendo la única causa admitida de extinción de la personalidad civil (consecuencia lógica de la idea de que la personalidad civil es inherente a la condición de ser humano).

Determinar el momento exacto de la muerte es de particular importancia para establecer los derechos sucesorios o el destino de los bienes del causante, especialmente en el caso de fallecimiento de dos personas que están llamadas a sucederse la una a la otra. El artículo 33 CC establece la llamada presunción de conmorencia: “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro”. Es decir, sólo cuando no haya prueba sobre quién murió primero se aplicaría esa presunción.

Cuestión distinta es la de la incertidumbre sobre si una persona que ha desaparecido ha fallecido verdaderamente o no, incertidumbre que, de perpetuarse, pondría en suspenso una serie de mecanismos, derechos y obligaciones. Los artículos 193 y 194 CC establecen unos plazos tras los cuales, ante la desaparición de una persona, puede instarse la declaración de fallecimiento:

- El plazo general es de 10 años desde las últimas noticias o desaparición del ausente.

- Si el ausente hubiera cumplido 75 años al expirar el plazo anterior, este será de 5 años. Tanto en este caso como en el anterior, los plazos se computan desde que expirase el año natural de las últimas noticias o desaparición.
- En caso de que el ausente hubiera desaparecido en situación de violencia contra su vida, el plazo será de un año contado de fecha a fecha.
- Si el ausente desapareciese en caso de siniestro, el plazo se reduce a tres meses.

Al igual que con el nacimiento, la prueba de la defunción la proporciona la correspondiente inscripción en el Registro Civil. Según el artículo 276 RRC, la práctica de comprobaciones e inscripción de la defunción ha de hacerse dentro de las 24 horas siguientes al fallecimiento (la inscripción de defunción se considera siempre urgente). Es necesario que se practique esta inscripción para que se pueda expedir la licencia para el entierro. La inscripción se puede practicar en virtud de declaración de quien tenga conocimiento de la muerte, pero será necesario aportar una certificación médica que acredite inequívocamente que el fallecimiento se ha producido.

## 2.2. Concepto y tipos de personas jurídicas

Además de las personas físicas, hay otros entes a los que el Derecho reconoce la capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones: las personas jurídicas. Estas plasman la colaboración de varios individuos para conseguir determinados fines, como señala Díez-Picazo.

Castán define a las personas jurídicas como entidades formadas para la realización de fines colectivos y permanentes de los hombres a las que el Derecho objetivo reconoce personalidad. Esa personalidad es independiente de la de sus componentes, así como los derechos y obligaciones ligados a aquélla.

El artículo 35 CC distingue entre personas jurídicas de interés público y de interés privado:

- Las personas jurídicas de interés público pueden ser, a su vez:
  - Corporaciones, que se crean o reconocen por ley (37 CC), a diferencia de lo que ocurre con las asociaciones, que son creadas por la voluntad de los asociados. Son corporaciones los colegios profesionales.
  - Asociaciones, agrupaciones de personas unidas para alcanzar un bien común. Están reguladas por la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, cuyo artículo 5 establece que estas se constituyen con el objeto de poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular.
  - Fundaciones, que son organizaciones constituidas sin ánimo de lucro y que, por voluntad de sus creadores, tienen un conjunto de bienes o patrimonio adscrito a un fin de interés general. Están regidas por la Ley 50/2002, de 26 de junio, de Fundaciones.
- Las personas jurídicas de interés particular pueden ser asociaciones civiles, mercantiles o industriales.

## 2.3. Nacimiento, extinción y contenido de la personalidad de las personas jurídicas

Dado que el nacimiento, contenido y extinción de las personas jurídicas de interés particular está específicamente regulada en otras normas de Derecho mercantil, veremos aquí las reglas sobre nacimiento, contenido y extinción de la personalidad de las personas jurídicas en las de interés público.

El momento de inicio de la personalidad de las personas jurídicas de interés público comienza en el instante en que estas quedan válidamente constituidas con arreglo a Derecho (artículo 35.I CC).

Su capacidad, a falta de régimen especial, se rige por lo dispuesto en el artículo 37 CC: “La capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las haya creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos; y la de las fundaciones por las reglas de su institución (..)”.

Las personas jurídicas poseen los derechos de su propia personalidad (nombre, domicilio o nacionalidad), poseen también derechos reales y de obligación (según el artículo 38 CC, pues pueden adquirir y poseer toda clase de bienes) y también derechos sucesorios (pueden recibir por testamento, pero no testar). Obviamente, al no tener proyección familiar, carecen de esos derechos y potestades.

Cabe hacer una mención a la regulación del CC sobre el domicilio y nacionalidad de las personas jurídicas:

- El domicilio de las personas jurídicas es el centro de su vida social y puede determinar aspectos importantes como la competencia judicial. Así, el artículo 41 CC establece que cuando ni la ley, los estatutos o las reglas de fundación de una persona jurídica no fijen su domicilio, “se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto”.
- En cuanto a la nacionalidad, aunque existen distintas formas de determinarla, el artículo 28 CC establece un criterio formal: “Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código”.

En cuanto al momento de extinción de la personalidad de estos entes, el artículo 39 CC establece algunas causas: expiración del plazo de funcionamiento legal, realización del fin por el que se constituyó la persona jurídica, imposibilidad de conseguir el fin para el que se constituyó. Sería esta una lista *numerus apertus* que debería ser completada con la regulación específica para cada uno de los tipos de personas jurídicas (la extinción de una fundación no es igual que la de una sociedad de capital). Estas causas tienen como efecto la apertura del período de liquidación de sus bienes, derechos y obligaciones: durante ese período, la entidad y su personalidad jurídica siguen existiendo, por lo que hasta que ese periodo no finalice no desaparecerá la persona jurídica propiamente.

### **3. Los derechos de la personalidad**

#### *3.1. Concepto y caracterización*

Los derechos de la personalidad son una serie de derechos inherentes al ser humano, que gozan de un reconocimiento a nivel universal y que el artículo 10 CE toma como fundamento de la dignidad de la persona. Para Ferrara, los derechos de la personalidad son los derechos supremos del ser humano, los que garantizan el goce de sus bienes personales.

Para gran parte de la doctrina, más que crearlos, el ordenamiento jurídico se limita a reconocer y proteger esos derechos: el derecho a la vida no lo crearía el artículo 15 CE, sino que se limitaría a reconocerlo como manifestación inherente al ser humano.

Ciertamente, los derechos de la personalidad se vinculan a los derechos humanos o también al concepto de derechos fundamentales, aunque la delimitación entre las tres categorías es objeto de estudio. Precisamente por ello, es complejo establecer un elenco claro de los derechos de la personalidad, pero podríamos incluir:

- El derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 CE).
- El derecho a la libertad, religiosa e ideológica (artículo 16 CE) y personal (artículo 17 CE).
- El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (artículo 18 CE).
- El derecho a la individualidad de la persona -categoría más discutida- dentro del que podría destacarse el derecho al nombre como manifestación externa de la propia individualidad.

La doctrina ha caracterizado estos derechos con los siguientes rasgos:

- Son esenciales e inherentes a la persona, innatos u originarios.
- Son personalísimos (indisponibles e inajenables).
- Son absolutos, es decir, oponibles *erga omnes*.
- Son extra-patrimoniales, lo que significa que están fuera del comercio de los hombres (son inembargables e inenajenables). No pueden ser valorados económicamente, pero ante determinadas lesiones puede haber un resarcimiento económico acorde con la lesión, a modo de indemnización.

### 3.2. Protección

En la Constitución Española, los derechos de la personalidad se configuran como derechos fundamentales, contenidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, lo que les concede una particular protección constitucional:

1. Sólo pueden ser regulados por Ley Orgánica (81 CE).
2. Su protección se sustancia por procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios en caso de vulneración (53.2 CE).
3. Se tutelan también a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (53.2 CE).

Además, el Derecho penal tipifica como delitos las vulneraciones más graves a estos derechos, como son los delitos contra la integridad física o los delitos contra el honor. En cuanto al ámbito civil, si bien la protección de los derechos de la personalidad no se preveía en los códigos decimonónicos, sí que ha habido una protección efectiva de los mismos por la vía jurisprudencia y también encontramos normas civiles protectoras (como las normas sobre indemnización, daños y perjuicios).

#### 4. Capacidad jurídica y capacidad de obrar

Tener capacidad jurídica significa tener la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Esta capacidad es inherente al ser humano, acompaña a las personas físicas desde el nacimiento hasta la muerte y no admite modulación. Basta, por tanto, la existencia personal para que el individuo tenga capacidad jurídica y se convierta en potencial sujeto activo o pasivo de toda suerte de relaciones jurídicas.

La capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad que tiene un sujeto –que ya cuenta con capacidad jurídica- para realizar actos jurídicos de forma eficaz o para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones con su propia actuación. Se puede considerar como la traducción de la subjetividad en su dimensión dinámica. En la medida en que la capacidad de obrar prejuzga una eficacia a la hora de concluir relaciones jurídicas, esta capacidad de obrar no será completa si no es plena la aptitud de autogobierno. Por ende, cabe hablar de circunstancias modificativas de la capacidad de obrar, pues esta es modulable.

#### 5. Circunstancias modificativas de la capacidad

Entendemos por circunstancias modificativas de la capacidad aquellas que determinan la falta de la capacidad para ser sujeto de determinadas relaciones jurídicas o que determinan que el ejercicio de un derecho tenga que realizarse a través de otra persona diferente del sujeto de ese derecho.

A la luz de la regulación del CC, podemos decir que hay dos causas modificativas de la capacidad: la edad y la enfermedad.

##### 5.1 La edad y la emancipación

Federico de Castro ha definido la edad como el lapso transcurrido desde el nacimiento hasta un momento determinado. En nuestro ordenamiento jurídico, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años (12 CE), ese es el momento en el que el sujeto, con carácter general, sale de la patria potestad o tutela y adquiere capacidad plena. Pero como pueden concurrir otras condiciones especiales, distinguimos tres posibilidades:

- En la mayoría de edad el sujeto tiene el grado superior de capacidad de obrar, la 'plena capacidad'. Se adquiere a los 18 años, incluyendo en el cómputo el día de nacimiento (315 CC).
- En la minoría de edad (cuando no se han cumplido los 18 años), el sujeto carece de capacidad plena, por lo que esa carencia ha de suplirse mediante la institución de la patria potestad o la tutela y determina que el sujeto necesite del complemento de sus progenitores o tutores para realizar determinados actos.
- Existe un estadio intermedio que nos lleva a hablar de la emancipación. Según el artículo 323 CC, la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, pero seguirá necesitando la autorización de padres o curador para ciertos actos (como tomar dinero a préstamo o gravar o enajenar bienes inmuebles). Es en el artículo 314 donde encontramos las causas de la emancipación: la mayoría de edad (que no es propiamente una causa), la concesión de los que ejercen la patria potestad y la concesión judicial. Si el mayor de 16 años viviese independizado de los padres con consentimiento de estos, se reputará también como emancipado.

## 5.2. La enfermedad

La segunda de las causas que puede llevar a una modificación de la capacidad es la enfermedad, que sería aquella deficiencia persistente, física o psíquica, que impida que la persona se gobierne por sí misma (200 CC). Para que una persona sea declarada incapaz es necesario que medie sentencia judicial que la determine: a nadie se le puede restringir su capacidad de obrar por esta causa si no es a través de declaración judicial. Esta sentencia tiene que determinar la extensión y los límites de la capacidad del sujeto y ha de anotarse en el Registro Civil.

Ha de tenerse en cuenta que, aunque un menor no tiene por sí la capacidad de obrar plena, pueden ser declarados incapacitados durante su minoría de edad si concurre en ellos una enfermedad inhabilitante que se prevea continúe tras la mayoría de edad.

Al margen del alcance de la incapacitación que se fije en una sentencia judicial, el CC recoge las figuras de la tutela (222.2º CC), la curatela (para los declarados pródigos, 286.3ª, o para aquellos incapacitados cuando así lo decida el juez en atención a su grado de discernimiento, según el 287 CC) y el defensor judicial (para representar y amparar los intereses de incapacitados cuando haya conflicto de intereses, 299 CC).

## 6. La representación

La representación ha sido definida por Federico de Castro como aquella figura jurídica en cuya virtud se confía a una persona (representante) la facultad de actuar y decidir, dentro de ciertos límites, en interés y por cuenta de otra persona (representado). Conviene diferenciar de la representación la figura del mero nuncio, que es un simple correo de la voluntad que no tiene capacidad alguna de decisión y se limita a transmitir o reproducir una declaración de voluntad ya emitida.

Existen muchas formas de representación, pero podemos distinguir:

- Representación legal, que tiene su origen en la ley (la de los progenitores sobre el hijo por causa de la patria potestad), frente a representación voluntaria, que es concedida por la propia voluntad del representado.
- Representación directa (aquella en la que el representante actúa en nombre e interés ajeno) frente a representación indirecta (el representante actúa en nombre propio pero en interés ajeno, existiendo un debate doctrinal sobre si sería una verdadera representación y que no se incluiría, por ejemplo, en la definición dada).

### 6.1. Representación de personas físicas

No existe en el CC una regulación específica de la representación, tan sólo del mandato representativo (Título IX del Libro IV del CC) del que, según la doctrina, pueden extrapolarse ciertos principios a la representación.

Por otra parte, está el apoderamiento, forma de representación voluntaria, que se puede definir como el acto en virtud del cual el poderdante concede a otra persona, el apoderado, un poder de representación. Se trata de un negocio jurídico unilateral, pues no exige que concurra la voluntad del apoderado, aunque para devenir eficaz sí requiere de su conocimiento.



El poder es el instrumento en el que consta el apoderamiento, según su contenido puede ser general (referido a todos los negocios del poderdante) o especial (para uno o varios negocios determinados).

El apoderamiento puede ser tácito o expreso, dado que, como norma general, no se exige una forma concreta. No obstante, el artículo 1280.5º CC impone la forma pública y expresa para algunos tipos de poder, como el poder para contraer matrimonio, o el que deba redactarse en escritura pública.

Las causas de extinción del mandato se recogen en el artículo 1732 CC (revocación, renuncia o incapacidad del mandatario, muerte, declaración de prodigalidad...).

Ahora bien, de la relación de confianza que se establece entre representante y representado pueden surgir problemas y conflictos de intereses, como los siguientes:

1. El abuso de poder. Se da cuando el representante, aun actuando dentro de los límites del poder, actúa sin seguir los intereses del representado. Los negocios así concluidos serán válidos frente a terceros de buena fe, pero surgirá responsabilidad del representante para con el representado.
2. La autocontratación ha sido definida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2001 como aquella situación que se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas. Esta figura no se contempla como tal en el CC, pero el artículo 1459 CC prohíbe la compraventa de bienes del tutelado por parte del tutor. Se trata de evitar que una sola persona cree relaciones jurídicas por su propia voluntad entre patrimonios diferentes que deberían permanecer separados.
3. Falso procurador y ratificación. Son aquellas situaciones en las que una persona actúa fuera de los límites del poder o en ausencia de él (1714 CC, sobre la prohibición de traspasar los límites del mandato). El 1259 CC disciplina este supuesto al decir que el contrato celebrado en nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.

#### 6.2. La representación de personas jurídicas

La persona jurídica ha de ejercitar su capacidad de obrar a través o por medio de representante (normalmente, una persona física). La representación de las personas jurídicas puede ser tanto legal o voluntaria, pero en este caso los tipos de representación se diferencian no sólo por el origen sino también por el contenido:

- Mientras que en la representación voluntaria es la propia persona jurídica la que determina el alcance de la representación...
- ... en la representación establecida por la ley (representación orgánica), particularmente en las sociedades de capital, esta tiene un contenido imperativo: cubre todos los actos y negocios jurídicos comprendidos dentro del objeto social, de forma que resulta ineficaz frente a terceros cualquier limitación del contenido de esta representación.

Estas dos formas de representación no son excluyentes, pues nada impide que una persona jurídica tenga al mismo tiempo una representación legal y otra orgánica.

## 7. Conclusión

El Derecho objetivo español es plenamente receptivo de la identificación entre ser humano y persona en sentido jurídico, como resulta del principio general del respeto a la dignidad humana. Sin negar que las circunstancias personales puedan tener incidencia en los actos y negocios que puedan realizarse, la regulación legal de la capacidad de obrar garantiza que estas limitaciones se realicen en supuestos tasados y con todas las garantías.

## BIBLIOGRAFÍA

- Textos legales:
  - Constitución Española
  - Código Civil
  - Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
  - Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
  - Reglamento de la Ley del Registro Civil (Decreto de 14 de noviembre de 1958)
- Manuales:
  - *Sistema de Derecho Civil*, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón
  - *Derecho civil español, común y foral*, Castán y Tobeñas
- Otros materiales
  - Temas propios oposición notarías
  - *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz
  - *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.)

## Tema 32

### **El Derecho de Familia. El matrimonio: celebración, efectos personales y patrimoniales. Separación, nulidad y divorcio. La filiación y sus clases. El matrimonio consular.**

Sumario: 1. Introducción. 2. El Derecho de familia: 2.1. Concepto y rasgos. 2.2. Marco constitucional. 3. El matrimonio: celebración, efectos personales y patrimoniales. 3.1. Concepto, regulación y rasgos. 3.2. Celebración y requisitos. 3.3. Efectos personales y patrimoniales. 4. Separación, nulidad y divorcio. 4.1. Separación. 4.2. Nulidad. 4.3. Divorcio. 4.4. Efectos comunes y medidas provisionales. 5. La filiación y sus clases. 5.1. Concepto y contenido básico. 5.2. Clases. 5.3. Determinación y acreditación. 6. El matrimonio consular. 6.1. Concepto y fundamento convencional. 6.2. Requisitos. 7. Conclusión.

#### **1. Introducción**

No resulta sencillo conceptualizar qué deba entenderse, social o jurídicamente, por 'familia'. Consecuentemente, tampoco es fácil la tarea de delimitar qué sea el Derecho de familia.

Al acudir a las referencias primordiales a la familia en nuestro ordenamiento, observamos un importante contraste entre la rotundidad del artículo 39 de la Constitución, que establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, y la abstracción de las referencias a la familia en el Código Civil, en el que sólo encontramos una regulación sistemática de ciertas instituciones familiares, como el matrimonio o la filiación, pero no de la familia en su conjunto.

En el lenguaje común, la idea de familia alude a una misma prole, pero también se refiere a un conjunto de personas que viven juntas y comparten parcialmente un destino, sin necesidad de que exista vínculo de consanguinidad entre ellas: se alude, por tanto, a una idea de comunidad doméstica. Pero la idea de familia denota también la sumisión de esa comunidad doméstica a una autoridad o potestad y constituye una unidad de organización social.

Al ser la familia una institución pre-jurídica, no existe un concepto inmutable de ésta, por lo que sería más exacto hablar de 'familias'. Con el paso del tiempo, se ha ido diferenciando un concepto de 'familia nuclear' frente a la 'familia extensa'. Cuando en el Derecho moderno se habla de familia, se hace referencia a la familia nuclear de manera general, y en ese sentido ha de interpretarse el artículo 39 de la Constitución.

#### **2. El Derecho de familia**

### 2.1. Concepto y rasgos

Para Díez-Picazo, la familia es un grupo y una institución que merecen únicamente el calificativo de “sociales”, se convierte en una institución jurídica al dar el salto al ordenamiento. Así, sin ánimo de extender en exceso el concepto, se puede definir a la familia como aquel conjunto de personas físicas relacionadas entre sí por vínculos conyugales o de parentesco, pudiendo ser estos naturales, de afinidad o adoptivos o tutelares.

El Derecho de familia puede conceptuarse, según Castán, como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia, entre sí y respecto de terceros. Para Díez-Picazo, el Derecho de familia está constituido por el conjunto de normas de organización de las relaciones familiares básicas y las que resuelven los conflictos de intereses en el seno de esas relaciones, dejando fuera otras normas que, aun contemplando instituciones familiares o el interés de la familia, pertenecen a otras disciplinas (por ejemplo, una norma tributaria que tenga en cuenta los ingresos totales de los miembros de una familia).

No debe equipararse la familia y el Derecho de familia: este último no regula la familia en su conjunto ni la totalidad de la institución, ni es familia sólo lo que el Derecho regula. Las familias y sus miembros evolucionan y mutan en función de creencias, influencias religiosas, morales o socioeconómicas.

Precisamente este carácter evolutivo y complejo de la familia como grupo social otorga rasgos especiales al Derecho de familia:

- a. Su contenido de índole ética, señalado por Ruggiero, puesto que en el ámbito familiar la motivación de los comportamientos no parte tanto del Derecho como de la moral y la religión.
- b. Tiene factores de orden público, pues existe un interés en el mantenimiento de la institución familiar, lo que motiva la frecuente intervención de órganos del Estado en muchos actos relativos al Derecho de familia.
- c. En relación a lo anterior, predomina en el Derecho de familia el interés social: el interés superior de la familia puede primar sobre el interés individual, lo que conlleva que el Derecho de familia es la parte del Derecho civil en el que mayores son las limitaciones a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha ido abriendo espacio para la autonomía de la voluntad y la idea de negocio jurídico dentro del Derecho de familia.
- d. Los derechos en este ámbito son instrumentales, se conceden para el mejor cumplimiento de los deberes respecto a los otros miembros de la familia, por lo que corresponde mejor hablar de potestades, que suelen ser indisponibles y vitalicias.

### 2.2. Marco constitucional

La Constitución contempla a la familia fundamentalmente en el artículo 32, que recoge el derecho del hombre y la mujer “a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, señalando que “la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”, y en el artículo 39, que establece que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, añadiendo los siguientes principios:

- Protección integral de los hijos, consagrando su igualdad jurídica al margen de la filiación, y la de las madres, al margen de su estado civil.
- Posibilidad de investigar la paternidad.
- Deber de asistencia de los padres respecto a los hijos, sean matrimoniales o no, mientras sean menores de edad y en otros casos tasados.
- Protección de los niños según lo dispuesto en acuerdos internacionales

Es posible encontrar en la CE otras referencias al Derecho de familia: así, el artículo 27 reconoce el derecho de los padres a la educación de los hijos.

Aunque el Tribunal Constitucional se ha referido a que la familia que protege el artículo 39 sería la familia fundada sobre el matrimonio, se asiste hoy a una extensión de ciertos elementos del Derecho de familia a otros grupos de personas ligadas por otro tipo de vínculo, como son las parejas de hecho u otras formas de convivencia extramatrimonial.

### **3. El matrimonio: celebración, efectos personales y patrimoniales**

#### *3.1. Concepto, regulación y rasgos*

Con la Constitución de 1978 y la Ley de 7 de julio de 1981, el matrimonio dejó de ser una institución estudiada por el Derecho canónico, convirtiéndose, indiscutiblemente, en una institución de Derecho civil, aunque también pueda ser contemplada desde la religión

Díez Picazo ha definido el matrimonio como la unión de dos personas de distinto o igual sexo, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia. Esta unión tiene un carácter jurídico, nace del consentimiento de los contrayentes y en ese consentimiento encuentra su fundamento (artículo 45 Código Civil).

A partir de esta definición, podemos destacar las siguientes notas del matrimonio actual:

- Monogamia, pues quien ya esté ligado por el vínculo matrimonial no puede contraer matrimonio (art. 46 CC).
- Estabilidad.
- Bisexualidad y homosexualidad (con la Ley 13/2005, de 1 de julio, se autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo).
- Solemnidad en la celebración.

La regulación básica del matrimonio se contiene en el Título IV del Libro Primero del Código Civil (artículos 42-107).

#### *3.2. Celebración y requisitos*

Como señala Clavería, el matrimonio sigue hoy un sistema de forma múltiple, pero clase única. Aunque exista una regulación civil de la institución, se puede contraer matrimonio siguiendo la forma de celebración civil pero también religiosa.

##### *3.2.1. Celebración*

El artículo 49 CC establece que “cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1. Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código. 2. En la forma religiosa legalmente prevista”. También se podrá contraer matrimonio fuera de

España con arreglo a la forma de la ley del lugar de celebración. Consecuentemente, existen dos formas de celebración del matrimonio:

- La forma civil. Es competente para celebrar matrimonios el Juez encargado del RC, el alcalde o concejal del municipio en que se celebre el matrimonio, el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero, o el Secretario judicial o Notario libremente elegido por los contrayentes competente en el lugar de celebración (51 CC).
- La forma religiosa, que, conforme al art. 60 CC, “produce efectos civiles”. Para ello se requiere la inscripción del matrimonio celebrado en forma religiosa en el Registro Civil. Caben en España las siguientes:
  - o Forma católica (Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 1979).
  - o Formas de celebración evangélica, israelita e islámica (Leyes 24, 25 y 26 de 1992).
  - o Formas de celebración de iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España. Actualmente, son la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, los Testigos de Jehová, las comunidades que sean parte de la Federación de Comunidades Budistas de España y las Iglesias Ortodoxas.

### 3.2.2. Requisitos

El primero de los requisitos matrimoniales es el consentimiento, pues “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial” (45 CC), teniéndose por no puesta la condición, término o modo.

En segundo lugar, se requiere que los contrayentes tengan capacidad. El artículo 46 establece que los menores de edad no emancipados y los que ya estén ligados por vínculo matrimonial no pueden contraer matrimonio. Para certificar esa capacidad, el artículo 56 CC establece que tenga que hacerse un expediente previo ante el encargado del Registro Civil. En caso de que concurran deficiencias o anomalías psíquicas en alguno de los interesados, el expediente previo requerirá de un dictamen médico.

En tercer lugar, se requiere que no haya impedimentos (artículo 47 CC), incapacidades relativas que impiden que alguien pueda contraer matrimonio con otra persona determinada. El artículo 48 CC, no obstante, prevé dispensas judiciales que, si fuesen posteriores al matrimonio, permitirían su convalidación.

Como requisito formal, se requiere la tramitación del expediente previo matrimonial, como se ha dicho. Por otra parte, el artículo 61 CC establece que “el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración”, pero para que se reconozcan de manera plena es necesario la inscripción del matrimonio en el RC, de manera que el matrimonio no inscrito no perjudica los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

### 3.3. Efectos personales y patrimoniales

#### 3.3.1. Efectos personales

Los cónyuges tienen derechos y deberes recíprocos recogidos en los artículos 67-70 CC y regidos por el principio de igualdad de derechos y deberes del artículo 66 CC:

- Deber de respeto y ayuda mutua. Supone ayudar al otro cónyuge en la medida de las posibilidades del que ayuda y de las necesidades del otro cónyuge, deber que subsiste incluso después de disuelto el matrimonio.
- Deber de actuar en interés de la familia
- Deber de convivencia, que dejaría de existir cuando se admite la demanda de separación, nulidad o divorcio (102 CC). Su correlato es la presunción de la convivencia del matrimonio en el domicilio conyugal (69 y 70 CC).
- Deber de fidelidad, desdibujado actualmente tras la abolición del delito de adulterio y la aceptación de la separación y divorcio acausal.
- Deber común de compartir las responsabilidades domésticas y cuidar a ascendientes, descendientes y otras personas al cargo.

El artículo 71 CC advierte que ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida, pues el matrimonio no modifica la capacidad jurídica de los esposos.

### 3.3.2. Efectos patrimoniales

El matrimonio tiene efectos sobre los patrimonios de los cónyuges. El régimen económico matrimonial es el conjunto de reglas relativas a los intereses económicos del matrimonio, tanto en las relaciones entre los cónyuges como en las de estos con terceros. Su principio rector es la libertad de configuración, con ciertas limitaciones, así lo señala el artículo 1315 CC al decir que “el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales (...)”. Estas limitaciones serían, con carácter general, las siguientes:

- Igualdad de derechos entre los cónyuges (el artículo 1328 CC decreta nula cualquier estipulación limitativa de esta igualdad en capitulaciones).
- Contribución común al levantamiento de las cargas del matrimonio (1318 CC).
- Potestad doméstica (1319 CC), por la que cualquiera de los cónyuges estará legitimado para comprometer los bienes del matrimonio, siempre que los actos tengan por objeto satisfacer las necesidades de la familia.
- Protección de la vivienda habitual a través de la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre ella (1320 CC).

El CC admite en su artículo 1323 la posibilidad de que los cónyuges se transmitan todo tipo de bienes y derechos y celebren entre sí todo tipo de contratos.

A falta de capitulaciones, el régimen económico del matrimonio será, en Derecho común, el de la sociedad de gananciales. Conforme al artículo 1435 CC, se aplicará la separación de bienes como régimen supletorio de segundo grado. En Derecho foral se puede establecer el régimen de separación como supletorio de primer grado, como ocurre en Navarra, Baleares o Cataluña.

Las capitulaciones matrimoniales son el vehículo por el que los cónyuges pueden estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial (1325 CC). Las capitulaciones pueden pactarse previamente a la celebración del matrimonio o con posterioridad a tal

celebración, pero deben constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad si afectan a inmuebles (1333 CC).

El CC regula tres regímenes económicos matrimoniales:

- Sociedad de gananciales (1344-1410 CC). Es el régimen supletorio de primer grado, que rige a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces. Según el 1344 CC, mediante la sociedad de gananciales “se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”. Puede nacer en el momento de celebración del matrimonio o cuando se pacte en capitulaciones. Puede disolverse por las causas recogidas en los artículos 1392 y 1393 CC.
- Separación de bienes (1435-1444 CC). Por este régimen, pertenecen a cada cónyuge los bienes que tuviera inicialmente y los que adquiriera después por cualquier título, manteniendo cada cónyuge su libre administración y disposición. Se dará separación de bienes cuando así lo convengan los cónyuges, cuando se pacte en capitulaciones que no regirán gananciales o cuando se extingan gananciales o la sociedad de participación, constante el matrimonio.
- Régimen de participación (1411-1434 CC). Novedad de origen alemán introducida en 1981. Sólo se aplica si se pacta de forma explícita por las partes. Consigue un sistema de separación constante el matrimonio (1412 CC) pero un sistema de comunidad diferida de gananciales cuando se extingue, pues los cónyuges tienen derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo de vigencia del régimen de participación. Si la diferencia de patrimonios final e inicial de ambos cónyuges es positiva, el cónyuge cuyo patrimonio haya sufrido menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge. Cuando sólo uno de los patrimonios arroje resultado positivo, el derecho de participación será de la mitad del incremento para el cónyuge cuyo patrimonio no haya aumentado.

#### 4. Separación, nulidad y divorcio

Aunque con el matrimonio se establece una “comunidad plena de vida y existencia”, según Castán, y aunque el vínculo matrimonial no se establece para un plazo predeterminado, existen una serie de avatares que pueden alterar los efectos personales del matrimonio o incluso disolver el vínculo.

##### 4.1. Separación

La separación matrimonial es aquella situación en la que cesa la vida en común de los casados y sus derechos y obligaciones se ven alterados, aunque subsiste el vínculo matrimonial. La regulación del CC que estudiaremos se refiere a la separación judicial, y ello sin perjuicio de que pueda darse también una separación fáctica o de hecho, que el CC no desconoce (se tiene en cuenta, por ejemplo, en materia sucesoria, en el 945 CC, o a efectos de interrumpir la presunción de paternidad, en el 116 CC).

Dice el artículo 81 CC que la separación judicial se decretará, cuando existan hijos menores o no emancipados, a petición de uno de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro tras meses desde la celebración del matrimonio (no es necesario



transcurso de plazo cuando haya riesgo para la vida o integridad física o moral, libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o los hijos). A esa petición habrá de acompañarse una propuesta de convenio regulador o propuesta fundada de las medidas que regulen los efectos de la separación (si la acción la pide un solo cónyuge). Siendo la separación acausal y teniendo la acción de separación carácter personalísimo, el juez se limita a verificar estos presupuestos legales.

Según el artículo 82 CC, cuando no existen hijos menores, los cónyuges pueden acordar de mutuo acuerdo su separación pasados tres meses desde la celebración del matrimonio mediante un convenio regulador que pueden presentar ante Secretario judicial o en escritura pública ante Notario (los funcionarios diplomáticos y consulares no pueden autorizar escrituras públicas de separación).

Como efectos de la separación se suspende la vida en común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (84 CC), aunque el vínculo subsiste. Si tras la separación judicial o notarial hay reconciliación, se pone término al procedimiento de separación, siempre que se ponga en conocimiento del juez o se haga constar en escritura pública o acta de manifestaciones, con dos excepciones:

- Podrán subsistir las medidas tomadas respecto de los hijos, aunque haya reconciliación.
- La separación de bienes que se hubiera decretado no se deshace por la reconciliación (1443 CC), aunque cabe pactar nuevas capitulaciones matrimoniales.

Para que la reconciliación tenga eficacia frente a terceros ha de inscribirse en el Registro Civil.

#### 4.2. Nulidad

A la institución del matrimonio le es aplicable la categoría de la nulidad, aunque la naturaleza particular de la institución demanda un régimen propio de nulidad en el que es necesaria la declaración judicial.

El artículo 73 CC enumera las causas de nulidad matrimonial, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

- Celebración del matrimonio sin consentimiento matrimonial.
- Matrimonios celebrados entre las personas que enumeran los artículos 46 y 47 CC, salvo que medie dispensa.
- Matrimonios en los que no haya intervenido la autoridad competente o celebrados sin testigos. Si uno de los cónyuges contrae el matrimonio de buena fe, no se podrá decretar judicialmente la nulidad matrimonial (como excepción a esta causa, ver artículo 53 CC).
- Matrimonios celebrados por error en la identidad del otro contrayente o respecto de cualidades personales de entidad determinante para la prestación del consentimiento.
- Matrimonio contraído por coacción o miedo grave.

La acción para pedir la nulidad –que no está sometida a plazo de ejercicio- corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona con interés legítimo y directo (74

CC), correspondiendo también a padres o tutores del contrayente menor de edad (si la nulidad es por minoría de edad y durante esa minoría). Si la causa de nulidad es el error, la coacción o el miedo, sólo puede pedir la nulidad el cónyuge que sufriera el vicio.

Aunque la nulidad matrimonial es una nulidad radical, los artículos 75 y 76 CC prevén supuestos de convalidación: vida en común durante un año tras la mayoría de edad o cesación del error, fuerza, causa del miedo, o cuando recae dispensa posterior en matrimonios contraídos con impedimentos (siempre que ninguna de las partes hubiera instado la nulidad).

Como excepción a la retroactividad de la declaración de nulidad, el artículo 79 CC establece que la nulidad matrimonial no invalida los efectos respecto de los hijos, ni tampoco los efectos sobre los contrayentes de buena fe, presumiéndose ésta siempre.

En la medida en que la celebración del matrimonio se puede producir también en forma religiosa, el artículo 80 CC admite que las resoluciones eclesíásticas sobre nulidad en el matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado puedan tener eficacia civil, si lo solicita cualquiera de las partes, y si son ajustadas a Derecho (ver artículo VI.2 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 1979,).

#### 4.3. Divorcio

El artículo 85 CC dice que el matrimonio puede disolverse por la muerte de uno de los cónyuges (o la declaración de fallecimiento) y por el divorcio.

A raíz de la reforma de 1981, el divorcio es acausal, es siempre una decisión del Estado fruto del ejercicio de una acción (según el artículo 86 CC: “se decretará judicialmente...”). Así, nuestro sistema considera el divorcio como una institución que depende exclusivamente de la voluntad de cada uno de los cónyuges.

La legitimación para ejercitar la acción del divorcio es la misma que en la separación judicial. En cuanto a la reconciliación, como señala el artículo 88 CC, esta no produce efectos propiamente, si bien se aclara que los divorciados pueden contraer matrimonio de nuevo entre sí.

Surten los efectos del divorcio en el momento en que la sentencia deviene firme, pero es necesario inscribirla en el Registro Civil para que sea oponible frente a terceros (la inscripción no tiene eficacia constitutiva).

#### 4.4. Efectos comunes y medidas provisionales

Sin perjuicio de la remisión a los artículos 90-106 CC para el estudio detallado de este epígrafe, conviene señalar que las situaciones de nulidad, divorcio y separación judicial no cancela las obligaciones de los padres respecto de los hijos. En particular, subsiste lo previsto en el convenio regulador (que debe regular las visitas y cuidados de los hijos y también para con los abuelos, ...), la suspensión del régimen económico matrimonial y la obligación de alimentos.

El artículo 102 CC dice que, una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se darán los siguientes efectos:

- Los cónyuges pueden vivir separados, cesa la presunción de convivencia conyugal.

- Quedan revocados los consentimientos o poderes.
- Cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en ejercicio de la potestad doméstica, salvo pacto en contrario.

## 5. La filiación y sus clases

### 5.1. Concepto y contenido básico

Díez Picazo define la filiación como la condición que a un apersona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos, así como la relación que une a una persona con sus progenitores o con uno de ellos. Inicialmente, la filiación es un hecho biológico que el Derecho recoge y regula a posteriori: puede decirse que la relación jurídica de la filiación se da entre las personas que tienen la condición de padre y madre e hijos según el Derecho (relación no siempre basada en el dato biológico).

Los efectos básicos de la filiación, que serán los mismos al margen del tipo de filiación (108 CC *in fine*) son los siguientes:

- Derecho a los apellidos (109 CC).
- Derecho a los alimentos. Incluso cuando los padres no ostentan la patria potestad, han de velar por los hijos menores y darles alimentos (110 y 111 CC).
- Derechos sucesorios, pues los hijos son herederos forzosos respecto de sus padres, tienen derecho a la legítima y son los primeros llamados en la sucesión intestada.
- Efectos en materia de nacionalidad (17.1.a CC).

### 5.2. Clases

El artículo 108 CC dice que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción, y que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial (si el padre y la madre están casados entre sí) y no matrimonial. Así, existen tres tipos de filiación: natural y matrimonial, natural y no matrimonial, adoptiva.

Sea cual sea el tipo de filiación, los efectos del vínculo son siempre los mismos.

### 5.3. Determinación y acreditación

Los problemas fundamentales que se plantean en la filiación surgen al determinar en cada caso quién es padre o madre y cuáles son sus derechos y obligaciones. En principio, el hecho biológico de la generación es la manera principal para determinar la filiación, siguiendo dos principios: *mater semper certa est* y *pater semper incertus*. La conjugación de estos principios ha dado lugar a un juego de presunciones de paternidad respecto al marido de la madre, completados por otras formas de determinación de la filiación extramatrimonial.

Dice el artículo 112 CC que la filiación produce efectos desde que se determina y que tal determinación tiene efectos retroactivos. El artículo 113 CC, por su parte, establece los principios de acreditación admisibles de la filiación:

1. Inscripción en el Registro Civil. Cuando la filiación es matrimonial, se inscribe el nacimiento junto al matrimonio de los padres (115 CC); en el caso de

inscripción en el RC de filiación no matrimonial, el artículo 120 CC reconoce una serie de vías de determinación (el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, por sentencia firme, por resolución recaída en expediente del Registro Civil).

2. Documento o sentencia que determinen la filiación. En este sentido, ha de subrayarse que, en Derecho español, según el artículo 39.2 CC, se posibilita la investigación de la paternidad.
3. Presunción de paternidad matrimonial. El artículo 116 CC establece que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución o separación (judicial o de hecho), presunción que puede destruirse. Aun faltando la presunción, la filiación se puede inscribir en el Registro Civil como matrimonial si existe consentimiento de ambos cónyuges.
4. Posesión de estado, a falta de los medios anteriores.

## 6. El matrimonio consular

### 6.1. Concepto y fundamento convencional

El matrimonio consular no es sino una forma de celebración del matrimonio caracterizada por la intervención del funcionario diplomático o consular como autoridad civil, que quedará encargado también de inscribir ese matrimonio en el Registro Civil.

La posibilidad de que los funcionarios consulares celebren matrimonios está prevista en el artículo 51.3 CC y en la regulación convencional. En la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, aun sin mencionar expresamente la celebración de matrimonios, se incluyen en las letras f y m del artículo 5 las funciones consulares de “actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor” y “ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas (...), o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor”.

En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo sobre Funciones Consulares de 1967 establece que los funcionarios consulares pueden celebrar matrimonios siempre que uno de los contrayentes sea nacional del Estado que envía, que ninguno sea nacional del Estado de residencia y que la celebración del matrimonio no se oponga a las leyes y reglamentos del Estado de residencia (artículo 13.1.b). En el marco bilateral, el Convenio consular hispano-británico de 1961 dispone en su artículo 29.2 la posibilidad de celebrar matrimonios con los mismos requisitos, si bien el Reino Unido, por Nota Circular de junio de 1973, comunicó su oposición a la celebración de matrimonios consulares (oposición recogida por la Resolución de la entonces Dirección General de Registros y Notariado de 26 de abril de 1974).

### 6.2. Requisitos

De lo establecido en las convenciones citadas se derivan tres requisitos para celebrar un matrimonio consular:

- Que al menos uno de los contrayentes tenga la nacionalidad del Estado que envía (la nacionalidad española en nuestro caso).
- Que ninguno de los contrayentes sea nacional del Estado en el que se celebra el matrimonio o de un tercer Estado cuya legislación no considere válidos los matrimonios consulares con ciudadanos españoles.
- Que la celebración del matrimonio consular, que se hará conforme a la legislación del Estado que envía, no se oponga a las leyes y reglamentos del receptor.

Para celebrar matrimonio consular según la normativa española, los interesados deberán tramitar el expediente previo matrimonial en el Registro Civil de la Oficina Consular correspondiente, siempre que al menos uno de los contrayentes esté domiciliado en la demarcación consular.

## 7. Conclusión

La familia es el cauce en el que se satisfacen inicialmente las necesidades primarias del individuo, sobre todo cuando existen dificultades para lograrlas por uno mismo. Aunque 'familia' y 'Derecho de familia' no son nociones coincidentes, la regulación objetiva de instituciones como el matrimonio o la filiación coadyuvan al cumplimiento de las funciones sociales de la familia y a la protección de las necesidades básicas de los individuos en su esfera más íntima.

## BIBLIOGRAFÍA

- Textos legales:
  - o Constitución Española
  - o Código Civil
  - o Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
  - o Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963
  - o Convenio Europeo sobre Funciones Consulares de 1967
  - o Convenio consular hispano-británico de 1961
- Manuales:
  - o *Sistema de Derecho Civil*, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón
  - o *Derecho civil español, común y foral*, Castán y Tobeñas
  - o *Derecho consular. Guía práctica de los Consulados de España*, José Torroba
- Otros materiales
  - o Temas propios oposición notarías
  - o *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz
  - o *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.).
  - o *El matrimonio consular*, Mariano Aguilar Benítez de Lugo

## Tema 33

### El Derecho de Sucesiones. La sucesión testada: el testamento. La sucesión «ab intestato». Competencias consulares en materia sucesoria.

Sumario: 1. Introducción. 2. El Derecho de Sucesiones. 2.1. Concepto, rasgos y tipos de sucesión. 2.2 Elementos de la sucesión. 2.3. Fases de la sucesión. 2.4. Capacidad para suceder y capacidad para aceptar. 3. La sucesión testada: el testamento. 3.1. Concepto, contenido y rasgos del testamento. 3.2. Clases de testamentos. 3.3. Límites a la libertad de testar: legítima y mejora. 3.4. Otras figuras. 4. La sucesión ab intestato. 4.1. Concepto, rasgos y fundamento. 4.2. Supuestos y llamamientos. 5. Competencias consulares en materia sucesoria. 6. Conclusión.

#### I. Introducción

Ha hecho fortuna la definición de Savigny de la sucesión, al decir que es el cambio meramente subjetivo en una relación jurídica, permaneciendo ésta, por lo demás, inalterada (similar definición aporta Díez-Picazo). Y aunque la sucesión puede darse *inter vivos*, cuando se habla de sucesiones en Derecho español se hace referencia, por antonomasia, a la sucesión *mortis causa*, que es la situación en la que el heredero o herederos y legatarios sub-entran en todas y cada una de las relaciones jurídicas del causante que no se extingan por su muerte.

Desde el punto de vista positivo, el Código Civil configura la sucesión como uno de los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículo 609 CC), posición muy criticada por la doctrina, porque la sucesión es también un método de transmisión de derechos y obligaciones e incluso de creación de relaciones jurídicas.

En torno al fundamento de la sucesión *mortis causa* se han formulado diversas teorías:

- Teorías negativas, que niegan a la sucesión *mortis causa* todo fundamento racional (Marx, Engels).
- Teorías positivas, que reconocen la voluntad del testador, la copropiedad familiar o el interés colectivo en la ordenación jurídica de la sucesión. Como dice Cicu, si la muerte supusiera la extinción de las relaciones jurídicas del difunto, los bienes se harían *nullius* (los deudores de un fallecido, por ejemplo, se beneficiarían sin causa).

Pero el problema jurídico que se plantea con el Derecho de sucesiones deriva de una realidad pre-jurídica, como es la muerte, y de sus consecuencias sociales, pues las relaciones jurídicas dejadas por el causante acusan un vacío de titularidad que el Derecho objetivo trata de paliar, evitando la inseguridad jurídica.

El artículo 33.1 de la Constitución Española reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, limitadas por la función social de estos derechos. Así, se acoge el criterio,

mayoritario en la doctrina española, de perpetuar los patrimonios, la propiedad individual, más allá de la muerte.

El notario, como fedatario público que da seguridad jurídica a los actos privados, tiene un papel fundamental en el Derecho de sucesiones, y también lo tienen los funcionarios consulares en el extranjero que ejercitan funciones notariales en relación a las sucesiones.

## 2. El Derecho de Sucesiones

El Derecho de Sucesiones puede definirse, según Díez-Picazo, como el conjunto de normas jurídicas que, dentro del Derecho privado, regulan el destino de las relaciones jurídicas de una persona cuando muere, y de las que se producen por esa causa.

La materia se regula en el Título III del Libro III del Código Civil.

### 2.1. Concepto, rasgos y tipos de sucesión

Aportado ya el concepto de sucesión *mortis causa*, pueden señalarse algunas líneas de su regulación contemporánea:

- Consagración del principio de libertad (libre voluntad del causante).
- Existencia de frenos a ese principio de libertad en favor de determinados parientes (herederos forzosos).
- Existencia de un régimen supletorio o legal, que establece un orden de llamamientos legales a la sucesión.
- Llamamiento al Estado en defecto de familiares con derecho a la sucesión.

#### 2.1.1. Sucesión voluntaria y sucesión legal

El artículo 658 CC reza “la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley”. Añade además que la sucesión puede deferirse en parte por voluntad y en parte por la ley. Por lo tanto, la sucesión puede ser...

... testamentaria, que es la dispuesta en testamento por el causante,

... intestada o legal, en la que la ley designa sucesores a determinados parientes, siguiendo un orden, en defecto de testamento

... mixta, cuando se combina voluntad del causante y ordenación legal en la sucesión.

En cualquier caso, la ley configura una limitación al derecho de disponer de los propios bienes *mortis causa* que se refleja a través del mecanismo de la legítima.

#### 2.1.2. Sucesión universal y sucesión particular

El artículo 660 CC proporciona otra clasificación al decir que es heredero el que sucede a título universal, y legatario el que sucede a título particular. La sucesión a título universal es la sucesión en la totalidad o parte alícuota del patrimonio del causante (dejo a María la cuarta parte del haber hereditario), mientras que la sucesión a título particular es aquella que se produce en una o varias relaciones jurídicas concretas y determinadas por el causante (lego a María mi enciclopedia).

El heredero sucede al causante en la universalidad de derechos y obligaciones que éste tenía. El legatario percibe del causante la titularidad de una o varias relaciones jurídicas

concretas. La postura del Código Civil coincide con la llamada tesis objetiva (defendida por Valverde) frente a otras teorías sobre las diferencias entre heredero y legatario. Entre estas últimas estaba la tesis clásica/romana, que caracterizaba al heredero por ser sucesor universal y responder ilimitadamente de las deudas del causante, tesis desdibujada hoy pues es posible recibir la herencia a beneficio de inventario.

## 2.2. Elementos de la sucesión

En la sucesión podemos distinguir los siguientes elementos:

- Elementos subjetivos, el causante o *de cuius* (la persona que fallece y deja una serie de relaciones jurídicas sin titular) y los causahabientes, que pueden ser herederos y legatarios.
- El elemento objetivo es la herencia. El artículo 659 dice que “comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte”. La herencia es el objeto de la sucesión mortis causa, y es el total patrimonio del difunto (Díez-Picazo). De la definición legal podemos extraer las siguientes notas:
  - La herencia comprende el activo y el pasivo del causante.
  - La herencia sólo comprende los derechos y obligaciones transmisibles (quedan fuera entonces los derechos personalísimos).
  - La herencia es un concepto jurídico, no económico, pues se refiere al patrimonio como unidad.

Lo cierto es que la naturaleza de la herencia es discutidísima: algunos autores niegan su existencia como unidad (Lacruz), para la teoría clásica la herencia sería un derecho real que recae sobre la herencia como *universitas iuris*. La tesis dominante señala que se trata de un derecho absoluto o universal, un derecho *sui generis*, distinto del derecho real, que la Ley Hipotecaria considera inscribible como anotación preventiva en el Registro de la Propiedad (art. 42.6 LH).

## 2.3. Fases de la sucesión

Desde que la herencia se configura como tal, pueden distinguirse una serie de fases en la sucesión:

1. Apertura. Coincide con el momento del fallecimiento del causante (657 CC: “Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte”, *viventis non datur haereditas*) y supone que unas relaciones jurídicas se han quedado sin titular. El momento de la muerte es, pues, clave para determinar quién es el llamado a suceder, por eso el CC regula la conmorienencia o la equiparación entre la declaración oficial de fallecimiento y la muerte.
2. Vocación. En esta fase se determina quiénes son las personas que, en principio, han sido llamadas a la herencia en condición de herederos. Estos llamamientos no suponen más que una mera expectativa, no un derecho subjetivo. De hecho, los llamamientos pueden ser más amplios que el elenco definitivo de herederos.
3. Delación. En esta fase el vocado puede aceptar o repudiar la herencia. En otras palabras, es el ofrecimiento actual y concreto de la herencia al heredero, el momento en que este puede manifestar si acepta o no la herencia deferida. La delación se configura como un derecho jurídico transmisible: el *ius delationis* del 1006 CC (“Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a



los suyos el mismo derecho que él tenía”). Al ser un ofrecimiento, este *ius delationis* no puede ser objeto de actos de disposición, porque ello equivaldría a aceptar la herencia (como se deduce del 1000.1 CC).

4. Aceptación. Es el momento en el que el llamado se convierte propiamente en heredero. Hasta entonces, la herencia se considera yacente: es una entidad jurídica especial, una comunidad de intereses que reciben transitoriamente un tratamiento unitario.

La aceptación de la herencia se define como aquella declaración de voluntad expresa o tácita del llamado a la herencia por la que manifiesta que asume la cualidad de heredero. Es el acto de contenido contrario a la repudiación (la repudiación puede conllevar una nueva delación en favor del siguiente llamado). La aceptación se caracteriza por los siguientes rasgos:

- Es voluntaria y libre (988CC), tanto la aceptación como la repudiación.
  - Tiene efectos retroactivos (989 CC)
  - Ha de ser pura, pues no puede someterse a término o condición (990 CC), tampoco puede ser parcial.
  - Es irreversible, pero puede impugnarse por vicios de la voluntad o cuando aparezca un testamento desconocido (997 CC).
5. Adquisición. Se da, tras los trámites oportunos, la asignación de los correspondientes bienes hereditarios. Si existen varios herederos, habrá de realizarse partición hereditaria.

#### 2.4. Capacidad para suceder y capacidad para aceptar

La capacidad para aceptar la herencia y la capacidad para suceder pueden no coincidir.

El artículo 744 CC dice que “*podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la Ley*”. Existe una presunción de capacidad para suceder que puede romperse en caso de incapacidad legal. En este sentido, tenemos que diferenciar las incapacidades absolutas de las relativas, a lo que hay que sumar los supuestos de indignidad:

- Incapacidades absolutas. Según el art. 745 CC son incapaces para suceder las criaturas abortivas y las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley.
- Incapacidades relativas. Son una serie de supuestos en que, por razón de la implicación de una persona con la sucesión, se le incapacita para suceder al causante, no viéndose afectada su capacidad general de suceder. Los supuestos se encuentran en los artículos 752 y siguientes CC (confesor respecto del confesado durante su última enfermedad, el tutor o curador del causante antes de haberse aprobado las cuentas, ...). El efecto de la prohibición en estos casos es la nulidad absoluta de la disposición testamentaria en cuestión.
- Albaladejo define la indignidad como la tacha con que la ley marca a las personas que han cometido actos especialmente reprobables. Las causas de indignidad funcionan tanto en sucesión testada como intestada, tanto a título heredero como de legatario, y el listado que se recoge en el artículo 756 CC tiene carácter de *numerus clausus* (el condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida del causante, el heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia...). El efecto

de la causa de indignidad es que no se recibe siquiera la delación. No obstante, cabe la posibilidad de rehabilitación si el testador conocía la causa al tiempo de hacer testamento, o si la conoció después, pero la remite en documento público (757 CC).

Cuestión distinta es el de la capacidad para aceptar una herencia. El artículo 992 CC señala que para tener capacidad para aceptar es necesario tener la plena disposición de los propios bienes, o sea, la plena capacidad. En el caso de que la capacidad no sea plena, tendrá ésta que ser sustituida o complementada.

Según los efectos que produce la aceptación de la herencia podemos distinguir, siguiendo el artículo 998 CC, las siguientes clases de aceptación:

- Aceptación pura y simple, que puede ser, a su vez, expresa o tácita (artículo 999 CC). Produce el efecto de la confusión entre el patrimonio relicto y el del heredero adquirente. Como marca el artículo 1003 CC, “por la aceptación pura y simple o a beneficio de inventario quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia no sólo con los bienes de ésta sino también con los suyos propios”.
- Aceptación a beneficio de inventario, con la que se pretende evitar la confusión de patrimonios y limitar la responsabilidad de los causahabientes. El artículo 1023 CC dice que “el heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma”. Esta aceptación implica una administración y liquidación separada del caudal relicto (1026 CC).

### 3. La sucesión testada: el testamento

#### 3.1. Concepto, contenido y rasgos del testamento

Como se adelantó, la sucesión en Derecho español puede ser testada, intestada o mixta. El artículo 658 CC habla de “la voluntad del hombre manifestada en testamento”: el testamento se presenta como el vehículo de la sucesión testada.

La capacidad para testar se regula en el artículo 662 CC, reconociéndosele a aquellos “a quienes la ley no prohíba expresamente”. El artículo 663 CC impone dos prohibiciones para testar: a los menores de 14 años y a los que tengan falta de cabal juicio, habitual o accidentalmente.

El instrumento por el que se ejerce la libertad de disponer de los propios bienes tras la muerte es el testamento, que Modestino definió como *voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod, quis post mortem suam fieri velit*: el testamento es la declaración conforme a derecho que manifiesta nuestra voluntad sobre lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte. El artículo 667 CC dice que el testamento es “el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos”.

Los testamentos pueden contener cláusulas extra patrimoniales (por ejemplo, de reconocimiento de paternidad), pero se plantea si un testamento puede tener exclusivamente cláusulas extra patrimoniales. Contra la definición legal, la mayor parte de

la doctrina admite esa posibilidad, dándose, ante tal evento, la apertura de la sucesión intestada respecto al destino de los bienes.

El testamento es un acto jurídico que se caracteriza por las siguientes notas:

- Es unilateral, no requiere de complementos de otras personas.
- Es unipersonal, pues el artículo 669 CC prohíbe el testamento mancomunado en Derecho común.
- Es personalísimo, no puede hacerlo un tercero, ni un comisario, ni un mandatario (670 CC).
- Es solemne, determinándose la nulidad del testamento en ausencia de esa solemnidad (687 CC).
- Es revocable, incluso si el testador expresa su voluntad de no revocar el testamento otorgado (737 CC).

### 3.2. Clases de testamentos

Siguiendo la tipología marcada en los artículos 676 y 677 CC, los testamentos pueden ser comunes o especiales, siendo testamentos comunes el ológrafo, el abierto y el cerrado, y especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

#### 3.2.1. Testamentos comunes

- El testamento ológrafo es aquel que el testador escribe por sí mismo con la forma y requisitos marcados en el artículo 688 CC (678 CC). Sólo pueden otorgarlo mayores de edad, ha de estar enteramente escrito por el testador, firmado, con la fecha exacta, y salvando tachaduras y enmiendas con su firma. Tras la muerte del testador, el plazo es de 5 años para presentar el testamento ológrafo para que sea protocolizado por notario (688-693 CC).
- El testamento abierto es aquel en el que el testador manifiesta su última voluntad al notario (o a quien deba autorizar el acto), quedando este enterado de esa última voluntad y encargado de cumplir con las formalidades y solemnidades del testamento (679 CC). Deberán concurrir dos testigos idóneos si el testador no sabe o no puede firmar, cuando sea ciego o no pueda leer o cuando el testador o el notario así lo soliciten (694-705 CC).
- El testamento cerrado es aquel en el que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que se halla contenida, escrita, en un pliego que presenta al notario, o a quien deba autorizar el acto (680 CC). El pliego cerrado se entrega al notario, que debe extender el acta de otorgamiento y la leerá al testador, quien deberá firmarla. No pueden otorgar testamento cerrado los ciegos y los que no sepan leer (706-715 CC).

#### 3.2.2. Testamentos especiales

- El testamento militar es el otorgado en tiempo de guerra por los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y otros empleados en el ejército, ante Oficial que tenga al menos la categoría de Capitán. Siempre requiere la presencia de dos testigos y han de ser remitidos a la mayor brevedad al Cuartel General y, por éste, al Ministerio de Defensa. Caducan a los cuatro meses desde que el testador haya dejado de estar en campaña (716-721 CC).

- El testamento marítimo, que puede ser abierto o cerrado, es el que pueden otorgar los que durante un viaje marítimo vayan a bordo, ante Contador o Capitán, según si el buque es de guerra o mercante, en presencia de dos testigos idóneos (722-731 CC).
- El testamento hecho en país extranjero por españoles puede realizarse conforme a las leyes del país en que estén (con la salvedad de que no será válido en España el testamento mancomunado, ex art. 733 CC), pero también en cualquier forma de testamento común. Los españoles pueden otorgar testamento ológrafo en el extranjero y pueden otorgar testamento abierto o cerrado ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento (734 CC). Se regula en los artículos 732-736 CC.

### 3.3. Límites a la libertad de testar: legítima y mejora

La libertad de testar encuentra un límite legal en el mecanismo de las legítimas en Derecho común. Dice el artículo 806 CC que la legítima “es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”. La legítima privilegia la posición de los parientes más próximos del causante, y del cónyuge supérstite, jugando como excepción a la libertad de testar. Sólo cabe privar de la legítima por causa de desheredación, siendo nula toda renuncia o transacción sobre la legítima futura (816 CC).

La legítima se completa con la institución típicamente castellana de la mejora: una parte de la legítima que se puede atribuir desigualmente entre los herederos forzosos, *mejorando* la posición de alguno de ellos.

La enumeración de los herederos forzosos se contiene en el artículo 807 CC:

- Hijos y descendientes respecto de padres y ascendientes
- En defecto de los anteriores, padres y ascendientes respecto de hijos y descendientes
- Viudo o viuda (su legítima siempre es en usufructo)

La cuantía de la legítima depende de quién sea el legitimario y de si concurre cónyuge viudo:

- Si los legitimarios son hijos o descendientes, la legítima es de dos tercios del haber hereditario. De la mitad de la legítima (un tercio de la herencia) podrá disponer el testador para aplicarla como mejora a alguno de sus hijos o de ellos (se habla, así, de legítima larga o legítima corta, en función de si el testador dispone o no de la mejora). El tercio restante es de libre disposición (808 CC).
- Si los legitimarios son padres y ascendientes, su legítima es la mitad del haber hereditario si no concurren con cónyuge viudo. Si existe cónyuge viudo, la legítima de padres y ascendientes será de un tercio de la herencia (809 CC).
- La legítima del cónyuge viudo, siempre que en el momento de la muerte no estuviera separado del causante, es del usufructo sobre el tercio de mejora, si concurre con hijos o descendientes (834 CC). Si concurre con padres o ascendientes, la legítima será el usufructo de la mitad de la herencia (837 CC). A falta de descendientes y ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá usufructo de dos tercios de la herencia (838 CC).

### 3.4. Otras figuras

Cabe, por último, una referencia a dos figuras que pueden jugar en la sucesión testada:

- La desheredación, una disposición testamentaria por la que el causante priva al legitimario de ese carácter en virtud de alguna de las causas legales y sólo de alguna de ellas (848 y 849 CC). Si hubiera reconciliación entre el testador y el desheredado, queda sin efecto la disposición testamentaria de desheredación (856 CC). En cualquier caso, la desheredación sólo afecta al desheredado y no priva de legítima a sus hijos y herederos (857 CC).
- La preterición, la omisión de un legitimario en las cláusulas testamentarias sin que ese legitimario haya recibido atribución alguna en concepto de legítima. La preterición de heredero forzoso no perjudica la legítima (814 CC).

## 4. La sucesión ab intestato

### 4.1. Concepto, rasgos y fundamento

Volviendo al 658 CC, la sucesión ab intestato (legítima o legal) es aquella “que se defiere [a falta de testamento] por disposición de la ley”. Es aquella sucesión en la que el destino de la herencia se regula en todo o en parte por las disposiciones del CC.

El fundamento de la sucesión ab intestato ha sido estudiado por la doctrina, que encuentra en ella un fundamento subjetivo y otro objetivo. El fundamento subjetivo (señalado por las tesis individualistas) basan la sucesión intestada en una presunta voluntad del causante, como si la ley viniera a presentar su testamento tácito. El fundamento objetivo (subrayado por las tesis sociales) apoya la sucesión legítima en razones familiares y sociales, para que la herencia vaya a quien tiene con el causante lazos de parentesco, conyugales o de nacionalidad.

Así definida, la sucesión ab intestato se caracteriza por lo siguiente:

- Es supletoria. Las disposiciones del CC se aplican en defecto de testamento o cuando este sea inválido.
- Es legal, pues queda enteramente regulada por disposiciones legales.
- Es hereditaria. Los llamados y que finalmente sucedan al causante lo serán siempre en calidad de herederos.
- Es compatible con la sucesión testada, cuando el causante no ha dispuesto del total de sus bienes.

### 4.2. Supuestos y llamamientos

En el artículo 912 CC encontramos los supuestos en que procede la sucesión legítima:

- Cuando el causante muere sin testamento, sea nulo o haya perdido su validez.
- Cuando el testamento no contiene institución de herederos, en todo o en parte de los bienes, o cuando no dispone de todos los bienes del testador (en este caso, las reglas de la sucesión ab intestato regirán únicamente para los bienes de que no hubiese dispuesto el testador).
- Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, cuando este heredero muere antes que el testador o repudia la herencia sin haber sustituto.
- Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder.

En cualquiera de estos casos, ya sea para todos o una parte de los bienes del causante, el artículo 913 CC señala que la ley defiere a los parientes del difundo, al viudo o viuda y al Estado. En los artículos 930 y siguientes encontramos los llamamientos, que se producen siempre por el siguiente orden y unos en defecto de los anteriores:

- En primer lugar, suceden hijos y descendientes, sin distinción de sexo, edad o filiación (931 CC).
- A falta de los anteriores, suceden los ascendientes (935 CC).
- El cónyuge viudo sucede a falta de hijos y descendientes y ascendientes (944 CC), a salvo de su derecho a la legítima, que guardan siempre.
- A falta de los anteriores, suceden los colaterales, teniendo preferencia los hermanos y sobrinos a los demás colaterales (946 CC).
- En siguiente lugar sucederían los parientes colaterales hasta el cuarto grado (954 CC). Más allá del cuarto grado en línea colateral no cabe el derecho de heredar ab intestato.
- A falta de los anteriores, heredará el Estado. Se realiza una liquidación del caudal hereditario en el Tesoro, dedicando dos tercios a fines de interés social (956 CC).

### **5. Competencias consulares en materia sucesoria**

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 reconoce entre las funciones consulares (artículo 5.f y 5.g) las de actuar en calidad de notario y la de velar por los intereses de los nacionales del Estado que envía en casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en territorio del Estado receptor.

Sin perjuicio de la remisión al tema sobre la función notarial para un mejor estudio, conviene realizar una breve exégesis de las competencias consulares en materia sucesoria, que no son estrictamente notariales, sino que se pueden encuadrar también en la asistencia consular.

Cuando un ciudadano español fallece en el exterior, caben las siguientes actuaciones:

- La defunción ha de ser comunicada por las autoridades locales competentes a la Embajada o Consulado, adonde deberá remitirse el certificado de defunción local. Así, el Cónsul podrá inscribir la defunción en el Registro Civil y, posteriormente, expedir certificaciones de la inscripción de defunción para los siguientes trámites (por ejemplo, para el expediente del traslado del cadáver a España).
- La Oficina Consular deberá remitir al Registro Civil Central una lista de los fallecidos en la demarcación consular (incluyendo nombre, fecha de fallecimiento, último domicilio conocido) con periodicidad mensual.
- La Oficina Consular tendrá que comunicar al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación (a la DG Españoles en el Exterior y Asuntos Consulares) el fallecimiento del ciudadano español y los datos de los que se disponga. Igualmente, habrá de comunicarse la defunción a la familia del finado y ofrecer la asistencia de la Oficina Consular para acompañar a la familia (o interesados o representantes) para realizar todos los trámites posteriores, como recogida de bienes, traslado del cuerpo, ...

- Si el español fallecido no residía permanentemente en la demarcación, puede realizarse un inventario de sus bienes y constituir depósito en la Oficina Consular hasta que alguien se haga cargo de esos bienes. Si el fallecido residía en la demarcación, habrá de comunicarse a servicios centrales si la sucesión es testada o intestada (en este último caso, se solicita de oficio un certificado de actos de última voluntad al Registro de Actos de Última Voluntad). Si la sucesión es testada y el testamento, cerrado u ológrafo, se halla depositado en la Oficina Consular, el Cónsul deberá remitirlo con el certificado de defunción al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación para localización de herederos y protocolización de dicho testamento.

En lo referido a los expedientes sucesorios, los Cónsules no pueden intervenir en las declaraciones de herederos ab intestato, los expedientes para presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados, ológrafos y especiales (artículos 55, 57, 61 y 64 Ley Notariado, que contienen la referencia explícita a los interesados diciendo “siempre que estuvieran en España”). De las funciones consulares se excluyen en general las competencias atribuidas a los notarios en el Título VII de la Ley del Notariado, exclusión que se debe a la naturaleza especial de los nuevos cometidos introducidos por la Ley 15/2015, desjudicializados, que no pertenecen a la categoría de documentos contemplados en el Anexo III del Reglamento Notarial.

## 6. Conclusión

La regulación de la sucesión en Derecho común refleja los principios básicos del artículo 33 CE: el derecho a la propiedad privada y a la herencia y el límite de la función social. En materia sucesoria, estos principios se traducen en el derecho a disponer de los bienes propios para después de la muerte propia, dentro de los límites legales marcados tanto por el sistema de las legítimas como por el sistema fiscal, que grava las transmisiones patrimoniales *mortis causa* (impuesto de sucesiones).

## BIBLIOGRAFÍA

- Textos legales:
  - o Constitución Española
  - o Código Civil
  - o Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862
  - o Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
- Manuales:
  - o *Sistema de Derecho Civil*, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón
  - o *Derecho Consular. Guía práctica de los Consulados de España*, José Torroba
- Otros materiales
  - o Temas propios oposición notarías
  - o *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz
  - o *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.).
  - o Sinopsis artículos de la Constitución (web del Congreso de los Diputados)

## Tema 34

### **El Registro Civil. Clases de asientos. La rectificación del Registro. El ejercicio de la función registral por funcionarios o funcionarias consulares: ámbitos principales.**

#### **I. Introducción:**

En el ordenamiento jurídico español, la eficacia de los actos y negocios jurídicos se hace depender de la capacidad de obrar de las personas, determinada por su estado civil. Por ello, para garantizar el principio de seguridad jurídica (consagrado en el art. 9.3 CE) y otorgar certidumbre al tráfico jurídico, los actos concernientes al estado civil de las personas se hacen constar en un registro destinado a tal efecto.

El Registro Civil es un organismo público encargado de recoger cuantos actos afectan al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la ley, preconstituyendo prueba del mismo y sirviendo de título de legitimación.

El art. 149.1.8º CE señala que la ordenación de los registros públicos es competencia exclusiva del Estado. La norma que regula actualmente la materia es:

- Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (LRC), y el Reglamento de la ley del Registro Civil (RRC), aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que prevé un nuevo modelo de Registro Civil que se caracteriza por ser público, gratuito, único para toda España y que se configura como electrónico e interoperable.

La disposición transitoria 4ª de la Ley 20/2011 establece que, a partir del 30 de abril de 2021, la Ley va aplicándose progresivamente en función de la Resolución de puesta en marcha de la aplicación informática que permita el funcionamiento del Registro Civil de forma íntegramente electrónica conforme a las previsiones de esta Ley. Dicha aplicación informática es la denominada DICIREG.

La culminación de este periodo de convivencia de ambas leyes se prevé hacia finales de 2023, una vez se haya desplegado DICIREG en todos los registros civiles españoles (hasta la fecha únicamente en los de Madrid, Barcelona, Murcia, Tarragona y Bilbao).

#### **2. El Registro Civil:**

##### Antecedentes, funciones naturaleza y principios:

El **antecedente** primero del actual Registro Civil se encuentra en los registros parroquiales que la Iglesia Católica mantenía y gestionaba desde el siglo XVI. Tras la Constitución de 1869, se implanta por ley un Registro Civil ya de carácter laico en 1870.

En el ordenamiento jurídico español, el RC tiene diversas **funciones**:



- La propiamente registral, consistente en la incorporación a los libros del RC de los hechos que afectan al estado civil de las personas. Esto origina una presunción *iuris tantum* de la existencia de tales hechos.
- La de cooperación en la creación de títulos registrales, mediante la autenticación de declaraciones de voluntad emitidas formalmente ante el Encargado del RC (como ocurre con la filiación).
- La correctora o rectificadora del propio RC.
- La de publicidad, mediante la exhibición de los libros y la expedición de certificaciones que, a partir de la implantación de DICIREG, se tramitarán en sede electrónica.

En cuanto a su **naturaleza**, es importante reseñar, respecto del carácter del RC, que la función registral es una función eminentemente ejecutiva (no es legislativa ni jurisdiccional). Además, desde el punto de vista institucional y a raíz de la Ley 20/2011, el RC es único en toda España y depende, en lo relativo a la unificación de criterios sobre interpretación normativa, en materia de inspección y como órgano que resuelve recursos gubernativos contra las resoluciones del RC, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antigua Dirección General de los Registros y del Notariado) del Ministerio de Justicia.

De acuerdo con el profesor Luces Gil, el funcionamiento del RC se rige por los siguientes **principios**:

- Principio de legalidad y de calificación: los órganos y encargados del RC tienen que someterse a lo establecido en la LRC y su reglamento.  
Para ello, se faculta al Encargado del Registro para calificar los hechos inscribibles, comprobando de oficio su realidad, legalidad y exactitud, a tenor de las declaraciones y documentos presentados (27 LRC de 1957), frente a lo que caben una serie de recursos.
- Principio de eficacia probatoria: la inscripción de un hecho en el RC proporciona eficacia probatoria privilegiada a lo inscrito.  
Esto se relaciona con la presunción de concordancia entre el RC y la realidad, que se extiende a la integridad, exactitud y legalidad del acto. Esta prueba no puede ser combatida acudiendo a los medios ordinarios de prueba, en tanto no se obtenga la rectificación del asiento registral a través del procedimiento oportuno (2 y 3 LRC de 1957).
- Principio de oficialidad (art. 14 LRC de 1957): el Encargado del RC realiza de oficio las correspondientes inscripciones siempre que tenga en su poder los títulos necesarios y aunque la intervención ni hubiere sido solicitada (a diferencia de lo que ocurre en el Registro de la Propiedad, donde rige el principio de rogación).
- Principio de publicidad: el RC es público para aquellos que tengan interés en acceder a los asientos (6 LRC de 1957). Esta publicidad encuentra algunos límites en caso de datos reservados (ej. datos relativos a rectificación del sexo o a causas de nulidad matrimonial) en línea con la normativa sobre protección de datos.
- Principio de gratuidad: todas las actuaciones de los órganos encargados del RC son gratuitas.
- Principio de unidad de acto y de simplicidad: las inscripciones tienen que realizarse en un solo acto y han de evitarse dilaciones y trámites superfluos (354 RRC de 1958).

Normativa de aplicación:

Tal y como se ha indicado, si bien la Ley 20/2011 entró completamente en vigor el 30 de abril de 2021, no se aplicará en cada una de las Oficinas hasta que éstas cuenten con los medios y sistemas informáticos y las condiciones de funcionamiento adecuadas y se dicte la resolución por la DGSJFP para ordenar su puesta en marcha (DT 4ª y DT 8ª).

Tras la transformación, el 27 de septiembre de 2021, del Registro Civil Único de Madrid en la primera Oficina General de Registro Civil en España –siéndole desde ese momento de aplicación la Ley 20/2011 en su práctica totalidad- se inició el periodo transitorio de convivencia de la Ley del Registro Civil de 1957 y la Ley 20/2011 del Registro Civil y, por ende, de varios sistemas, modelos y oficinas (oficinas 1957 y Oficinas 2011), sin que se haya aprobado aún un nuevo reglamento de desarrollo de la Ley 20/2011 que sustituya al actual Reglamento de Registro Civil de 1958.

En definitiva, en las oficinas que no estén todavía en DICIREG –de momento, todas las oficinas consulares-, seguirá aplicándose, con carácter general, la Ley del RC de 1957 y el Reglamento de 1958, sin perjuicio de que se apliquen también aquellos artículos y disposiciones de la Ley 20/2011 que hayan entrado en vigor, a raíz de otra norma legal, con anterioridad al 30 de abril de 2021<sup>1</sup>.

Asimismo, se habrá de tener en cuenta la existencia de las siguientes leyes e instrucciones:

- Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011 en sus arts. 54 (cambio de apellidos o de identidad mediante expediente), 55 (autorización del cambio de apellidos o identidad en circunstancias excepcionales), 58 (procedimiento de autorización matrimonial), 68.3 (inscripción de la nacionalidad y de la vecindad civil) y DT 3ª (libros de familia).  
Estas disposiciones –entre las que destacan que el funcionario diplomático o consular encargado del RC pueda autorizar el cambio de apellidos, o que las declaraciones de voluntad relativas a la adquisición de la nacionalidad española por residencia puedan realizarse ante el mismo- no serán de aplicación en las oficinas en las que aún no se haya puesto en marcha el nuevo modelo de DICIREG.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

#### Hechos y actos inscribibles:

- 
- <sup>1</sup> **Desde 2011:** la DA 7ª (puesta a disposición de los datos de identificación personal de nacionales y extranjeros), la DA 8ª (inscripción de defunción de desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura), la DA 3ª (reforma del art. 30 del Código Civil) y DA 6ª (adquisición de la nacionalidad española por los nietos de exiliados durante la guerra civil y la dictadura).
  - **Desde 2015:** el art. 58.1 primera parte (celebración de matrimonios por notario y Letrado de la Administración de Justicia), el art. 44 (inscripción de nacimiento y filiación), el art. 45 (obligados a promover la inscripción de nacimiento), el art. 46 (comunicación del nacimiento por los centros sanitarios), el art. 47 (inscripción de nacimiento por declaración de otras personas obligadas), el art. 49.1 y 4 (contenido de la inscripción de nacimiento y atribución de apellidos), el art. 64 (comunicación de la defunción por los centros sanitarios), los arts. 66 y 67.3 (certificado médico de defunción), la DA 4ª (constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación) y la DA 9ª (obtención de datos del INE).
  - **Desde el 30 de junio de 2017:** el art. 49.2 (acaba con la preeminencia del apellido paterno sobre el materno) y el art. 53 (cambio de apellidos mediante declaración de voluntad del interesado en seis supuestos tasados).
  - **Desde el 30 de abril de 2021:** arts. 94-100, relativos a normas de DIPr., porque se hace una remisión a los mismos en la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Establece el art. 1 LRC de 1957 que en él se inscriben los hechos concernientes al estado civil de las personas y otros que determina la ley, señalándose los siguientes:

- Nacimiento
- Filiación
- Nombre y apellidos
- Emancipación y habilitación de edad
- Modificaciones judiciales de la capacidad de las personas (o declaraciones de concurso, quiebra o suspensión de pagos, que propiamente no afectan al estado civil de las personas)
- Declaraciones de ausencia o fallecimiento
- Nacionalidad y vecindad
- Patria potestad, tutela y otras representaciones
- Matrimonio
- Defunción

Esta enumeración no tiene carácter exhaustivo, y se podrán inscribir en el RC otros hechos (como la curatela o el divorcio).

La **Ley 20/2011** amplía esta lista en su artículo 4, incluyendo:

- El sexo y el cambio de sexo.
- La separación, la nulidad y el divorcio.
- El régimen económico matrimonial legal o pactado.
- Los poderes y mandatos preventivos.
- Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.
- Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

Desde el punto de vista personal, son inscribibles todos los hechos que suceden a españoles (en España o en el extranjero).

Desde el punto de vista territorial, son inscribibles los hechos ocurridos en España (a españoles y extranjeros) y también constarán los hechos acaecidos en el curso de un viaje a bordo de buques o aeronaves españolas.

Estructura:

**ORGANIZACIÓN INTERNA**

La LRC de 1957 establece una división interna de los hechos que se inscriben en el RC en cuatro secciones:

- **Nacimientos y general (sección 1ª):**
  - En esta sección se inscriben los nacimientos que cumplan las condiciones del artículo 30 CC, y constituye el eje del estado civil de la persona. Hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación.

- Debe proponerse entre 24h y 8 días siguientes (ampliables a 20 por causa justa) por parte de: la Dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios, el personal médico que haya atendido el parto, los progenitores, el pariente más cercano o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento.
- Al margen de esta sección se inscriben la adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, hechos que afecten a la patria potestad, los hechos relativos a nacionalidad y vecindad, y declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento. También se inscriben en la sección 1ª todos los hechos inscribibles para los que no se especifique otra sección.
- **Matrimonios (sección 2ª):**
  - Hace fe del acto del matrimonio y de la fecha, hora y lugar en que se contrae.
  - La deben promover los contrayentes.
  - Al margen se inscriben las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad, separación o divorcio.
- **Defunciones (sección 3ª):**
  - Hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, lugar y hora en que acontece. Se requiere con carácter previo a la expedición de la licencia para el entierro.
  - Se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento de la muerte. Se requiere certificado médico de defunción, y la Dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios comunicará a la Oficina del RC competente y al INE cada uno de los fallecimientos que se hayan producido en su centro sanitario.
  - No se prevén asientos marginales.
- **Tutelas y representaciones legales (sección 4ª):**
  - En ella se inscribe el organismo tutelar y demás representaciones legales (se excluyen las representaciones de personas jurídicas).

La **Ley 20/2011** suprime esta estructura y afirma los siguientes principios:

- El RC es único para toda España
- Cada persona física tendrá un Registro individual (5 LRC de 2011) a partir de la primera inscripción que se practique y contará con un código personal constituido por una secuencia alfanumérica relacionada con el documento nacional de identidad, al que se irán asociando las futuras inscripciones.
- El RC es electrónico, por lo que los datos serán objeto de tratamiento automatizado y se incorporan a una base de datos accesible desde todas las oficinas, que se comunicarán entre sí a través de medios electrónicos (8 LRC 2011).

Esto modifica radicalmente las normas de competencia para inscribir hechos, pues las solicitudes de inscripción y su práctica podrán efectuarse en cualquier Oficina del RC, al margen del lugar en el que se producen los hechos o actos inscribibles (a excepción del extranjero, en ese caso las inscripciones se solicitarán y se practicarán, en su caso, en la Oficina Consular correspondiente).

## ESTRUCTURA TERRITORIAL<sup>2</sup>

Según lo dispuesto en el artículo 10 de la LRC de 1957, el Registro Civil está integrado por:

- Registros Municipales. Pueden ser principales (donde haya Juzgado de Primera Instancia, siendo el Juez el Encargado y el Secretario el Letrado de la Administración de Justicia) o subordinados (en los municipios donde haya Juzgado de Paz, en los que no habrá Sección de Tutelas y en los que el propio Juez de Paz actúa por delegación del Encargado del Registro principal del que depende).
- Registro Central, único para toda España y con sede en Madrid. Está a cargo de dos Magistrados, que se sustituyen entre sí, y asistidos por dos Secretarios. En él se inscriben los hechos para cuya inscripción no resulte competente ningún otro Registro y aquellos que no puedan inscribirse por concurrir circunstancias excepcionales de guerra u otras que impidan el funcionamiento del Registro correspondiente (18 LRC). Se remitían aquí los duplicados de las inscripciones consulares.
- Registros consulares.

La **Ley 20/2011** establece un registro único estructurado en:

- Oficina Central
- Oficinas Generales
- Oficinas Consulares

### 3. Clases de asientos:

Según la LRC de 1957, los asientos registrales pueden ser definidos como las constataciones escritas de los actos y hechos inscribibles, y que son practicadas en los correspondientes libros del Registro Civil.

Cabe distinguir los siguientes tipos de asientos:

- Inscripciones:
  - Son los asientos primordiales, pues son permanentes y sustantivos y no dependen de ningún otro asiento. Constituyen prueba del hecho inscrito.
  - Pueden ser:
    - Principales: Son los asientos básicos del registro (nacimiento, matrimonio, defunción y la primera que se practique en cada caso de tutela o representación legal).
    - Marginales: el resto.
  - También se puede distinguir entre:
    - Constitutivas: La extensión en el registro es requisito esencial para producir la modificación del estado civil (ej. adquisición de la nacionalidad española por opción).

<sup>2</sup> Al margen de esta estructura, cabe destacar el Registro Civil de la Familia Real, cuya organización se regula en el RD de 27 de noviembre de 1981. Se inscriben en este Registro los hechos concernientes al estado civil que afecten al Rey de España, su Augusta Consorte, sus ascendientes de primer grado, sus descendientes, y el Príncipe heredero de la Corona. El Registro está a cargo del Ministerio de Justicia, siendo Secretario el DGSJFP.

- Declarativas: como el matrimonio, que produce efectos civiles desde su celebración.
- Anotaciones:
  - Cumplen una función esencialmente informativa, no constituyen prueba.
  - Solo pueden extenderse a instancia de parte o del Ministerio Fiscal.
  - Pueden constituir objeto de anotación los hechos enumerados en el artículo 38 LRC, como el procedimiento judicial o gubernativo que pueda afectar al contenido del Registro o la resolución extranjera que, afectando al estado civil, no haya obtenido aún el exequátur.
- Notas marginales:
  - También llamadas “notas de referencia”, su misión consiste en relacionar los asientos entre sí (ej. en la inscripción de nacimiento de una persona se puede poner una nota de referencia a la del matrimonio posterior del nacido).
- Cancelaciones:
  - Son asientos de carácter negativo, anulan y privan de eficacia, total o parcialmente, a un asiento anterior, por ineficacia, inexactitud o cualquier otra causa.
  - El artículo 164 RRC señala que las cancelaciones habrán de indicar su causa y su alcance.
- Diligencias:
  - Son los asientos de régimen interior de la Oficina, los asientos de ordenación administrativa de los propios libros (las diligencias de apertura y cierre de los libros, por ejemplo).

La **Ley 20/2011** establece que todos los asientos se extenderán en soporte y formato electrónico que deberá ajustarse a los modelos aprobados por la DGSJFP, aunque en circunstancias excepcionales y cuando no sea posible practicar asientos electrónicos, el asiento podrá efectuarse en papel, trasladando el asiento a formato electrónico a la mayor brevedad. Los asientos deben archivarse después de su cierre en un registro electrónico de seguridad (artículo 36 de la Ley 20/2011).

La modernización electrónica del RC prevista hará decaer parcialmente las necesidades que justificaban algunos de los asientos vistos. Por ello, el art. 38 Ley 20/2011 establece que las clases de asientos serán únicamente las inscripciones, las anotaciones registrales y las cancelaciones.

#### **4. La rectificación del Registro:**

##### Concepto y fundamento:

El registro se presume exacto e íntegro y la inscripción constituye prueba de los hechos inscritos, pero su valor no es inatacable: se permite la impugnación de lo inscrito.

El que impugna deberá demostrar la inexactitud del RC (la discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral) e instar la rectificación del asiento, que constituye un requisito para impugnar en juicio los hechos inscritos.

Vías de rectificación:

Según el art. 92 LRC de 1957, las inscripciones solo pueden rectificarse por sentencia firme en juicio ordinario. La demanda se dirigirá contra el Mº Fiscal y aquellos a quienes se refiere el asiento que no sean demandantes.

Sin embargo, a continuación señala una serie de casos en los que es posible acudir a la vía administrativa y rectificar el RC previo expediente gubernativo. Esta práctica es la más habitual.

- **Rectificación por vía judicial:**
  - En ocasiones es preciso acudir a un juicio ordinario (ej. cuando la rectificación implica contradicción con la filiación inscrita).
  - Sujeto: están legitimados para interponer demanda aquellos que tengan un interés legítimo y el Mº Fiscal.
  - Órgano competente: Juzgado de 1ª instancia del domicilio del demandado.
- **Rectificación por vía de expediente gubernativo:**
  - Sujeto legitimado: aquellos que tengan un interés legítimo y el Mº Fiscal.
  - Supuestos en los que cabe:
    - Art. 93 LRC: menciones erróneas de identidad, indicación equivocada de sexo o cualquier otro error cuya evidencia resulte de la confrontación con otras u otras inscripciones que hagan fe del hecho correspondiente.
    - Art. 94 LRC (previo dictamen favorable del Mº Fiscal): errores cuya evidencia resulta de la confrontación con los documentos en cuya sola virtud se haya practicado la inscripción y errores procedentes de documento público o eclesiástico ulteriormente rectificado.
  - Órgano competente: el expediente de rectificación se rige por las normas generales de los expedientes (artículos 341-362 RRC), correspondiendo la decisión sobre estos expedientes en todo caso a los Encargados del Registro Civil.

La **Ley 20/2011** regula la posibilidad de rectificar los asientos del RC en su art. 90, que remite al artículo 781 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y establece la vía judicial como prioritaria. También se señala en el art. 91 que podrán rectificarse por procedimiento registral las menciones erróneas de los datos que deban constar en la inscripción, los errores procedentes de documentos públicos o eclesiásticos que sean rectificadas y las divergencias apreciables entre la inscripción y los documentos en cuya virtud se haya practicado.

Por su parte, la mención registral relativa al nombre y sexo de las personas cuando se cumplan los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007 se rectificará mediante procedimiento registral.

**5. El ejercicio de la función registral por funcionarios o funcionarias consulares: ámbitos principales:**

Bases jurídicas:

El **art. 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963** incluye entre las funciones consulares el actuar en calidad de notario, funcionario del RC y otras

similares de carácter administrativo, siempre que ello no se oponga a las leyes y reglamentos del Estado receptor.

Por su parte, el **art. 13 del Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares de 1967** señala que los funcionarios consulares tendrán derecho a extender o transcribir actas de nacimiento, defunción o cualquier otra relativa al estado civil de los nacionales del Estado que envía.

Según el **art. 10.2 LRC de 1957** forman parte del RC los Registros consulares. Habrá uno en cada demarcación consular y estarán a cargo de los cónsules de España en el extranjero o, en su caso, de los funcionarios diplomáticos encargados de las secciones consulares en la Misión Diplomática.

Por su parte, los **artículos 50 y 51 del RRC** disponen que haya un Registro Civil en cada demarcación consular, que queda a cargo de los Cónsules o funcionarios diplomáticos encargados de las secciones consulares de las Misiones Diplomáticas. Por su parte, las funciones del Mº Fiscal son asumidas por el canciller<sup>3</sup>.

Además, el ejercicio de funciones registrales por parte de los funcionarios consulares y diplomáticos que estén al frente de una Oficina Consular de Carrera viene reconocido también por el **art. 6 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado**.

La **Ley 20/2011**, en su art. 20, señala que el RC se organiza también en Oficinas Consulares. Éstas estarán a cargo de los Cónsules o funcionarios diplomáticos encargados de las secciones consulares y tendrán las siguientes funciones:

- Inscribir los hechos y actos relativos a españoles acaecidos en su circunscripción consular, así como los documentos extranjeros judiciales y no judiciales y certificaciones de Registros Civiles extranjeros que sirvan de título para practicar la inscripción.
- Expedir certificaciones de los asientos registrales.
- Recibir y documentar declaraciones de conocimiento y de voluntad en materias propias de su competencia.
- Instruir el expediente previo de matrimonio, así como expedir los certificados de capacidad necesarios para su celebración en el extranjero.
- Comunicar a la DGSJFP la legislación extranjera vigente en materia vinculada al estado civil de las personas.

Particularidades:

Los funcionarios consulares y diplomáticos encargados de sección consular se ocupan de la inscripción en el Registro Civil de todos aquellos hechos que afecten a las cualidades

<sup>3</sup> Con la Ley 20/2011, la intervención del Ministerio Fiscal en materia de Registro Civil queda limitada a:

- Controlar la legalidad de los documentos y declaraciones efectuadas, una vez que el Encargado del RC le haya puesto en conocimiento la contradicción esencial entre el Registro y la realidad (art. 30).
- Instar la extensión de las anotaciones registrales (art. 40.2).
- Promover la inscripción (art. 42.3).
- Formular, en su caso, la oposición al reconocimiento de la filiación no matrimonial en los expedientes en los que concurra alguna de las circunstancias contempladas en el art. 44.7.
- Promover la inscripción de los menores no inscritos (art. 48.2)
- Promover los procedimientos registrales (art. 89).



personales de los españoles que residan en el extranjero (en la nueva LRC se sigue este principio, a tenor de su artículo 10). Tras esa inscripción, el MAEC da cuenta al M<sup>o</sup> de Justicia de tales hechos, de acuerdo con el esquema actual.

Tal y como se ha indicado, las Oficinas Consulares van a ir aplicando la Ley 20/2011 progresivamente en función de los medios informáticos disponibles. Por ello, en la actualidad y en tanto se desarrolla nueva doctrina, cabe destacar lo siguiente de la función registral de los funcionarios consulares:

- A la función registral ejercida por los funcionarios consulares se les aplica el principio de calificación registral del artículo 27 LRC. Se les aplica igualmente el artículo 28 LRC, por lo que los asientos tendrán que extenderse inmediatamente después de presentados los documentos pertinentes (si bien se proporciona un plazo de 10 días para realizar las comprobaciones oportunas en cuanto a los hechos si existen dudas).
- En los registros consulares las inscripciones se extienden por duplicado, para remitir un ejemplar al Registro Central (artículo 118 RRC). Además, los libros en los registros consulares están impresos (cuatro modelos, por cuatro secciones). Estas prácticas irán desapareciendo conforme se vaya aplicando la nueva LRC.
- Los registros consulares carecen de secretario. En caso de vacante, ausencia o imposibilidad del Encargado del RC, éste será sustituido por el Cónsul General adjunto o el Cónsul, o por el Canciller, pero si es necesario el ejercicio de funciones relativas a la fe pública, tendrá que ser sustituido por el Cónsul de la demarcación más próxima.
- No se pueden actuar en el mismo asunto como Encargado y como representante del Ministerio Fiscal. En la tramitación de expedientes, según el 54 RRC, la actuación del Ministerio Fiscal será realizada por el Canciller de la Oficina Consular (en su defecto, por dos españoles capaces e instruidos).

## Tema 35

### **La función notarial. El instrumento público: clases, redacción y efectos jurídicos. El ejercicio de funciones notariales por funcionarios o funcionarias consulares: ámbitos principales.**

Sumario: 1. Introducción. 2. La función notarial. 2.1. Fe pública notarial. 2.2. La figura del notario y su función. 3. El instrumento público: clases, redacción y efectos jurídicos. 3.1. Concepto y rasgos. 3.2. Clases de instrumentos públicos. 3.3. Redacción, partes del instrumento público y otras garantías 3.4. Efectos jurídicos. 4. El ejercicio de funciones notariales por funcionarios consulares: ámbitos principales. 4.1. Bases jurídicas. 4.2. Sujetos legitimados. 4.3. Límites. 4.4. Especialidades y particularidades. 5. Conclusión

#### **1. Introducción**

Hace más de un siglo, Gonzalo de las Casas escribía que “constituir bien el Notariado es completar las garantías constitucionales”. En nuestros días, la Constitución Española garantiza en el artículo 9.3 el principio de seguridad jurídica, que inspira nuestro ordenamiento jurídico y constituye uno de los pilares del Estado de Derecho. Precisamente al servicio del principio de seguridad jurídica está la llamada función notarial, uno de los instrumentos más importantes para garantizar la seguridad y fiabilidad del tráfico privado, que se refleja y materializa a través de la fe pública.

Hoy día asistimos a una internacionalización exponencial del tráfico jurídico que va pareja a la propia vida de las personas, en la que cada vez con más intensidad encontramos elementos de internacionalidad en sus situaciones personales, familiares y económicas. Es en este escenario donde se torna especialmente relevante la tarea de facilitar el acceso a las garantías que ofrece el Derecho notarial español más allá de nuestras fronteras, función que llevan a cabo –entre muchas otras y con ciertas limitaciones- los funcionarios diplomáticos y consulares de España en el extranjero.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, además, ha ampliado el número de actos, hechos y negocios que pueden beneficiarse de la fe pública notarial, si bien con algunas limitaciones para los agentes consulares en el extranjero.

#### **2. La función notarial**

Para aproximarnos al concepto de fe pública, podemos decir que ésta es la atribución que hace el Estado a favor de una serie de personas conforme a la cual se consideran veraces y ciertos los hechos que tales personas reflejan, siempre que se cumplan unas solemnidades en ese proceso.

Desde este concepto, la fe pública puede tener manifestaciones diversas, y así Núñez Lagos señala que existe la fe pública judicial, mercantil, administrativa, registral y notarial, es decir, tantas formas de fe pública como grupos de personas o funcionarios reconocidos por el Estado a tales efectos. Es, sin embargo, la fe pública notarial, constitutiva de la función notarial, la que nos interesa estudiar aquí.

### *2.1. Fe pública notarial*

El profesor Giménez-Arnau define la fe pública notarial como la función específica de carácter público cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo.

Desde el punto de vista interno o propiamente notarial, la fe pública es la más importante función institucional y profesional que los notarios tienen atribuida, y supone dar fe o proporcionar prueba auténtica de los actos que ante ellos se otorgan o de los hechos que estos presencian directamente.

Desde el punto de vista externo –o de cara al tráfico jurídico- la fe pública notarial supone dar certeza, fijeza y autoridad a los hechos y relaciones jurídicas que de ella se revisten.

La regulación legal de la fe pública notarial y, en general, de las funciones notariales se recoge en el propio Código Civil, pero más concretamente en la Ley del Notariado de 1862 y el Reglamento Notarial de 1944.

### *2.2. La figura del notario y su función*

El artículo 1 de la Ley del Notariado (LN) define al notario como el “funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”, siendo además responsable de “la redacción, conservación y expedición de copias de los instrumentos públicos”.

El notario es una figura –funcionario público- que garantiza la seguridad en el tráfico jurídico privado, y para ello ejerce la fe pública notarial. Esta ampara un doble sentido: en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye y percibe por sus propios sentidos; en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público. Asimismo, el notario, como profesionales del Derecho, asesoran jurídicamente a quienes se lo solicitan (art. 1 RN), actividad que normalmente precede a la redacción del instrumento público.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 145 Reglamento Notarial, podemos desglosar esa función en las siguientes prerrogativas:

- El notario realiza el control de legalidad de los actos y negocios que se le someten.
- El notario tiene el poder de calificar los actos y negocios que se le someten.
- El notario tiene el poder de dar fe de la identidad, capacidad y legitimación de los otorgantes, de la prestación libre del consentimiento y de que ese consentimiento se adecua a la legalidad. Igualmente, el notario proporciona prueba auténtica de las declaraciones de voluntad que se recojan en los documentos públicos.

La función notarial se desarrolla en un proceso en el que el notario se hace conocedor de la voluntad de las partes que a él recurren, asesorándolas jurídicamente, tras lo que procede

a redactar el futuro documento público en que quede plasmado el negocio jurídico, sus características y la voluntad de las partes. Este proceso culmina con la autorización del documento.

La función notarial se desarrolla conforme a los siguientes principios:

1. La función notarial tiene un carácter formal o instrumental, dado que lo fundamental de la actuación notarial es la instrumentación pública.
2. La función notarial ha de ser independiente y autónoma (art. 1.4 RN).
3. La función notarial ha de ser imparcial, pues el notario es un funcionario público y, por tanto, ha de permanecer al margen de la voluntad de las partes. Ello no impide que se les preste consejo jurídico ni implica que el notario no trate de asegurarse de que los consentimientos son prestados libremente en caso de duda (134 o 147 RN, en este sentido).
4. La rogación, pues las actuaciones notariales se realizan a petición del interesado (jurisdicción voluntaria), excepto en casos excepcionales (art. 3 RN).
5. La intermediación, y es que el notario sólo puede extender la dación de fe sobre lo que ve, oye o percibe directamente (art. 1 RN).
6. La legalidad, como es natural, la función de fe pública notarial debe realizarse con sujeción a las leyes.
7. El protocolo, porque cada Notario forma por sí protocolo (art. 5 LN). Una de las funciones notariales es la de conservar sus instrumentos públicos autorizados, de los que puede expedir copias autorizadas o simples.

### **3. El instrumento público: clases, redacción y efectos jurídicos**

#### *3.1. Concepto y rasgos*

El artículo 1216 CC conceptúa muy someramente los documentos públicos como aquellos que son “autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”.

De la regulación del Código Civil podemos caracterizar los documentos públicos con los siguientes rasgos:

- Formalismo, pues el documento público es expresión formal de un acto o negocio jurídico.
- Encierran una presunción de veracidad sobre tal negocio, por lo que el documento público constituye un medio de prueba.
- También generan una preunción de validez a través de la cual dotan de eficacia legal al negocio jurídico.

Por lo tanto, se puede definir el documento público de manera más completa diciendo que es aquel documento autorizado con las solemnidades legales por notario competente, a requerimiento de parte e incluido en el protocolo y que contiene, revela o exterioriza un hecho, acto o negocio jurídico para su prueba, eficacia o constitución, así como sus copias o reproducciones notariales.

#### *3.2. Clases de instrumentos públicos*

El artículo 144 RN –que remite al 17 LN- nos dice que son instrumentos públicos “las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio”. Esta norma acoge un concepto amplio del instrumento público al entender que comprende las diversas formas de reproducción del mismo.

No obstante, cuando se habla de instrumento público en un sentido más estricto, se hace referencia a las escrituras, actas notariales y pólizas intervenidas, pues son las que se recogen en el protocolo en su redacción original (matriz), pudiendo circular al exterior únicamente en forma de copias, en las que constará expresamente su condición de reproducción:

- Las escrituras se caracterizan por tener como contenido una declaración de voluntad, un negocio jurídico. Requieren, por tanto, mayores garantías que las actas en su redacción y a la hora de recoger la voluntad y el consentimiento de las partes. A título de ejemplo, podemos citar las escrituras de donación, las capitulaciones matrimoniales, los apoderamientos, los testamentos o las compraventas.
- Las actas, por el contrario, se caracterizan por no contener negocios jurídicos, sino que son documentos en los que el notario constata algo que se le ha solicitado. Esa constancia que da el notario ha de ser siempre sobre hechos o realidades que perciba directamente por sus sentidos. Existen, así, actas de presencia, actas de notificación, actas de requerimiento, actas de notoriedad (muy relevantes en las sucesiones *ab intestato*) o actas de depósito.
- Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de los otorgantes. Por ejemplo, un crédito bancario a una empresa. Es importante destacar que las pólizas no tienen necesariamente que pasar por la intervención notarial (el notario las interviene, no las autoriza, como ocurre en las escrituras y actas), aunque si no están cubiertas por la actuación notarial no tendrán efectos privilegiados y ejecutivos.

En cuanto al registro, archivo y custodia de estos instrumentos públicos, tanto las escrituras como las actas se incorporan al Protocolo del notario. En el caso de las pólizas intervenidas, lo habitual es que el notario las archive y custodie en el Libro Registro (que se divide en sección A, donde se incorporan las pólizas en las que el notario conserva los documentos originales, y sección B, cuyos originales no pueden ser conservados por el notario, como las letras de cambio). No obstante, el notario también puede optar por incorporar las pólizas intervenidas al protocolo, debiendo comunicarlo así al Colegio Notarial al que pertenezca.

Al margen de ese concepto estricto de documento público, existen otros que no se incorporarán al protocolo notarial, aunque, como hemos visto, entran en la categorización del art. 144 RN. Hablamos de los testimonios, que son documentos preparados por el notario en los que, generalmente, se certifica la existencia de otros documentos (aunque no se incorporan al protocolo sí que se registran con un asiento en el libro indicador, junto a otros documentos públicos como las legitimaciones de firmas o documentos oficiales que realice el notario).

### 3.3. Redacción, partes del instrumento público y otras garantías

Como hemos visto, el artículo 1216 CC refleja la importancia de la solemnidad de los instrumentos públicos, solemnidad que se plasma sobre todo en su redacción. Existen normas muy específicas que disciplinan cómo ha de redactarse un documento público, y así, el Título IV RN señala cómo ha de estar distribuido el texto en el papel timbrado, los caracteres... También el artículo 147 RN pone énfasis en que la redacción refleje la voluntad de los otorgantes, por eso el notario tiene poder de calificación.

Partiendo de la estructura que trazó Morcillo y León del instrumento público, podemos diferenciar las siguientes partes:

- Encabezamiento. Aunque no es propiamente una parte del instrumento, es el comienzo del instrumento en que consta el título de la escritura, número de protocolo, día mes y año del otorgamiento...
- Comparecencia (156 RN, según la definición legal incluiría los datos del encabezamiento). Esta es una parte esencial en la que se incluyen los datos personales de los intervinientes, el nombre del funcionario otorgante, y de otorgantes o comparecientes, así como la naturaleza de la intervención, la fe de conocimiento, el juicio de los otorgantes y la calificación del acto.
- Exposición (170-175 RN). Es la parte del documento que recoge cuál sea el negocio jurídico, con indicación de sus fines y causas.
- Estipulaciones o parte dispositiva (176 RN). Esta es la parte en que se define propiamente el acto o negocio jurídico objeto del instrumento, es la parte sustancial en la que se recoge la voluntad de los otorgantes.
- Otorgamiento y autorización (reservas y advertencias legales). Es la parte en que se plasma la actividad del notario, quien realiza la lectura del documento, las advertencias legales que considere oportunas y recoge también la expresión del consentimiento de los otorgantes. El documento culmina con una fórmula decisiva que dota al instrumento de carácter público: la autorización se manifiesta con la firma rúbrica y signo (sólo con firma y rúbrica si autoriza un agente consular).

Cabe señalar que una de las garantías de la que se reviste el instrumento público notarial es el hecho de que se plasme en Timbre del Estado, papel exclusivo para uso notarial. Cada uno de esos folios viene marcado con una indicación de serie y número, garantía que también se observa en la expedición de copias autorizadas<sup>1</sup> de los instrumentos públicos.

### 3.4. Efectos jurídicos.

El efecto jurídico fundamental del instrumento público es que genera una presunción, como ya se vio, de que el negocio jurídico que contiene es válido, legal y auténtico. La intervención notarial supone que el documento y la presunción que este contiene sólo pueda ser discutida ante los Tribunales, e incluso así existen limitaciones.

Podemos clasificar los efectos del instrumento público en los siguientes puntos.

<sup>1</sup> Las copias que hace el notario de los instrumentos públicos autorizados por él pueden ser de dos tipos: copias autorizadas o copias simples (con mero valor probatorio).

- Efectos sustantivos. En general, consisten en la legalidad del acto. De una manera más concreta puede tener valor meramente declarativo o puede tener valor constitutivo cuando la forma del instrumento público es indispensable para la existencia del negocio en cuestión.
- Efectos ejecutivos. En ciertos casos, el instrumento público (en particular, las copias autorizadas del instrumento que se expidan con carácter ejecutivo) es título suficiente para pedir la ejecución de las obligaciones en él contraídas.
- Efectos probatorios. Como señala el artículo 1218 CC, los documentos públicos hacen prueba de los hechos que contienen y la fecha en que se han autorizado frente a terceros. Sólo cabe su impugnación penal por falsedad.

Precisamente debido a la amplitud de los efectos y las presunciones que conllevan los instrumentos públicos, su modificación es un proceso que debe rodearse de garantías y precauciones. El artículo 1219 CC establece que los cambios en escritura pública se hagan también a través de escritura pública, dejando anotada la modificación en la primera matriz; además, también se hará constar, siempre que sea posible, esta circunstancia de la modificación en las copias autorizadas que estén en circulación y en las que se pudieran expedir a partir de ese momento<sup>2</sup>.

#### **4. El ejercicio de funciones notariales por funcionarios consulares: ámbitos principales**

##### *4.1. Bases jurídicas*

El artículo 5.f de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 dice que una de las funciones consulares es la de actuar en calidad de notario, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor.

En la normativa española interna, esta posibilidad se ve reflejada en el artículo 11.3 CC, cuando indica que la ley española se aplicará “a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero” (criterio *auctor regit actum*).

Por lo tanto, para determinar el régimen jurídico en que se mueve el cónsul que ejerce funciones notariales en el extranjero no sólo ha de tomarse en consideración el Derecho internacional, sino también las normas internas del Estado receptor, que juegan como límite, y el Derecho del Estado que envía.

Dentro del campo del Derecho internacional, y al margen de la Convención de Viena, cabe destacar el Convenio Europeo sobre Funciones Consulares, de 11 de diciembre de 1967, cuyo artículo 15 marca que “los funcionarios consulares tienen el derecho de redactar o de recibir (...): a) todos los actos y contratos que se refieran exclusivamente a los nacionales del Estado mandante; b) capitulaciones matrimoniales en las que al menos una de las partes sea nacional del Estado mandante; c) actos y contratos (...) se refieran a bienes situados en este Estado [mandante]”.

<sup>2</sup> En el caso de la modificación de instrumentos públicos por parte de agentes consulares, veremos que el Anexo III del RN apunta que habrá de comunicarse la notificación al notario o cónsul que hubiese intervenido en él.

Existen también convenios multilaterales sobre temas específicos y tratados bilaterales o convenios consulares firmados por España, de entre los que puede destacarse el Convenio Consular hispano-británico de 1961, en el que se condiciona la actividad notarial consular sólo a que no vaya en contra de las leyes locales.

En cuanto al régimen español, la regulación básica del ejercicio de la fe pública por parte de los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero se contiene en el Anexo III RN.

#### 4.2. Sujetos legitimados

De la lectura conjunta de los artículos 1-4 Anexo III, podemos estudiar qué personas y con qué límites pueden desempeñar el ejercicio de la fe pública en el extranjero:

- Por derecho propio, el Cónsul, donde exista tal cargo, o el Jefe de la Misión Diplomática, en defecto del anterior.
- Por delegación plena, el Secretario de Embajada de mayor categoría (la delegación la realiza el Jefe de Misión) o el Vicecónsul (la delegación la hace el Cónsul de carrera).
- Por delegación limitada, los Agentes Consulares Honorarios (en caso de que ejerzan jurisdicción contenciosa o por necesidad), teniendo en cuenta su aptitud, y con el límite de que lo autorizado por ellos habrá de ser calificado por los Cónsules de carrera de los que dependan (en el mismo sentido, el art. 14 del Real Decreto 1390/2007, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los Agentes Consulares Honorarios de España en el extranjero).
- En nombre propio, pero con competencia limitada, los propios Agentes Consulares Honorarios, incluso sin delegación por razón del cargo, tienen funciones notariales propias como, por ejemplo, la legalización de firmas.

#### 4.3. Límites

El Anexo III no disciplina, sin embargo, el ámbito de la competencia de estas personas, por ello se ha entendido que lo más prudente es entender que sus efectos se restringen hasta donde alcance la propia soberanía del Estado: así, en España sus efectos no tendrían limitación, según el artículo 17 Anexo III (en el extranjero se estaría a las reglas de Derecho internacional privado).

La actividad notarial llevada a cabo por funcionarios consulares, tiene, no obstante, otros límites que podemos clasificar en función del criterio, material, territorial y personal:

- Límites de carácter territorial. En principio, el desempeño de la fe pública por parte de un agente consular ha de circunscribirse a su demarcación consular (salvo que medie una autorización en otro sentido). Esto no obsta, sin embargo, a que cualquier ciudadano español pueda acudir a una Oficina Consular u otra para realizar, por ejemplo, un poder notarial, un acta, ... En este sentido se aplica el art. 126 RN cuando dice que “todo aquél que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, ...”.
- Límites de carácter personal. El funcionario consular no puede otorgar contratos que contengan disposiciones a su favor o a favor de sus familiares en los que el otorgante sea él mismo o un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o



segundo de afinidad. Sí que podrá si le crean obligaciones o extinguen derechos a su favor, siempre bajo la fórmula “por mí y ante mí”. También podrán autorizar los funcionarios consulares poderes de todas clases y autorizar su propio testamento.

- Límites de carácter material. Como se dijo en la introducción, la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha ampliado los negocios y actos que pueden ser sometidos al ministerio del notario y que quedarían revestidos de fe pública notarial. Estas funciones, a juicio de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, son nuevas funciones que no aparecen como derivación natural del ejercicio de la fe pública notarial, sino que cabe que las realice un notario por una habilitación legal expresa. Por ello, en opinión de esa Dirección General, no pueden incorporarse al acervo competencial de los cónsules por mera remisión implícita a la noción de fe pública, necesitándose para ello una habilitación legal expresa también.

#### 4.4. Especialidades y particularidades

Sin perjuicio de la remisión general al resto de la normativa notarial –cuyas prescripciones rigen en la función notarial desarrollada por los agentes consulares-, pueden destacarse algunas particularidades del Anexo III RN:

- En relación a las copias de los instrumentos públicos, en la obtención de segundas o ulteriores copias por mandato judicial, será competente el Juez del domicilio del que solicite la copia (art. 21 Anexo III).
- En relación a la legitimación de firmas, el agente diplomático o funcionario consular ha de estar presente en el momento de la firma, sin que tenga que ser en papel timbrado (art. 24 Anexo III).
- En relación a los depósitos, el artículo 26 Anexo III se remite a las normas que dicte el Ministerio de Asuntos Exteriores en este ámbito.
- En relación a los testimonios, aquellos que sean expedidos por los agentes consulares sobre testamentos u otras escrituras que afecten al estado civil de las personas serán remitidos a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.
- En relación a la conservación de documentos y protocolo, cabe señalar dos cosas:
  - El protocolo no es anual, como para los notarios en España, sino que se cierra al autorizar el instrumento número 100 (art. 6 Anexo III RN). Si fuese necesario para la conservación del protocolo, podrá cerrarse antes. Al no ser el protocolo anual, tampoco el índice se desglosa mensualmente (art. 10 Anexo III RN). Cuando el protocolo de la Oficina Consular supere los veinte años de antigüedad, se enviará a Madrid, al Archivo General de Protocolos (art. 27 Anexo III RN).
  - Los instrumentos públicos serán autorizados por el agente consular con su firma y rúbrica (sin signo), que han de estar registradas en el MAE y sin cuya autorización no podrá modificarlas el agente (art. 13 Anexo III). Habrá de añadirse también el sello de la Oficina Consular.
- En relación a los actos *mortis causa*, cabe recordar el artículo 734 CC, que permite a los ciudadanos españoles que estén en país extranjero otorgar testamento abierto o cerrado ante el funcionario consular, siguiendo las formalidades previstas en

España. Cuando se autoriza testamento ante el agente consular, éste tendrá que remitir al Ministerio de Asuntos Exteriores su copia o acta del otorgamiento del cerrado. Igualmente lo enviará, cuando fallezca el testador, junto al certificado de defunción, en caso de testamento ológrafo o cerrado (arts. 735 y 736 CC).

## 5. Conclusión

La función notarial se erige en nuestro ordenamiento jurídico como una posición institucional independiente e imparcial, que vela por la legalidad formal y material de los actos y negocios que interviene, así como por la protección de la parte que lo necesite. Fuera de nuestras fronteras, los agentes consulares extienden las garantías y protecciones de la función notarial a los ciudadanos españoles y otras personas en sus actos, hechos y negocios, una función especialmente crucial a la vista de la creciente internacionalización del tráfico jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

- Textos legales:
  - o Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862
  - o Decreto de 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado
  - o Código Civil
  - o Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963
  - o Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
  - o Real Decreto 1390/2007, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los Agentes Consulares Honorarios de España en el extranjero
- Manuales:
  - o *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Tomás-Ramón Fernández y Fernando Sáinz Moreno
- Otros:
  - o Sinopsis de artículos de la Constitución Española (web Congreso de los Diputados)
  - o Temas propios oposición notarías

## Tema 36

### **La nacionalidad española: atribución, opción, adquisición y consolidación. La prueba de la nacionalidad española. La pérdida de la nacionalidad. Recuperación de la nacionalidad. Determinación de la nacionalidad en los supuestos de plurinacionalidad.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. La nacionalidad española. 3. Atribución originaria: 3.1. Atribución automática. 3.2. Atribución por opción. 4. Adquisición derivada: 4.1. El derecho de opción. 4.2. La carta de naturaleza. 4.3. La residencia. 4.4. Requisitos comunes a la adquisición. 5. La consolidación. 6. La prueba de la nacionalidad: 6.1. La prueba por inscripción en el Registro Civil. 6.2. La presunción de nacionalidad. 6.3. La expedición de certificados de nacionalidad. 6.4. Valor probatorio del Documento Nacional de Identidad y del Pasaporte. 7. La pérdida de la nacionalidad: 7.1. La pérdida ordinaria. 7.2. La pérdida por sanción. 7.3. La nulidad de la adquisición. 8. La recuperación de la nacionalidad. 9. Determinación de la nacionalidad en los supuestos de plurinacionalidad: 9.1. La plurinacionalidad prevista en tratados internacionales. 9.2. La plurinacionalidad prevista en la ley española. 9.3. La plurinacionalidad patológica.

#### **1. Contextualización.**

La nacionalidad se configura el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, que atribuye a esa persona una posición jurídica general en el orden interno del Estado del cual es nacional y que produce efectos jurídicos en el orden internacional.

La determinación de la nacionalidad tiene una doble transcendencia jurídica: pública, en tanto que delimita uno de los elementos constitutivos del Estado, el “pueblo”, y privada, al determinar la ley personal y la capacidad de obrar de las personas.

Desde el punto de vista dogmático, la nacionalidad es incluida dentro de las materias integrantes del Derecho Internacional Privado (DIPr), sea porque, al determinar negativamente quienes son extranjeros, permite concretar un elemento relevante de extranjería en las relaciones privadas o porque el punto de conexión de la nacionalidad sigue pareciendo preponderante en buena parte de las normas de conflicto españolas.

#### **2. La nacionalidad española.**

La nacionalidad española es la condición de las personas que son miembros de la comunidad nacional española, correspondiendo a España en exclusiva, en tanto que Estado soberano, la determinación de quienes son sus nacionales.

No obstante, debe tenerse en cuenta la existencia de normas internacionales que inciden en la materia. Así, el art. 15 Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. También se encuentran otros textos que hacen referencia a esta materia, como el art. 24.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Dentro del ordenamiento español, la fuente principal es el art. 11 Constitución Española (CE), que remite a la ley para lo relativo a la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad. La regulación legal más importante en esta materia se encuentra en el Código Civil (CC), Libro Primero *De las personas*, Título I *De los españoles y extranjeros*, arts. 17 a 26, que se completa con la legislación del Registro Civil (RC).

### 3. Atribución originaria.

La importancia de la atribución de origen radica en sus efectos, pues: ningún español de origen puede ser privado de su nacionalidad (art. 11.2 CE); y los españoles de origen no pierden la nacionalidad aunque adquieran la de alguno de los países iberoamericanos o que hayan tenido o tengan particular vinculación con España (art. 11.3 CE).

La nacionalidad española de origen se puede adquirir de origen de forma automática o mediante el ejercicio de una opción.

#### 3.1. Atribución automática.

Adquieren automáticamente la nacionalidad de origen:

a) Los nacidos de padre o madre españoles (art. 17.1 CC). Se recoge aquí como criterio principal de atribución de nacionalidad el *ius sanguinis*. Los hijos de español son españoles, aunque no nazcan en territorio español, bastando con que uno de los progenitores sea español y con independencia de que la ley nacional del progenitor extranjero atribuya al hijo también esa nacionalidad.

b) Los nacidos en España en los que concurran alguna de las circunstancias previstas en las letras b), c) y d) del art. 17.1 CC. Se recoge aquí el criterio de *ius soli*. Son así españoles de origen de forma automática:

1º Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España<sup>1</sup>.

2º Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.

3º Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. Se presumen nacidos en territorio español los menores cuyo primer lugar conocido de estancia sea España.

<sup>1</sup> Esta regla se introdujo en 1954, con el fin de evitar la perpetuación de las estirpes de extranjeros nacidos en España. Únicamente se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España, por presumir el legislador que en estos casos falta el arraigo en nuestro país.

Los dos últimos supuestos tratan de evitar casos de apatridia originaria y su aplicación, subsidiaria, se supedita a que al nacido no le corresponda otra nacionalidad *iure sanguinis* en el momento del nacimiento<sup>2</sup>.

c) Los extranjeros menores de dieciocho años adoptados por español (art. 19.1 CC). La nacionalidad de origen se atribuye desde la adopción, sin efectos retroactivos<sup>3</sup>.

### 3.2. Atribución por opción.

Conforme al art. 20.1 CC, pueden optar por la nacionalidad española las personas comprendidas en los arts. 17.2 y 19.2 CC. Se trata de casos en los que se permite optar por la nacionalidad española y el ejercicio de esa opción atribuye la nacionalidad española de origen.

Los supuestos a los que se aplica esta regla son: la determinación de la filiación respecto de español o del nacimiento en España después de los dieciocho años de edad (art. 17.2 CC); y la adopción por español de extranjero mayor de dieciocho años (art. 19.2 CC).

En ambos casos, la opción deberá ejercerse en el plazo de dos años desde el hecho que da derecho a la misma.

El legislador consideró así que la determinación tardía del nacimiento de español o en España no debe suponer la atribución automática de la nacionalidad, “por poder afectar entonces a personas cuya vinculación con España sea inexistente o muy escasa” (Preámbulo de la Ley de 1990).

Este criterio también fue seguido por la disposición adicional 7ª Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura<sup>4</sup>.

## 4. Adquisición derivada.

La nacionalidad española no originaria puede adquirirse por opción, carta de naturaleza o residencia en España.

### 4.1. El derecho de opción.

Conforme al art. 20.1.a) y b) CC, tienen derecho a optar por la nacionalidad española:

<sup>2</sup> Desde la introducción de esta norma por la reforma del CC realizada por la Ley 51/1981, de 13 de julio, la misma ha tenido una aplicación práctica muy amplia, habiendo dado lugar a numerosas dudas, en gran parte resueltas a través de las Resoluciones de la DGRN (Dirección General de los Registros y del Notariado, actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública). Así, la Instrucción DGRN 28 marzo 2007 aclara que el art. 17.1.c) CC beneficia a los nacidos en España hijos de: argentinos, bolivianos, colombianos, costarricenses, cubanos, chilenos, ecuatorianos, guineanos (Guinea-Bissau), marroquíes (madre marroquí y padre apátrida o que no transmite su nacionalidad al hijo), palestinos (apátridas), peruanos, saharauis (apátridas), suizos, santotomenses y venezolanos/colombianos.

<sup>3</sup> La adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera no comporta la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al art. 19 CC (art. 30 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional).

<sup>4</sup> El plazo para optar a la nacionalidad española de origen era de dos años desde la entrada en vigor de la disposición adicional, esto es, hasta el 27 de diciembre de 2010, si bien por Acuerdo del Consejo de ministros de 22 de enero de 2010 se amplió el plazo un año.

a) Las personas que estén o hayan estado sujetas a patria potestad de un español. Son titulares de la facultad a optar, con arreglo a este precepto, los hijos de padre extranjero que adquiera, después, nacionalidad española<sup>5</sup>. La presentación de la solicitud se regula en el art. 20.2 CC y se analizará al estudiar los requisitos comunes a la adquisición derivada de la nacionalidad.

La opción caduca a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación. Si el interesado estuviera incapacitado, la opción caduca dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad (art. 20.2.c) y d)).

b) Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España. Este supuesto se introdujo por la Ley 36/2002 y busca favorecer a los hijos de emigrantes que, al nacer, ya no eran españoles. A diferencia del primer supuesto, esta opción no está sujeta a límite alguno de edad (art. 20.3 CC).

#### 4.2. La carta de naturaleza.

El art. 21 CC prevé la adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales.

La pervivencia de este supuesto, que históricamente permitía al monarca atribuir arbitrariamente la condición de natural a extranjeros, tiene la función de servir de corrector de eventuales deficiencias del sistema. Desde este punto de vista, la doctrina mayoritaria hace de la norma una interpretación restrictiva, entendiéndolo que debe aplicarse cuando el extranjero no pueda adquirir la nacionalidad por cauces ordinarios (opción, residencia).

Las circunstancias excepcionales que concurren son apreciadas discrecionalmente por el Consejo de Ministros (art. 25.c) Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) y pueden ser de carácter deportivo, cultural, artístico, militar, político, etc.

Su carácter discrecional excluye la posibilidad de recurrir la denegación, si bien la doctrina se inclina por admitir el control judicial del acto de concesión (e.g. hechos falsos, razonamiento absurdo).

La concesión por carta de naturaleza puede realizarse de manera individualizada (e.g. Mario Vargas Llosa) o dirigida a determinados colectivos, mediante la promulgación de una norma que establezca que la pertenencia a un colectivo acredita la existencia de esas circunstancias especiales (e.g. RD 39/1996, respecto de los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales; el RD 453/2004, respecto de las víctimas de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004; o la Ley 12/2015, respecto de los sefardíes originarios de España<sup>6</sup>).

<sup>5</sup> Con independencia de que en el momento de ejercer la opción el hijo ya no esté sometido a patria potestad o que el padre o madre haya dejado de ser español. Lo relevante es que lo fuera cuando el hijo estuvo sometido a patria potestad (RDGRN 7 octubre 1996, 25 y 30 septiembre 1996, 1 febrero 1996).

<sup>6</sup> La misma Ley 12/2015 determina los requisitos y condiciones a tener en cuenta para la justificación de aquella condición. Entre la documentación solicitada adquiere singular relevancia el certificado expedido por la Federación de Comunidades Judías de España. La DA primera de la Ley 12/2015 estableció un plazo para

#### 4.3. La residencia.

La adquisición de la nacionalidad por residencia se produce por concesión del Ministerio de Justicia, que si concurren las condiciones del art. 22 CC sólo podrá denegarla por motivos razonados de orden público e interés nacional (art. 21.2 CC).

Los plazos de residencia, conforme al art. 22 CC, son los siguientes:

- a) Como regla general, diez años.
- b) Cinco años para los que hayan obtenido asilo o refugio.
- c) Dos años cuando se trata de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes.

d) Un año cuando se encuentre en alguno de los siguientes supuestos:

1º Que haya nacido en territorio español.

2º Que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar.

3º Que haya estado sujeto legalmente a tutela, guarda o acogimiento de ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.

4º Que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho. Se entiende que tiene residencia legal en España el cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero (art. 22.3 CC).

5º Viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho.

6º Nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.

En todos los casos, el art. 22.3 CC exige que la residencia sea legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición<sup>7</sup>.

Finalmente, el art. 22.4 CC impone el deber de justificar, en el expediente regulado por la legislación del RC, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española<sup>8</sup>.

---

formalizar solicitud de tres años desde la entrada en vigor de la ley, hasta el 1 de octubre de 2018. Pero la misma DA contemplaba la posibilidad de que se prorrogara el plazo un año más, lo que tuvo lugar por Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de marzo de 2018.

<sup>7</sup> Hoy es mayoritaria la opinión que sostiene que residencia legal es, además de la amparada por el correspondiente permiso administrativo de residencia (art. 30bis LO 4/2000), cualquier otra permitida como tal residencia por el ordenamiento español (visado de estancia, miembros de misiones diplomáticas y oficinas consulares acreditadas en España y sus familiares, asilados y refugiados, extranjeros considerados españoles equivocadamente por la Administración, etc.).

<sup>8</sup> La buena conducta cívica se vincula a los antecedentes penales (art. 220.3º RCC). En relación con el arraigo en la sociedad española, el art. 220.5º RCC mencionaba el hablar el solicitante castellano u otra lengua española, así como cualquier otra circunstancia de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles. Ante la desigual práctica seguida por los encargados de los RC, con el fin de garantizar la uniformidad y el trato

#### 4.4. Requisitos comunes a la adquisición.

El art. 21.3 CC regula quién debe presentar la solicitud de adquisición de nacionalidad por carta de naturaleza o residencia de manera similar a la declaración de opción del art. 20.2 CC, siendo requisito común para la adquisición derivada de la nacionalidad que la solicitud se presente por:

- a) El interesado emancipado o mayor de dieciocho años.
- b) El mayor de catorce años asistido por su representante legal.
- c) El representante legal del menor de catorce años.
- d) El representante legal del incapacitado o este, por sí solo o asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación.

En los dos últimos casos, se requiere autorización del encargado del RC del domicilio, previo dictamen del Ministerio Fiscal.

En el caso de concesiones por carta de naturaleza o residencia, debe tenerse en cuenta que, según el art. 21.4 CC, caducan a los 180 días de su notificación si no se comparece ante funcionario competente para cumplir los requisitos del art. 23 CC.

De acuerdo con el art. 23 CC, se supedita la validez de la adquisición de nacionalidad por opción, carta de naturaleza o residencia a tres requisitos<sup>9</sup>:

- a) Juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y las leyes del mayor de catorce años capaz.
- b) Renuncia a la anterior nacionalidad. Salvo lo previsto en el art. 24.1 CC y sefardíes originarios de España.
- c) Inscripción de la adquisición en el RC.

### 5. La consolidación.

El art. 18 CC establece que la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el RC, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó.

---

semejante en la valoración de esta circunstancia, la DF 7 Ley 19/2015 prevé que la acreditación del suficiente grado de integración en la sociedad española requiere la superación de dos pruebas: un examen para la obtención de un diploma español como lengua extranjera DELE de nivel A2 o superior (se exige a nacionales de países o territorios en que el español sea el idioma oficial) y una prueba de conocimientos de la CE y la realidad social y cultural españolas (se exige a menores de dieciocho años y personas con capacidad modificada judicialmente).

<sup>9</sup> En los supuestos de colectivos en los que de manera genérica se reconoce que concurren circunstancias excepcionales para otorgar la nacionalidad en virtud de carta de naturaleza se establecen reglas especiales. Así lo hace el RD 1792/2008, de 3 de noviembre, sobre concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales, o la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España, que fija los medios para acreditar la condición de sefardí y la especialidad vinculación con España y exige dos pruebas (de conocimiento básico de la lengua española y de conocimiento de la CE y de la realidad social y cultural españolas).



Se trata de una novedad introducida por la Ley 18/1990 dirigida, según su Preámbulo, a “evitar cambios bruscos y automáticos de la nacionalidad”, porque “si se llega a demostrar que quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española *iure sanguinis* o *iure soli* no era en realidad español, al ser nulo el título de atribución respectivo, no parece justo que la eficacia retroactiva de la nulidad se lleve a sus últimas consecuencias”.

Según la Instrucción DGRN 20 marzo 1991, la “posesión y utilización” implica una actitud activa del interesado respecto de la nacionalidad, esto es, que se haya comportado como español, ejerciendo derechos y deberes. La “buena fe” debe entenderse como ignorancia del vicio que afectaba al título atributivo de nacionalidad.

La interpretación de la DGRN de este precepto limita su aplicación a las hipótesis en que la posesión y utilización de la nacionalidad se base precisamente en un título inscrito en el RC que por sí mismo es causa de adquisición de la nacionalidad y que en un momento posterior es impugnado, como, por ejemplo, la impugnación de la filiación respecto de progenitor español<sup>10</sup>.

## 6. La prueba de la nacionalidad.

### 6.1. La prueba por inscripción en el Registro Civil.

Cuando la adquisición de la nacionalidad se inscribe en el RC (art. 23 CC), puede probarse de esta forma. Puesto que la inscripción de la adquisición de la nacionalidad por residencia, carta de naturaleza y opción, así como su recuperación tiene carácter constitutivo, ex art. 68 Ley de Registro Civil 2011 (LRC)<sup>11</sup>, la certificación registral será el medio de prueba en estos casos.

### 6.2. La presunción de nacionalidad.

No obstante, son mayoría los supuestos de adquisición de la nacionalidad que no requieren inscripción en el RC. Para estos casos, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 68.1 LRC, que establece que “se presumen españoles los nacidos en territorio español de padres también nacidos en España”, lo cual reitera el art. 69 LRC. Se busca con ello evitar la *probatio diabólica* respecto de los que han adquirido la nacionalidad española *iuris sanguinis*. Debe

<sup>10</sup> No es aplicable, en cambio, a quien se consideraba español por haber contraído matrimonio con español y estaba provisto, por error de la Administración, de DNI sin haber formulado opción (RDGRN 27 junio y 16 octubre 1991); ni a quien se consideraba español por haber nacido en España y estar inscrito en el RC, poseer DNI y haber realizado el servicio militar (RDGRN 25 octubre 1991); ni a quien erróneamente consta como español en su inscripción de matrimonio celebrado en España (RDGRN 4 febrero 1992); ni a quien perdió la nacionalidad española conforme al principio de unidad familiar conforme a la legislación entonces vigente, aunque haya conservado la documentación española y la haya utilizado de buena fe y la pérdida no se haya inscrito en el RC (RDGRN 11 y 16 octubre 1995).

La DGRN ha considerado que no beneficia el art. 18 a los nacidos en el territorio del Sahara cuando este era una posesión española, porque no eran propiamente nacionales españoles, sino solo súbditos de España (RDGRN 7 marzo 2000, 8 septiembre 2003, 15 marzo 2007).

<sup>11</sup> La entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que sustituye a la anterior de 1957, se ha venido prorrogando en diversas ocasiones y, actualmente, está prevista para el 30 de abril de 2021, de acuerdo con la Disposición Final Décima, modificada por última vez por el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril.

observarse, sin embargo, que el precepto establece una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

El art. 96.2º LRC establece que puede declararse con valor de simple presunción la nacionalidad, si no consta en el RC, en virtud de expediente gubernativo.

### 6.3. La expedición de certificados de nacionalidad.

La Instrucción DGRN 14 abril 1999 permite que los encargados del RC declaren en expediente con valor de simple presunción que determinada persona tiene la nacionalidad española y “a favor de ésta podrá expedir un certificado de nacionalidad” (art. 1), señalando el art. 2 que “el certificado hará fe salvo prueba en contrario de que en el día de la fecha determinada persona [...] tiene la nacionalidad española”.

Otros elementos de prueba de la posesión de estado de la nacionalidad española son: tener documentación española en vigor, haber otorgado documento público como español, haber comparecido como tal en Consulado y conductas semejantes<sup>12</sup>.

### 6.4. Valor probatorio del Documento Nacional de Identidad (DNI) y del Pasaporte.

a) DNI. El art. 1.2 RD 1553/2005, de 23 de diciembre establece que este tiene suficiente valor para acreditar la nacionalidad española de su titular.

Sin embargo, la doctrina y la DGRN<sup>13</sup> han matizado la interpretación de la norma y señalan que la presunción de ser español de quien es titular de un DNI no es absoluta y admite prueba en contrario.

En general se entiende que el DNI cumple esa función probatoria, en todo caso, ante las autoridades españolas, mientras que no lo hace ante autoridades extranjeras, salvo que se haya celebrado un acuerdo sobre supresión de pasaportes.

b) Pasaporte. El art. 1 RD 896/2003, de 11 de julio establece que éste es un documento público que acredita, fuera de España, la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles salvo prueba en contrario, y, dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de aquellos españoles no residentes. Esta última previsión se debe a que la obligación de obtener el DNI (art. 2.1 RD 1553/2005) no se aplica a los españoles residentes en el exterior, salvo que se trasladen a España por tiempo no inferior a seis meses.

## 7. La pérdida de la nacionalidad.

Establece el art. 11.2 CE que ningún español de origen puede ser privado de su nacionalidad. Pero una cosa es que no pueda ser privado y otra distinta que pueda perderla de forma voluntaria.

El art. 24 CC establece supuestos de pérdida de la nacionalidad española, aplicables con independencia de que el español lo sea de origen o no. El art. 25 CC establece, además, para los españoles que no sean de origen, otros supuestos de pérdida.

<sup>12</sup> Instrucción de 7 de febrero de 2007, de la DGRN.

<sup>13</sup> RDGRN 27 junio 1991, 16 octubre 1991, 4 febrero 1992, 29 enero 1996, 20 junio 2003, etc.

### 7.1. La pérdida ordinaria.

De acuerdo con el art. 24 CC, pierden la nacionalidad española:

a) Los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o la emancipación.

Desde la Ley 36/2002, esta pérdida la pueden evitar si dentro de ese plazo declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil.

No se pierde, sin embargo, por esta causa, si la otra nacionalidad es la correspondiente a países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal.

b) Los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero.

No basta la voluntad de renunciar a la nacionalidad, siendo necesario hallarse emancipado, haber adquirido otra nacionalidad y residir en el extranjero.

c) Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del RC en el plazo de tres años desde su mayoría de edad o emancipación.

Por último, el art. 24.4 CC indica que el precepto no es de aplicación si España se halla en guerra.

### 7.2. La pérdida por sanción.

Conforme al art. 25.1 CC, los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad en dos casos:

a) Cuando durante un período de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española.

b) Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

### 7.3. La nulidad de la adquisición.

El art. 25.2 CC prevé un supuesto de nulidad de la adquisición, con efectos retroactivos salvo que perjudique a terceros de buena fe<sup>14</sup>. Dicha nulidad se produce cuando, por sentencia firme, se declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española. La acción de nulidad debe ejercitarse por el Ministerio Fiscal, de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años.

<sup>14</sup> Son terceros de buena fe, por ejemplo, los hijos que adquirieron la nacionalidad *iure sanguinis*, o el cónyuge que adquirió la nacionalidad por la vía del art. 22.2.d) CC.

## 8. La recuperación de la nacionalidad.

El art. 26.1 CC permite a quien haya perdido la nacionalidad española recuperarla si cumple los siguientes requisitos:

- a) Ser residente legal en España.

Para favorecer el retorno de los trabajadores en el extranjero (art. 42 CE), el art. 26 CC, redactado conforme a la Ley 29/1996, establece que este requisito no es de aplicación a los emigrantes ni a sus hijos. En los demás casos, este requisito puede ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurren circunstancias excepcionales.

- b) Declarar ante el encargado del RC la voluntad de recuperar la nacionalidad.

Para favorecer a los emigrantes españoles, la reforma de del art. 26 operada por la Ley 36/2002 suprimió la exigencia del requisito de renunciar a la nacionalidad anterior.

- c) Inscribir la recuperación en el RC.

El art. 26.2 CC exige, además, la previa habilitación, concedida discrecionalmente por el Gobierno, cuando se haya perdido la nacionalidad por sanción.

Con la misma finalidad de favorecer a los emigrantes españoles, se suprimió por la Ley 36/2002 la habilitación del Gobierno cuando no se hubiera cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria, estando obligado a ello.

## 9. Determinación de la nacionalidad en los supuestos de plurinacionalidad.

Debido al hecho de que cada Estado determina, de modo independiente, quiénes son sus nacionales, se producen situaciones en las que varios Estados otorgan su nacionalidad al mismo individuo, dándose la plurinacionalidad. Esta puede ser reconocida y aceptada por la propia ley nacional o por medio de tratados internacionales, o no serlo, en cuyo caso se estará ante un supuesto de plurinacionalidad patológica.

### 9.1. La plurinacionalidad prevista en tratados internacionales.

Se refiere el art. 9.9 CC a los convenios internacionales de doble nacionalidad que España tiene concertados con distintos países de Iberoamérica<sup>15</sup>. Estos convenios precisan cuál es la nacionalidad determinante, distinguiéndose varios supuestos:

- a) Convenios que hacen prevalecer la nacionalidad que coincide con el domicilio, entendido este como el país donde el sujeto tiene su “centro social de vida”<sup>16</sup>.
- b) Convenios que hacen prevalecer la nacionalidad adquirida posteriormente<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Se trata de los Convenios celebrados con Chile (1958), Perú (1959), Paraguay (1959), Nicaragua (1961), Guatemala (1961), Bolivia (1961), Ecuador (1964), Costa Rica (1964), Honduras (1966), República Dominicana (1968), Argentina (1969) y Colombia (1979). En 2019 se iniciaron las negociaciones para la celebración de un Convenio de doble nacionalidad con la República Francesa, que, una vez adoptado, será el primer acuerdo de este tipo celebrado por el Reino de España con un país no iberoamericano.

<sup>16</sup> Se trata de los convenios con Chile, Perú, Guatemala, Nicaragua, Bolivia y Honduras.

<sup>17</sup> Se trata de los convenios con Colombia, Argentina, Paraguay, Ecuador, Costa Rica y República Dominicana.

c) Falta de previsión. En caso de que el convenio no disponga nada, prevalece la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida (art. 9.9.1 *in fine* CC).

### 9.2. La plurinacionalidad prevista en la ley española.

Se refiere el art. 9.9 CC a la doble nacionalidad “automática” recogida en el art. 11.3 CE. Este supuesto presenta tres cauces legales:

a) Art. 24.1 CC. El español que adquiriera la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, no pierde, por ese hecho, la nacionalidad española<sup>18</sup>.

b) Art. 23.b) y 24.1 CC. El nacional de estos países que adquiere la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia no debe renunciar a su nacionalidad de origen.

c) Art. 26 CC. La persona que recupera la nacionalidad española, pero ostenta la nacionalidad de alguno de estos países, no debe renunciar a su nacionalidad anterior.

El art. 9.9 CC indica que, en estos casos, la nacionalidad determinante es la coincidente con la última residencia habitual<sup>19</sup> y, en su defecto, la última adquirida.

### 9.3. La plurinacionalidad patológica.

Son casos no previstos en la ley española ni en tratados firmados por España, pero que se producen *de facto*. Al respecto, deben distinguirse dos supuestos (art. 9.9 CC).

a) Persona que ostenta varias nacionalidades y una de ella es la española. Prevalece la nacionalidad española, no siendo relevante que la nacionalidad española sea o no efectiva – que exista auténtica vinculación entre el sujeto y España–, ni que la persona haga o no ostentación o uso de la misma.

b) Persona que ostenta varias nacionalidades pero ninguna de ellas es la española. La ley personal del sujeto será la de su residencia habitual.

## Bibliografía

Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier (2018), *Derecho Internacional Privado. Volumen II*, Comares, Granada.

Díez-Picado, Luis y Gullón, Antonio (2016), *Sistema de derecho Civil. Volumen I. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, Tecnos, Madrid.

Pablo Contreras, Pedro de (coord.) (2018), *Curso de Derecho Civil (I), Volumen II. Derecho de la Persona*, Edisofer, Madrid.

<sup>18</sup> RDGRN 30 octubre 2001.

<sup>19</sup> SAP Asturias 29 julio 2005.

## GRUPO PRIMERO

## DERECHO CIVIL, DERECHO CONSULAR Y DERECHO MERCANTIL

**Tema 37****Españoles en el exterior. Cauces de participación. Protección y asistencia consular: la asistencia y las ayudas en general. Especial referencia a la asistencia y ayuda a personas detenidas y a víctimas de violencia de género. Traslado de personas condenadas. Prevención y gestión de situaciones de emergencia.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Los españoles en el exterior: 2.1. Cifras y registros. 2.2. Bases normativas e institucionales. 3. Cauces de participación: 3.1. Procesos electorales. 3.2. Los Consejos de Residentes Españoles. 4. Protección y asistencia consular: la asistencia y las ayudas en general: 4.1 Conceptos. 4.2. Modos de asistencia. 4.3. Las ayudas: objeto, requisitos, modalidades y competencia. 5. Especial referencia a la asistencia a personas detenidas y a víctimas de violencia de género: 5.1. Asistencia a detenidos: datos, modos de asistencia, la ayuda específica para detenidos. 5.2. Asistencia a víctimas de violencia de género. 6. Traslado de personas condenadas. 6.1. Procedimiento general. 6.2. Procedimiento en la UE. 7. Prevención y gestión de situaciones de emergencia: 7.1 Concepto de emergencia y tipos. 7.2. Órganos competentes. 7.3. Instrumentos frente a crisis en el exterior. 7.4. Grandes emergencias en territorio nacional. 8. Conclusión.

**1. Introducción**

A mediados de 2020, 2,8 millones de españoles residen en el exterior, colectividad que ha crecido sustancialmente en los últimos años y que presenta un dinamismo, una movilidad, unas demandas y rasgos muy distintos a los de hace unas décadas.

Por sus características singulares, esta realidad de nuevos migrantes, unida al aumento del turismo internacional –según datos de Turespaña, se produjeron 19 millones de desplazamientos desde España al extranjero en 2019-, reclama un tratamiento específico que garantice a este colectivo el pleno ejercicio de derechos y deberes recogidos en nuestra Constitución.

El compromiso del Estado con su ciudadanía en el exterior tiene, además, carácter prestacional, pues se han arbitrado una serie de mecanismos de asistencia para atender a los españoles ante distintas vicisitudes –desde catástrofes naturales hasta situaciones de detención o de vulnerabilidad especialmente flagrantes, como en el caso de las víctimas de violencia contra la mujer- que se dirigen desde el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación (MAEUEC), a través de su red de Oficinas Consulares y con la coordinación de sus servicios centrales.

**2. Los españoles en el exterior****2.1. Cifras y registros**

La contabilización de los españoles en el exterior depende de la situación personal de estos, pues no existe un único registro que los compute de manera global. Así, las Oficinas

Consulares cuentan con un instrumento para contabilizar a los españoles que residen de manera permanente o temporal en el exterior: el Registro de Matrícula Consular.

Además, existen otros instrumentos como el Registro de Viajeros o las estadísticas del Ministerio del Interior que pueden ayudar a dar, de manera aproximada, la cifra de españoles que se desplazan fuera de España sin intención de residir en el exterior.

### 2.1.1. El Registro de Matrícula Consular

Para poder dar una asistencia adecuada a los españoles en el exterior y para poder contabilizarlos correctamente, existe el Registro de Matrícula Consular, un registro administrativo en el que los españoles en el exterior –y sólo ellos- pueden inscribirse. Existen dos modalidades de inscripción: como residente permanente en una demarcación consular (que constituye una obligación para aquellos que estén en esa situación) o como residente temporalmente en el exterior (en este caso, la inscripción es facultativa). La regulación de este RMC se encuentra en el Real Decreto 1315/2000.

El RMC es un instrumento global pero que gestiona cada Oficina Consular en su demarcación: cada Oficina Consular gestiona las altas, modificaciones y bajas de los españoles en su respectiva demarcación consular.

En muchos aspectos prácticos (como la participación en elecciones, para recibir comunicaciones...) la inscripción en el RMC es necesaria para facilitar las labores de las Oficinas Consulares. Sin embargo, tal y como establece el artículo 2.3 del RD, la asistencia consular no queda condicionada a la inscripción en el RMC.

Según los datos del RMC global, al cierre de agosto de 2020 hay casi 2,8 millones de españoles que residen de manera permanente en el extranjero y más de 36.000 que residen temporalmente en el exterior.

### 2.1.2. Otros instrumentos

Dado que la protección y asistencia consular ha de prestarse a todos los españoles en el exterior, es bueno contar con instrumentos que indiquen, al menos aproximadamente, cuántos españoles se encuentran en el exterior en un momento determinado (particularmente en situaciones de crisis). Así, el MAEUEC cuenta con el Registro de Viajeros: un listado de personas que se encuentran puntualmente en el extranjero y que otorgan al sistema datos de localización y contacto. No se trata de un registro obligatorio, por lo que da cifras aproximadas. Sin embargo, presenta la ventaja de permitir una rápida localización de los registrados.

## 2.2. Bases normativas e institucionales

Aunque la base jurídica que ampara a los ciudadanos españoles en el exterior para recibir protección y asistencia consular se encuentra dispersa en distintos textos legales (consultar bibliografía).

Por otra parte, la atención a los españoles en el exterior se centraliza en el MAEUEC a través de la Dirección General de Españoles en el Exterior y Asuntos Consulares (DGEEAC). La DGEEAC depende directamente de la Subsecretaría del Ministerio y se divide en las siguientes unidades:

- Subdirección General de Protección y Asistencia Consular
- Subdirección General de Asuntos Jurídicos
- Subdirección General de Extranjería
- Unidad de Crisis (no es propiamente una Subdirección)

### 3. Cauces de participación

El artículo 13 de la Constitución Española establece que “*sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23*”, y el artículo 4 de la Ley 40/2006 (LECEE) dice que “*los españoles que residen en el exterior tienen derecho a ser electores y elegibles, en todos y cada uno de los comicios, en las mismas condiciones que la ciudadanía residente en el Estado español en los términos previstos en la normativa de aplicación*”. De lo dicho, se abren dos vías de participación reglada de los españoles en el exterior en asuntos públicos: la participación en procesos electorales y la conformación de Consejos de Residentes de Españoles.

#### 3.1. Procesos electorales

Como se ha dicho, la inscripción en el RMC es un requisito para participar en un proceso electoral español. El RMC funciona como el padrón de los españoles en el exterior: el alta como residente permanente en el RMC causa, a través de un sistema conectado con el Instituto Nacional de Estadística, un alta en el Padrón de Españoles Residentes en el Exterior (PERE). A su vez, los mayores de edad dados de alta en el PERE causan automáticamente alta en el Censo de Españoles Residentes Ausentes (CERA), censo a efectos de derecho de sufragio.

[Residentes permanentes en RMC = PERE = CERA + menores de edad en PERE]

Esta ecuación se cumple para los residentes permanentes, el colectivo mayoritario, siempre que no haya errores o fallos en la interoperabilidad de los ficheros que manejan las Oficinas Consulares y el INE.

El rasgo distintivo del sistema de sufragio de los españoles en el exterior, sean residentes permanentes o temporales, es que han de solicitar o rogar el voto. Los trámites que tienen que realizar, no obstante, varían en función del tipo de residencia.

#### 3.1.1. Tipos de votante y modalidades de voto

En el extranjero, los españoles se agrupan en dos censos:

- Los españoles residentes temporalmente en el exterior (voto ERTA<sup>1</sup>). Pueden votar desde el año 2007 (RD 1621/2007, de 7 de diciembre). Para ejercer su derecho de voto, es necesario que estén inscritos como tales en el RMC y que rueguen el voto. Pueden votar en las elecciones al Parlamento Europeo, en las elecciones generales, autonómicas y municipales (la inscripción como residente temporal en el RMC de una Oficina Consular no supone una baja en el padrón municipal español). A grandes rasgos, los votantes de esta categoría tienen que solicitar su voto desde la Oficina Consular, pero envían su voto –cuando les llega la documentación electoral– por correo certificado directamente a la mesa electoral que les corresponda en España, sin intervención de la Oficina Consular en este trámite.

<sup>1</sup> Españoles Residentes Temporalmente Ausentes.



- Los españoles residentes permanentemente en el exterior (voto CERA). Su sistema de voto está regulado por el artículo 75 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. Los españoles residentes permanentemente en el exterior que deseen votar en las elecciones generales, autonómicas o al Parlamento Europeo, tienen que solicitar/rogar la documentación electoral. Esa solicitud se hace de manera autónoma, sin intervención de la Oficina Consular. Solicitada y recibida la documentación electoral, el ciudadano puede votar en la Oficina Consular que le corresponda por correo o en urna. Posteriormente, la Oficina Consular realiza un recuento de todos los sobres recibidos y realiza el envío a las Juntas Electorales Provinciales para su posterior escrutinio. Por lo tanto, las Oficinas Consulares no actúan como mesas electorales sino como transmisores de votos.

### 3.1.2. Controversia y reforma del voto rogado

El sistema de voto rogado fue introducido en 2011 por consenso entre los principales partidos políticos para introducir garantías en la identidad de los electores, pues se habían detectado fraudes electorales. A la luz de las cifras de participación entre residentes permanentes, la introducción del voto rogado provocó que la participación electoral bajase a partir de 2011 de tasas del 20-25% del censo a tasas del 3-6%.

Las razones del descenso están en la complejidad del procedimiento del artículo 75 LOREG: el elector que quiera votar ha de realizar una serie trámites que se suceden en un ajustado calendario electoral de 54 días. El éxito de estos trámites depende en gran medida del funcionamiento de los servicios postales locales (a través de los que llega la documentación electoral), que pueden verse afectados por falta de medios, garantías, interrupciones del servicio o que, sencillamente, pueden no existir.

Todo ello genera una gran frustración entre la ciudadanía en el exterior, que presenta recurrentemente quejas contra este sistema, por lo que distintos departamentos de la Administración vienen trabajando en posibles vías de reforma del artículo 75 LOREG.

### 3.2. Los Consejos de Residentes Españoles y el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior

Otro de los principales cauces de participación de los españoles en el extranjero en asuntos públicos es el de los Consejos de Residentes de Españoles (CREs), regulados por el Real Decreto 1960/2009.

Los CREs son órganos de carácter consultivo y asesor, adscritos a las Oficinas Consulares de España en el exterior, cuya composición, elección, funcionamiento y presupuesto se regulan reglamentariamente.

En una demarcación consular puede constituirse un CRE cuando haya al menos 1.200 españoles residentes en el RMC. En función del tamaño de la colonia, ese CRE podrá estar compuesto de 7, 11 o 15 miembros (los consejeros son nombrados tras elecciones que se convocan en todas las Oficinas Consulares cuyo RMC supere los 1.200 residentes, aproximadamente cada cuatro años). Actualmente, de los cerca de 55 potenciales CREs que podrían existir, están constituidos 39. Para ser elegible como consejero del CRE, el ciudadano español tiene que estar inscrito en el PERE. Los consejeros no pueden percibir retribución por su cargo pero sí fondos públicos para sufragar los gastos del CRE que se inscriban en sus funciones, como son las siguientes:

- Ser cauce de comunicación entre las comunidades de españoles en el exterior y las Oficinas Consulares correspondientes.
- Asesorar e informar a la Oficina Consular en los asuntos que afecten a la comunidad española.
- Difundir entre la comunidad española las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas en los temas que afecten a españoles residentes en su demarcación
- Cooperar con la Oficina Consular en los procesos electorales de los propios CREs.

El conjunto de todos los CREs se dan reunión anualmente en el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior, órgano que depende del Ministerio de Inclusión, Migraciones y Seguridad Social, y cuya vicepresidencia ostenta el titular de la Subsecretaría del MAEUEC. La última reunión del CGCEE se produjo en 2018.

#### **4. Protección y asistencia consular: la asistencia y las ayudas en general**

##### *4.1. Conceptos*

La protección consular es la acción que el funcionario consular está legitimado para desarrollar ante las autoridades del Estado receptor a favor de aquellos nacionales del Estado que envía que han recibido un trato contrario al debido (por ejemplo, si un policía extranjero se propasa con un ciudadano español). La asistencia consular no presupone un acto ilícito por parte de las autoridades locales en contra de un nacional (por ejemplo, un español que sufre un accidente mientras hace montañismo), sino que normalmente se presta ante un ciudadano que ha padecido cualquier tipo de adversidad. Sus bases legales se encuentran en el artículo 5.3 del Convenio de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y el artículo 2.1 del Convenio Europeo sobre Funciones Consulares de 1967. La diferencia entre protección y asistencia consular es puramente teórica, pues las actuaciones materiales realizadas cuando un español sufre un mal no varían en función de la causa.

##### *4.2. Modos de asistencia*

España se ha caracterizado tradicionalmente por tener una actitud especialmente generosa hacia su ciudadanía en el exterior, estableciendo un catálogo y formas de asistencia hacia aquellas personas que estén en una situación de especial vulnerabilidad.

Las actuaciones de protección y asistencia consular son muy variadas: pueden consistir en gestiones informales u oficiosas con autoridades administrativas o instituciones privadas locales, envío de Notas Verbales, transmisión de documentación, información y contacto con los ciudadanos españoles y sus familias o abogados,... Por ejemplo, en caso de accidente de tráfico de un ciudadano español, la asistencia cubriría tanto contactos con las fuerzas del orden que examinen el lugar de los hechos, con la compañía de seguros que tuviera contratada el ciudadano español, en su caso, con el propio afectado, las autoridades hospitalarias competentes si éste fuera ingresado, contacto con la familia,...

En definitiva, la protección y asistencia consular cubre todas aquellas actuaciones de orientación, información y apoyo a un ciudadano español ante una vicisitud en el exterior, siempre con pleno respeto a los procedimientos y leyes internas del Estado receptor.

#### 4.3. Las ayudas: objeto, requisitos, modalidades y competencia

Además de lo dicho, el MAEUEC cuenta con un instrumento material de asistencia consular como son las ayudas económicas para españoles en el extranjero que se encuentren en situación de necesidad, reguladas por la Orden AEX I 059/2002, de 25 de abril<sup>2</sup>.

Las ayudas de protección y asistencia consular son ayudas económicas que las Oficinas Consulares pueden entregar a ciudadanos españoles en el exterior ante situaciones de necesidad. Estas ayudas se configuran con dos rasgos principales:

- Las ayudas son, por norma general, reintegrables: la concesión de la ayuda está sujeta, en principio, al compromiso de reintegro al Tesoro por parte del beneficiario. No todas las modalidades de ayuda, como se verá, son reintegrables.
- Las ayudas tienen carácter subsidiario (último recurso) y no generan derecho subjetivo a su percepción futura: la ayuda sólo se dará cuando la situación de vulnerabilidad del español no pueda solventarse por otros medios, fundamentalmente acudiendo a los propios recursos del interesado, a la familia, amigos, entorno (si el interesado lo autoriza), o a otras instituciones públicas.

La norma marca cuatro requisitos para ser beneficiario de una ayuda:

1. Ser ciudadano español (aunque en el marco de la Directiva 2015/637, sobre asistencia consular a ciudadanos de Estados miembros de la UE, cabe la entrega de ayudas a ciudadanos europeos no españoles en las condiciones marcadas por la Directiva).
2. Estar en el extranjero, sea temporal o permanentemente. Este requisito se acredita mediante comparecencia del solicitante en la Oficina Consular, como norma general.
3. Estar en situación de necesidad y precisar asistencia para superarla. Esto es, la entrega de la ayuda tiene por fin la superación del estado de necesidad del ciudadano español, no debiendo servir, en principio, como mero parche a una situación permanente.
4. Haber reintegrado ayudas anteriormente recibidas (si estas eran reintegrables).

Aunque los requisitos anteriores son comunes a todas las modalidades de ayuda, la Orden especifica los siguientes tipos, que pueden presentar especificidades propias:

- a. Ayuda para la repatriación. Es la materialización del derecho de retorno contenido en la LECEE. Estas ayudas sólo se pueden conceder a personas que ya tengan arraigo en España y para permitir la vuelta definitiva del interesado. Consisten en la compra de un billete de transporte de vuelta a España, en el medio más económico, y la Oficina Consular suele abonar la cantidad directamente a una agencia de viaje. No se puede repatriar a alguien contra su voluntad.

<sup>2</sup> La DGEEAC está actualmente trabajando en una reforma de la Orden de Ayudas, para adaptarla a colectivos que requieren de una asistencia especial, crear una ayuda específica de violencia contra la mujer y actualizar el procedimiento y cuantías de las ayudas.

- b. Ayuda de subsistencia. Se dan ante una carencia de medios permanente, por lo que no tienen carácter reintegrable. Procede su entrega a españoles que, por su situación, no pueden obtener medios económicos por el trabajo: mayores de 65 años, incapacitados o menores.
- c. Ayudas a la inhumación. Siempre que no haya servicio de inhumación o incineración gratuito en el país local, se puede conceder una ayuda para sufragar los gastos de entierro o incineración de un español.
- d. Ayudas para asistencia jurídica, para la defensa en juicio penal de españoles cuando no exista turno de oficio en el país de que se trate, y dando preferencia a casos en los que el español se enfrente a pena de muerte. En la práctica, esta ayuda no se concede pues el Ministerio cuenta con una subvención<sup>3</sup> a este efecto.
- e. Ayudas individuales extraordinarias. Funcionan como cajón de sastre. Reintegrables con carácter general, sirven para hacer frente a una situación concreta de necesidad que puede ser muy variada.

No se pueden conceder ayudas para gastos médicos en el extranjero, para repatriación de cadáveres. En relación al traslado de cadáveres, cabe señalar que la asistencia prestada por el MAEUEC consiste fundamentalmente en la tramitación de la documentación requerida por los convenios internacionales (Acuerdos de Berlín y Estrasburgo) o, en su defecto, por el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

Por otra parte, está la ayuda de detenidos, que se verá en el siguiente epígrafe.

En cuanto a la competencia para autorizar ayudas, esta varía en función de la cuantía:

- Si la ayuda es igual o inferior a 200 euros, su concesión es decidida por el Jefe de Oficina Consular o de Misión de Embajada con Sección Consular. En situaciones urgentes y especialmente graves que requieran asistencia inmediata, se puede autorizar una ayuda de valor superior, pero informando inmediatamente a servicios centrales.
- Si la ayuda está supera los 200 euros pero no los 30.000, la competencia será del Subdirector General de Protección y Asistencia Consular.
- Si la ayuda supera los 30.000 euros, la competencia es del Director General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares.

## **5. Especial referencia a la asistencia a personas detenidas y a víctimas de violencia de género**

En comparación a los países de nuestro entorno, España ha desarrollado una sensibilidad y una generosidad especial con el colectivo de detenidos españoles en el extranjero, lo que ha dado lugar a un conjunto de mecanismos, procedimientos de asistencia e incluso a una modalidad específica de ayuda. Igualmente, el compromiso de España con las víctimas de violencia contra la mujer está encontrando un reflejo particularizado también en la asistencia consular.

### *5.1. Asistencia a detenidos: datos, modos de asistencia, la ayuda específica para detenidos*

Un pilar de la asistencia consular a españoles en el exterior es la asistencia a detenidos españoles en cárceles extranjeras. Se trata de ciudadanos que han cometido un delito en el extranjero y se encuentran a la espera de sentencia o ya han sido condenados, con

<sup>3</sup> Subvención para la asistencia jurídica a ciudadanos españoles que afronten condenas de pena de muerte en el extranjero.

sentencia firme o no (lo importante es la situación objetiva de privación de libertad en el marco de un procedimiento penal).

A cierre de agosto de 2020, según los datos del MAEUEC, había 880 ciudadanos españoles detenidos en el extranjero. La cifra se ha reducido significativamente en la última década, gracias, entre otros motivos, a una serie de operativos colectivos de traslados. Aproximadamente un 90% de los detenidos son hombres, y entre un 60-70% está detenido por delitos relacionados con el tráfico de drogas. En cuanto a la distribución geográfica, las mayores concentraciones de detenidos se dan en América Latina y en países de nuestro entorno, como Francia, Alemania o Marruecos.

Ante la notificación de la detención de un español a la Oficina Consular (deber del Estado receptor según la Convención de Viena de 1963, si bien en muchas ocasiones la noticia llega de otras fuentes), la asistencia consular ha de seguir los siguientes pasos:

1. Tras la noticia de la detención, la Oficina Consular ha de solicitar una visita al detenido y recabar datos fundamentales, como el nombre, su documento de identidad o pasaporte (prueba de nacionalidad), datos relativos a la detención y posibles cargos que se imputen,...El detenido puede negarse a esta visita.
2. En la primera visita al detenido, que ha de solicitarse a las autoridades del Estado receptor a la mayor brevedad, el funcionario consular debe verificar o comprobar una serie de extremos:
  - a. El dato de la nacionalidad, si no se ha podido comprobar antes
  - b. Recabará el permiso del detenido sobre si quiere informar o no a familiares, amigos, ONGs,...
  - c. Deberá entregar al detenido una hoja en la que este exprese, si así lo desea, cuáles son sus necesidades y si tiene alguna petición especial sobre medios económicos, manutención, enfermedades,...
  - d. Deben recabarse todos los datos del preso que sean necesarios a efectos de inscribirle en el RMC.
  - e. Debe facilitársele al detenido una lista de abogados que pudieran interesarle para llevar su caso, pero no puede recomendarse a ninguno en concreto.
  - f. Para dejar prueba de la visita, el detenido habrá de firmar el libro de detenidos indicando fecha y hora de la visita.
3. Ha de valorarse, si así lo solicita el detenido, la posibilidad de entregarle una ayuda económica específica de la Orden 1059/2002, si éste no tuviera recursos y si las condiciones de la prisión en la que se encuentre no sean equiparables a las de las prisiones españolas, pues la ayuda a detenidos tiene por finalidad cubrir las diferencias que pudieran existir en manutención, asistencia sanitaria, abrigo, ...
4. Deben realizarse visitas a todos los detenidos de la demarcación consular una vez cada seis meses y una vez al año por el Jefe de la Oficina Consular, aunque nada impide que la periodicidad de las visitas sea mayor. Es posible dar apoyo y visitas a detenidos a través de la red de Consulados Honorarios.
5. Las Oficinas Consulares deben, además, realizar al comienzo de cada año un informe que remitirán a servicios centrales en el que evalúen las

condiciones carcelarias locales, incidiendo en la situación alimentaria, sanitaria, de aseo y salubridad. Igualmente, deberán comunicar a servicios centrales las detenciones de que tengan noticia, así como cualquier circunstancia relevante que afecte a los detenidos, y resúmenes de las visitas que realicen.

### 5.2. Asistencia a víctimas de violencia de género

La violencia de género -y, de manera más amplia, la violencia contra la mujer<sup>4</sup>- es una de las grandes lacras actuales a nivel global, pues ni siquiera las sociedades más desarrolladas y garantistas están libres de este problema. España ha demostrado una sensibilidad especial hacia esta cuestión y recientemente ha realizado esfuerzos por especializar y particularizar la atención consular que se presta a las mujeres españolas víctimas de violencia contra la mujer en el exterior, ya que pueden encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad por hallarse en un contexto social y cultural ajeno.

El tratamiento consular hacia este colectivo es una materialización de lo dispuesto en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Acción y Servicio Exterior del Estado (LAESE), que recoge la necesidad de promover la erradicación de la violencia de género y dar protección a la mujer víctima y a sus hijos.

El instrumento principal con el que contamos es el Protocolo de Actuación entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para la atención de las mujeres españolas víctimas de violencia de género en el exterior, firmado el 8 de octubre de 2015, al que de ahora en adelante nos referiremos como 'Protocolo Tripartito'<sup>5</sup>. Se trata de un documento programático (no es una ley ni un reglamento), que no comporta partidas presupuestarias propias ni incremento de gasto público, en el que se contienen una serie de compromisos de cada departamento. Dentro de los compromisos del MAEUEC constan:

- El dar asistencia consular a las víctimas
- Adelantar el coste de la repatriación a la mujer y sus hijos, cuando ello sea posible (se materializa a través de ayudas a la repatriación)
- Expedir pasaportes y salvoconductos y realizar gestiones y trámites administrativos, incluyendo actuaciones notariales, de manera preferente si la situación lo requiere.
- Introducir esta atención en la carta de servicios consulares e informar y orientar sobre los recursos asistenciales disponibles en cada demarcación.
- Formar al personal que atiende a este colectivo de manera específica
- Recopilar información sobre casos de violencia contra la mujer que afecten a ciudadanas españolas en el exterior a efectos estadísticos.

<sup>4</sup> Aunque en los inicios de esta forma de asistencia consular siempre se ha utilizado el concepto de violencia de género (así aparece, por ejemplo, en el Protocolo Tripartito), la experiencia consular ha aconsejado recurrir al concepto de violencia contra la mujer, que es el concepto comprendido en el Convenio de Estambul contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, que entró en vigor para España el 1 de agosto de 2014. La asunción de este último concepto permite extender la protección consular a los hijos de las víctimas directas así como, en ciertos casos, a otros familiares que puedan verse afectados por esa violencia.

<sup>5</sup> Las distintas reestructuraciones ministeriales hacen que de facto hoy intervengan cuatro ministerios en ese protocolo.

El Protocolo Tripartito prevé la constitución de una Comisión Mixta de Seguimiento, que da seguimiento a los compromisos del Protocolo.

En lo que hace a la protección y asistencia material de las víctimas españolas de violencia contra la mujer en el exterior, cabe destacar que esta no se materializa, en general, a través de unos instrumentos distintos de los de la protección consular tradicional. La especialización en el tratamiento de este colectivo especialmente vulnerable se ha dado por la vía de pautas específicas. Estas han sido recogidas en guías prácticas, distribuidas desde la DGEEAC a todas las Oficinas Consulares de España en el exterior. Para coordinar las actuaciones de protección y asistencia consular en los casos de violencia de género en el exterior se ha creado la figura de la Coordinadora para la Violencia contra la Mujer en el Exterior dentro de la estructura de la DGEEAC.

## **6. Traslado de personas condenadas**

### *6.1. Procedimiento general*

Los españoles condenados a pena de prisión por sentencia firme en el extranjero pueden ser trasladados a España para terminar de cumplir sus condenas. Para ello, es necesario que exista un convenio entre el Estado de condena y España, que puede ser un convenio bilateral o multilateral (en este sentido, el Convenio 112 del Consejo de Europa sobre Traslado de personas condenadas).

A salvo de las particularidades establecidas en cada convenio, para que el traslado de una persona condenada sea posible, es necesario que el procedimiento se inicie con una solicitud del interesado, la persona condenada, y que concurren las autorizaciones correspondientes del Estado de cumplimiento y del Estado de condena. No existe como tal un derecho del condenado a ser trasladado, sino sólo el derecho a solicitarlo. En cualquier caso, si los dos Estados implicados autorizasen el traslado, los españoles condenados en el Estado de condena, podrían ser trasladados a España (Estado de cumplimiento) para terminar de cumplir su pena de prisión.

En los procedimientos de traslado, la autoridad gubernativa es quien tiene que autorizar en cada Estado, en última instancia, el traslado: en España la autorización del traslado es acordada por el Consejo de Ministros. En el procedimiento que precede a la autorización, las autoridades recaban toda la documentación necesaria y mantienen contactos con las autoridades gubernativas y penitenciarias del Estado de condena. El Estado de cumplimiento puede optar por dos sistemas para que el condenado termine de cumplir su pena una vez trasladado:

- El Estado de cumplimiento asume la ejecución de la condena en el Estado de condena en los términos en que se haya dictado (principio de prosecución).
- El Estado de cumplimiento convierte la condena según las equivalencias en su sistema interno (principio de conversión).

### *6.2. Procedimiento en la UE*

La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, traspuso al Derecho español la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal, por las que se imponen penas u otras medidas privativas de

libertad a efectos de su ejecución en la UE. En concreto, el Título III de la Ley 23/2014 tiene por objeto las resoluciones para el cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad.

Esta Decisión Marco permite que una resolución condenatoria por la que se impone a una persona física una pena privativa de libertad sea ejecutada en otro Estado miembro cuando ello contribuya a facilitar la reinserción del condenado y, en muchos casos, sin necesidad de consentimiento del condenado. Con el nuevo procedimiento, se sustituyen las antiguas comunicaciones entre las Autoridades Centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, quienes deben completar un formulario o certificado para la transmisión de una resolución a otro EM. Los ciudadanos españoles condenados en un país de la UE que también haya implementado la Decisión Marco (como Alemania) deberán solicitar el traslado a través de las autoridades competentes del Estado de emisión, quienes enviarán el certificado y el resto de la documentación para el reconocimiento y ejecución de su condena en España. La autoridad competente en España para reconocer y acordar la ejecución de una resolución es el Juez Central de lo Penal (para llevar a cabo la ejecución es competente el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria). Ni el Ministerio de Justicia ni el MAEUEC intervienen en la tramitación de los traslados en el ámbito de la UE.

Esta Decisión Marco viene a sustituir las disposiciones correspondientes de los siguientes convenios aplicables en las relaciones con los Estados miembros, como, entre otros, las del Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas de 21 de marzo de 1983 y su Protocolo Adicional de 18 de diciembre de 1997.

## **7. Prevención y gestión de situaciones de emergencia**

### *7.1 Concepto de emergencia y tipos*

No existe una definición cerrada de lo que es una emergencia consular, dado que un mismo problema que afecte a un ciudadano español puede resultar más o menos grave en función, por ejemplo, de las capacidades sanitarias o de asistencia social de un país. Por lo general, nos encontramos ante una emergencia consular cuando la situación pone en peligro la vida, la integridad física o afecta gravemente a los intereses de un ciudadano español en el extranjero.

Las emergencias consulares pueden ser de dos tipos:

- Individuales, cuando afectan a un individuo, familia, o grupo reducido de personas
- Crisis o grandes crisis, cuando el grupo de afectados es numeroso (catástrofes naturales, accidentes, pandemias, ...).

Cabe destacar que desde la aprobación de la Directiva 2015/637, de asistencia a nacionales de la UE no representados (traspuesta en España por RD 561/2019), los Estados de la UE asumen la asistencia consular de ciudadanos comunitarios no representados en un tercer Estado, que ha de prestarse en igualdad de condiciones respecto a los nacionales. Esta representación puede asumirse de dos maneras: se invoca directamente frente a un Estado miembro que sí cuente con representación en ese tercer Estado, o mediante acuerdos de reparto de cargas consulares entre los Estados miembros representados.

### *7.2. Órganos competentes*



La DGEEAC cuenta con una unidad específica para tratar situaciones de emergencia desde 2004 (año en que tuvo lugar el tsunami en el Índico y que afectó a numerosos turistas españoles), aunque la actual División de Emergencia Consular (DEC) se creó en 2007.

La DEC es una unidad activa las 24 horas, los siete días de la semana, durante todos los días del año. La mayor parte de los casos en que interviene son emergencias individuales (accidentes, secuestros, desapariciones, ...), prestando apoyo y coordinación a las Oficinas Consulares en la gestión de estas emergencias, pues son estas Oficinas Consulares las competentes para realizar materialmente las labores de asistencia. En las grandes crisis (como en conflictos bélicos o durante la pandemia del coronavirus), la DEC coordina a todas las Oficinas Consulares, pero también se ocupa de la coordinación interna intra-departamental e inter-departamental.

Cuando surge un escenario de crisis o gran crisis y el Subsecretario así lo decide, puede abrirse la Sala de Crisis de la DEC, que es un servicio de atención telefónica 24 horas para atender a los afectados por la crisis o sus familiares.

Por su parte, el artículo 40 de la LAESE establece que en caso de graves crisis (bélicas, de seguridad, desastres naturales o emergencias sanitarias, entre otras) que requieran la coordinación de distintos organismos de la Administración General del Estado, el Consejo de Política Exterior constituirá en su seno un grupo de emergencia consular, presidido por el Ministro de Asuntos Exteriores.

## 7.2. Instrumentos frente a crisis en el exterior

Los instrumentos con los que cuenta el MAEUEC ante las crisis consulares pueden ser preventivos o reactivos o de gestión.

### 7.2.1. Instrumentos preventivos

- Recomendaciones de viaje. Son documentos que se publican en la web del MAEUEC e informan a los ciudadanos españoles de las condiciones de un determinado país (requisitos de documentación, situación de seguridad, salud, divisas, ...), para que las conozcan antes de emprender un viaje. No tienen carácter vinculante.
- Campañas informativas, como la campaña ‘Viaja seguro’, en la que el MAEUEC trata de sensibilizar a los potenciales turistas sobre las precauciones que han de tomarse antes de viajar al extranjero, así como de aclarar cuáles son los servicios consulares que se pueden prestar.
- Registro de Viajeros, al que se ha hecho referencia anteriormente.
- Elaboración de Planes de Emergencia y Concentración.
- Sistema “España Contigo”, por el que todos los viajeros españoles en el exterior reciben un sms al llegar al país de destino. En él, se proporciona un número de teléfono de emergencias consulares operativo las 24 horas del día (teléfono que gestiona la Oficina Consular competente en ese territorio).

### 7.2.2. Instrumentos reactivos o para la gestión de crisis

- Actualización de recomendaciones de viaje a medida que avanza y se desarrolla la crisis, endureciendo, en su caso, sus términos. En último término, se llega a recomendar abandonar un país o una zona.

- Ejecución de los Planes de Emergencia y Concentración. En ellos se organizan fundamentalmente los medios y mecanismos para regular el movimiento de personas evacuables. En caso necesario, las Embajadas ejecutan el plan de concentración y desde España se establecen, si procede, los medios. La decisión última de evacuar españoles corresponde al Presidente del Gobierno, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores

### 7.3. Grandes emergencias en territorio nacional

Ha de destacarse que el MAEUEC también funciona como punto de contacto con las representaciones diplomáticas acreditadas en España en los casos de grandes emergencias en territorio nacional que afecten a ciudadanos extranjeros.

## 8. Conclusión

La presencia de ciudadanos españoles en el exterior crece significativamente en los últimos tiempos y, con ello, las situaciones complejas que les pueden afectar y que pueden requerir de algún tipo de asistencia consular.

La reciente pandemia del coronavirus ha puesto de relieve la importancia de la labor consular en la asistencia a los españoles en el exterior, labor que encuentra sus lógicos límites en el hecho de tener que desarrollarse en el territorio de otros Estados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Textos legales:
  - Artículos 11-13 Constitución Española
  - Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963
  - Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado
  - Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior
  - Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, sobre inscripción de los españoles en los Registros de Matrícula de las Oficinas Consulares en el extranjero
  - Artículo 75 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
  - Real Decreto 1621/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero
  - Real Decreto 1960/2009, de 18 de diciembre, por el que se regulan los Consejos de Residentes Españoles en el Extranjero
  - Orden AEX 1059/2002, de 25 de abril, de bases reguladoras de las ayudas de protección y asistencia consulares en el extranjero
  - Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE
  - Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea
- Manuales:
  - *Derecho consular. Guía práctica de los Consulados de España*, José Torroba

**Tema 38**

**El sistema español de extranjería. Los derechos de las personas extranjeras en España. Régimen de entrada, documentación, estancia, residencia y salida de las personas extranjeras en España. Régimen de entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos y ciudadanas de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El derecho a la protección internacional.**

Sumario: 1. El sistema español de extranjería: 1.1. Concepto. 2.2. Antecedentes. 2.3. Regulación actual. 2.4. Regímenes. 2. Los derechos de las personas extranjeras en España. 3. Régimen general de entrada, documentación, estancia, residencia y salida de las personas extranjeras en España: 3.1. Entrada: 3.1.1. Requisitos y documentación. 3.1.2. Denegación de entrada. 3.2. Situaciones administrativas del extranjero en España 3.2.1. Estancia. 3.2.2. Residencia: 3.2.2.1. Residencia temporal. 3.2.2.2. Residencia de larga duración. 3.4. Salida. 4. Régimen especial de entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos y ciudadanas de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. 4.1. Ámbito de aplicación. 4.2. Derechos. 4.3. Entrada. 4.4. Situaciones administrativas: 4.4.1. Estancia. 4.4.2. Residencia: 4.4.2.1. Residencia temporal. 4.4.2.2. Residencia Permanente. 5. El derecho a la protección internacional: 5.1. Antecedentes. 5.2. Regulación actual. 5.3. Conceptos: 5.3.1. El derecho de asilo. 5.3.2. La protección subsidiaria. 5.4. Reglas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional: 5.4.1. Solicitud. 5.4.2. Derechos y condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional. 5.4.3. Tramitación. 5.4.4. Resolución: 5.4.4.1. Concesión de la protección internacional. 5.4.4.2. Cese y revocación. 5.4.4.2. Denegación.

**1. El sistema español de extranjería.***1.1. Concepto*

El Derecho español de extranjería, competencia estatal de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2ª de la Constitución española, está constituido por el conjunto de normas relativas a la entrada, la permanencia y la salida de los extranjeros del territorio español y a los derechos de los que éstos gozan en España, considerándose extranjero, toda persona que carezca de la nacionalidad española

*2.2. Antecedentes*

Tradicionalmente, España ha sido un país de emigración, por lo que la producción legislativa se había centrado en este ámbito, mientras que la legislación relativa a la extranjería era fragmentaria.

Así, el ordenamiento jurídico español careció de una norma que, con pretensión de generalidad, recogiese, formulase y sintetizase los principios que debían informar la situación de extranjería, hasta la aprobación de Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros. No obstante, las deficiencias de la Ley, demasiado restrictiva en materia de derechos de los extranjeros con motivo del futuro ingreso de España en la entonces Comunidad Europea, y la transformación del fenómeno migratorio en España desde finales de los años 1980, mostraron la necesidad de una nueva ley adaptada a las circunstancias.

### 2.3. Regulación actual

En la actualidad, el Derecho español de extranjería está constituido por:

- a) Régimen general:
  - Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LO).
  - 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 (en adelante, ROEX).
- b) Regímenes especiales:
  - Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a las personas emprendedoras y su internacionalización.
  - Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.
  - Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y Suiza.<sup>1</sup>
  - Normas de Derecho Internacional público a: agentes diplomáticos y funcionarios consulares acreditados en España y demás miembros de Misiones permanentes, funcionarios destinados en Organizaciones internacionales con sede en España o miembros de las Delegaciones ante éstas o ante Conferencias internacionales; así como los familiares de los anteriores.

## 2. Los derechos de las personas extranjeras en España.

El artículo 13.1 de la Constitución española establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su título I, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.

El artículo 3 LO completa este precepto, añadiendo que estos derechos y libertades se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados y acuerdos internacionales sobre la materia vigentes en España, sin que pueda

<sup>1</sup> Que transpone la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

En relación con el ejercicio de estos derechos, el artículo 3 LO dispone, además, que, como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles. No obstante, en el Derecho español de extranjería resulta aceptada la distinción entre los derechos civiles, de una parte, y las libertades públicas, de otra en cuanto al alcance del reconocimiento a los extranjeros.

Respecto de los primeros, se reafirma la idea de equiparación entre españoles y extranjeros, prevista en el artículo 27 del Código Civil. Sin embargo, en lo que respecta a las libertades públicas, la doctrina del TC, a partir de la STC 107/1984 de 23 de noviembre, ha ido delimitando progresivamente tres grupos de derechos:

- a) Derechos que corresponden a extranjeros y españoles en idénticos términos (estándar mínimo internacional) porque su respeto es esencial para la dignidad humana, entre otros: el derecho a la vida y a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar, a la libertad ideológica, religiosa y de culto o la tutela judicial efectiva.

En este sentido, la LO reconoce una serie de derechos a todos los extranjeros independientemente de su situación administrativa, regular o irregular como: el derecho a la documentación; a la asistencia sanitaria de urgencia, plena a inscritos en el padrón municipal, menores y embarazadas durante el embarazo, parto y posparto; a la enseñanza obligatoria, a los servicios sociales básicos, a la tutela judicial efectiva y a la asistencia jurídica gratuita.

- b) Un segundo grupo de derechos, respecto de los que el legislador puede, dentro del contenido mínimo garantizado por la Constitución, establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio por parte de extranjeros, por ejemplo:
  - i. Estar en situación administrativa regular para poder ejercer: el derecho a la libre circulación, reunión y manifestación, asociación, al trabajo y la Seguridad Social, de sindicación y de huelga.
  - ii. Ser residente en España para beneficiarse de: el derecho a la educación no obligatoria, ayudas en materia y vivienda y la reagrupación familiar.
- c) Un tercer grupo de derechos, los derechos políticos, cuya titularidad y ejercicio están exclusivamente reservados a españoles. Se exceptúa el sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, donde podrá concederse el derecho por tratado o por ley atendiendo a criterios de reciprocidad.

### **3. Régimen general de entrada, documentación, estancia, residencia y salida de las personas extranjeras en España.**

#### *3.1. Entrada*

##### **3.1.1. Requisitos y documentación**

Todo extranjero que pretenda entrar en España deberá cumplir los siguientes requisitos (artículo 25 LO y 4 ROEX):

- a) Hacerlo por los puestos habilitados al efecto.

- b) Hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje en vigor, con validez mínima de tres meses posteriores a la fecha prevista de salida del territorio Schengen y expedido dentro de los diez años anteriores a la fecha de entrada.
- c) Estar en posesión de un visado válido, cuando éste sea exigible, en los términos establecidos en el artículo 7 ROEX.
- d) Presentar los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de entrada y estancia, determinados en el artículo 8 ROEX.
- e) Acreditar, en su caso, medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el periodo de permanencia en España, o estar en condiciones de obtenerlos, en los términos establecidos en el artículo 9 ROEX.
- f) Presentar, en su caso, el certificado sanitario de conformidad con el Reglamento Sanitario Internacional de 2005, al que se refiere el artículo 10 ROEX.
- g) No estar sujeto a prohibición expresa de entrada en España, por las causas dispuestas en el artículo 11 ROEX, por ejemplo: por haber sido previamente expulsado del país.
- h) No suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido.

Si la documentación presentada es hallada conforme y no existe ninguna prohibición para la entrada del titular, se estampará en el pasaporte el correspondiente sello de entrada por las autoridades fronterizas (artículo 12 ROEX).

### 3.1.2. Denegación de entrada

En caso de no cumplir los requisitos anteriormente mencionados, las autoridades fronterizas denegarán la entrada mediante resolución motivada, informando acerca de los recursos que, tanto vía administrativa como jurisdiccional, puedan interponerse contra ella, así como el plazo para hacerlo, el órgano ante el que deban formalizarse, su derecho a la asistencia letrada y, en su caso, a intérprete (artículo 15 ROEX).

## 3.2. Situaciones administrativas del extranjero en España

Los extranjeros podrán encontrarse en España en situación de estancia o residencia (artículo 29 LO).

### 3.2.1. Estancia

Se halla en situación de estancia de corta duración el extranjero que no sea titular de una autorización de residencia y se encuentre autorizado para permanecer en España por un período de tiempo no superior a 90 días, por semestre (artículo 30 LO y 28 ROEX).<sup>2</sup> Transcurrido dicho tiempo máximo, será preciso obtener una prórroga de estancia o un permiso de residencia para permanecer en España.

El régimen de exigencia de visados de estancia de corta duración en el Espacio Schengen se encuentra comunitarizado y regulado por el Código comunitario sobre visados,

<sup>2</sup> Sin perjuicio de las autorizaciones de estancia por estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, superiores a noventa días, reguladas en los artículos 37 y siguientes ROEX.

establecido por Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009.

Así, los nacionales de terceros países que deseen entrar en el Espacio Schengen con fines de estancia, necesitarán visado de estancia de corta duración (artículo 29 ROEX), dependiendo de su nacionalidad, de acuerdo con el Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018.

### 3.2.2. Residencia

Son residentes los extranjeros titulares de una autorización de residencia, ya sea temporal o de larga duración (artículo 30 bis LO).

#### 3.2.2.1. Residencia temporal

La residencia temporal es aquella que autoriza a permanecer en España para residir, residir y trabajar, estudiar o investigar, en función del tipo de autorización de la que sean titulares, por un período superior a 90 días e inferior a cinco años (artículo 31 LO).

Toda autorización inicial de residencia temporal tendrá una vigencia máxima de un año pero su eficacia quedará supeditada a la expedición del correspondiente visado de larga duración que permita la entrada del extranjero en España y a la efectiva entrada. Transcurrida esta vigencia, las autorizaciones de residencia temporal podrán renovarse, a petición del interesado, por periodos de dos años.

Concedida la autorización, expedido el correspondiente visado de larga duración y una vez efectuada la entrada, el titular deberá solicitar personalmente, en el plazo de un mes, ante la Oficina de Extranjería, su Tarjeta de Identidad de Extranjero (en adelante, TIE).

Además de las modalidades de autorización inicial de residencia temporal enumeradas en el artículo 45 ROEX, la Administración podrá conceder autorización de residencia temporal por otras causas como: arraigo (laboral, social o familiar); razones humanitarias; protección internacional (artículos 123 y siguientes ROEX); o violencia de género (artículos 131 y siguientes ROEX).

#### 3.2.2.2. Residencia de larga duración.

La autorización de residencia de larga duración autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles, teniendo acceso a ella los que hayan residido temporalmente en España durante cinco años de forma continuada (artículos 32 LO y 147 ROEX).

Concedida la autorización de residencia de larga duración, los titulares deberán solicitar la renovación de la TIE cada cinco años, perdiendo este derecho de residencia por ausencia del territorio español durante más de seis meses consecutivos (artículo 148 ROEX).

### 3.4. Salida

Las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, como regla general.

Las salidas serán obligatorias, en los siguientes casos (artículo 28 LO):

- a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal.
- b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa:

- i. Expulsión del territorio (art. 57 y 58 LO), previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción, por dos supuestos:

- Por la comisión de las infracciones tipificadas como muy graves en el artículo 54 o las graves enumeradas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa.
- Cuando el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

La expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un máximo de cinco años, con carácter general.

La expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución, o afecte a las mujeres embarazadas en riesgo.

- ii. Devolución (art. 58.3 LO), en el plazo de 72 horas, sin necesidad instruir de expediente de expulsión para:

- Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.
- Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

En el supuesto de que se formalice una solicitud de protección internacional, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya resuelto la misma desfavorablemente.

- c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.
- d) Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario.

Excepcionalmente, el Ministro del Interior podrá prohibir la salida del territorio español de determinados individuos por razones de seguridad nacional o de salud pública (artículo 22 ROEX).

#### **4. Régimen especial de entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos y ciudadanas de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.**

##### *4.1. Ámbito de aplicación*

El régimen especial aplicable a la libre circulación de los ciudadanos de Estados Miembros de la UE, nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, se encuentra regulado en Real Decreto 240/2007.



Este derecho se extiende a los siguientes familiares, cualquiera que sea su nacionalidad, de los ciudadanos anteriores, cuando les acompañen o se reúnan con ellos en España (artículo 2):

- a) Cónyuge
- b) Pareja con la que se mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público.
- c) Descendientes directos, también del cónyuge o pareja, menores de veintiún años, o mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o con discapacidad.
- d) Ascendientes directos, también del cónyuge o pareja.
- e) Otros miembros de la familia (artículo 2 bis):
  - i. Que acrediten, de forma fehaciente:
    - 1.º Que, en el país de procedencia, estaban a cargo del ciudadano de la Unión o vivían con él.
    - 2.º Que, por motivos graves de salud o discapacidad, es estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo de su cuidado personal.
  - ii. La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el apartado 4.b) de este artículo.

Este régimen es igualmente aplicable a la reagrupación, por ciudadanos españoles, de sus familiares, cualquiera que sea su nacionalidad.

#### 4.2. Derechos

Los beneficiarios del de este régimen tienen derecho a (artículo 3):

- a) Entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública (artículo 15).
- b) Acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles.

#### 4.3. Entrada

Para entrar en España será necesario presentar (artículo 4):

- a) Pasaporte o documento de identidad, válido y en vigor, en el que conste la nacionalidad del titular.
- b) El correspondiente Visado de Familiar de Comunitario para aquellos miembros de la familia, nacionales de terceros Estados, sometidos a la obligación de visado, de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018. La tramitación de este visado será gratuita y de tramitación preferente.

#### 4.4. Situaciones administrativas:

##### 4.4.1. Estancia

Al igual que en el régimen general, el régimen de estancia se aplicará en los supuestos en los que la entrada en España se realice para una permanencia, cualquiera que sea su finalidad, de duración inferior a tres meses español.

#### 4.4.2. Residencia

##### 4.4.2.1. Residencia temporal

En caso de querer residir por un período superior a tres meses en España, tanto los ciudadanos de la Unión, como sus familiares, cualquiera que sea su nacionalidad, deben pertenecer a alguna de las siguientes categorías (artículo 7.1):

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España; o
- b) Si no se ejerce actividad laboral en España: disponer de recursos suficientes para su mantenimiento y seguro de enfermedad; o
- c) Ser estudiante y estar matriculado en un centro público o privado, contar con un seguro de enfermedad y con recursos suficientes.

Los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo estarán obligados a solicitar personalmente, ante la Oficina de Extranjería de la provincia donde pretendan fijar su residencia, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros, en el plazo de tres meses desde su entrada en España (artículo 7.5). Los familiares nacionales de terceros países deberán solicitar su “Tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión” (artículo 8).

##### 4.4.2.2. Residencia Permanente

Son titulares del derecho a residir con carácter permanente los ciudadanos que hayan residido legalmente en España, con carácter general, durante un período continuado de cinco años (artículo 10).

Los nacionales de otro Estado miembro de la Unión europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o Suiza, deberán solicitar su certificado de residencia permanente y sus familiares nacionales de terceros países, su “Tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión”.

En todo caso, se perderá el derecho de residencia permanente por ausencia del territorio español durante más de dos años consecutivos.

## 5. El derecho a la protección internacional.

### 5.1. Antecedentes

La vigente regulación del derecho de protección internacional en España, al margen de antecedentes históricos de limitada trascendencia práctica que se remontan al siglo XIX, data de 1984, año en que la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, vino a desarrollar el mandato contenido en el apartado cuatro del artículo 13 de la Constitución.

### 5.2. Regulación actual.

Actualmente, el derecho a la protección internacional se encuentra regulado en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria,

que establece las condiciones en que las personas nacionales de terceros países y apátridas podrán gozar, en España, de protección internacional, constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional (artículo 1).

### 5.3. *Conceptos*

#### 5.3.1. El derecho de asilo

El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios y apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley, y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

Sin embargo, la condición de refugiado se ha ido ampliando con el paso del tiempo para englobar otras circunstancias no contenidas en los textos anteriores, en los que se genera una huida masiva de personas debido a guerras o desastres naturales.

#### 5.3.2. La protección subsidiaria.

El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a los nacionales no comunitarios y apátridas que no reúnen los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se dan motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen (o de residencia habitual, en el caso de los apátridas) se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, no pudiendo o, a causa de dicho riesgo, no queriendo, acogerse a la protección del país de que se trate.

### 5.4. *Reglas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional*

#### 5.4.1. Solicitud

El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud (artículo 17):

- a) Si el extranjero llega a España y no puede entrar en territorio español: en el puesto fronterizo.
- b) Si ya está en España, y en el plazo de un mes desde la entrada en España o desde que se produzcan los acontecimientos en que se justifique la solicitud, ante: la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), cualquier Oficina de Extranjería, Comisaría de Policía autorizada, o Centros de Internamiento de Extranjeros.
- c) Excepcionalmente, en el extranjero: ante las Embajadas y Consulados de España, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación y corra peligro su integridad física (artículo 38).

#### 5.4.2. Derechos y condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional

Los solicitantes de protección internacional se benefician, entre otros, del derecho (artículo 18):

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;

- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR, quien podrá informarse de la situación de los expedientes y presentar informes para su inclusión en el expediente;
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;
- e) a la atención sanitaria y acceso a los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad.

#### 5.4.3. Tramitación

El Ministro del Interior, a propuesta de la OAR, podrá, mediante resolución motivada, no admitir a trámite las solicitudes cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 10.

En caso de ser admitida a trámite la solicitud, el órgano competente para su tramitación es la OAR que, una vez finalizada la instrucción de los expedientes, los elevará a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR).

La CIAR es el órgano colegiado adscrito al Ministerio del Interior, compuesto por un representante de cada uno de los Ministerios con competencia en política exterior e interior, justicia, inmigración, acogida de los solicitantes de asilo e igualdad, que, y por representantes de ACNUR, encargado de formular propuesta de resolución al Ministro del Interior, quien será el competente de resolver.

#### 5.4.4. Resolución

##### 5.4.4.1. Concesión

La concesión por el Ministro del Interior del derecho de asilo o protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra de 1951, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, que incluyen, entre otros (artículo 36):

- a) la protección contra la devolución;
- b) la autorización de residencia y trabajo permanente, en los términos que establece la Ley Orgánica 4/2000;
- c) la expedición de documentos de identidad y viaje;
- d) el acceso a los servicios públicos de empleo;
- e) el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, en su caso, a la seguridad social y a los programas de integración, en las mismas condiciones que los españoles;
- f) la libertad de circulación;
- g) el mantenimiento de la unidad familiar, a través del derecho de extensión del asilo o la protección subsidiaria a los familiares del beneficiario, en los términos establecidos en los artículos 40 y 41.

##### 5.4.4.2. Cese y revocación

El cese del estatuto de refugiado se producirá por alguna de las causas enumeradas en el artículo 42, entre éstas: b) cuando el interesado se haya acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad. El cese de la protección subsidiaria, esta se producirá, entre otros supuestos enumerados en el artículo 43: b) cuando la persona beneficiaria haya abandonado el territorio español y fijado su residencia en otro país.

Finalmente, procederá la revocación del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria, en los términos establecidos en el artículo 44, cuando, entre otros: b) la persona beneficiaria haya tergiversado u omitido hechos, incluido el uso de documentos falsos, que fueron decisivos para la concesión del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria.

#### 5.4.4.2. Denegación

No obstante, la no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional implicarán, salvo supuestos excepcionales y según corresponda: el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo del extranjero (artículo 37).

Todas las resoluciones del Ministerio del Interior pondrán fin a la vía administrativa, y serán susceptibles de recurso de reposición con carácter potestativo y de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

**Tema 39**

**Los visados de corta duración (I). Visado de corta duración y visado uniforme. El Acuerdo de Schengen y su Convenio de aplicación. Las condiciones de entrada para el cruce de fronteras. El Código de visados. Clases de visados de corta duración, con especial referencia al visado de estancia y al de tránsito aeroportuario. Exigencia o exención de visado de estancia. Exigencia o exención de visado de tránsito aeroportuario. Régimen de circulación para los titulares de pasaportes diplomáticos o de servicio u oficiales.**

Sumario: 1. Visado de corta duración y visado uniforme. 2. El Acuerdo de Schengen y su Convenio de aplicación. 2.1. Génesis del mecanismo de Schengen. 2.2. El espacio Schengen. 3. Las condiciones de entrada para el cruce de fronteras. 4. El Código de visados. 5. Clases de visados de corta duración. 5.1. Visado de estancia. 5.2 Visado de tránsito aeroportuario. 5.3. Visado de entrada para familiar de ciudadano de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza. 5.4. Visado de validez territorial limitada. 5.5. Visado en frontera. 6. Exigencia o exención de visado de estancia. 7. Exigencia o exención de visado de tránsito aeroportuario. 8. Régimen de circulación para los titulares de pasaportes diplomáticos o de servicio u oficiales.

**1. Visado de corta duración y visado uniforme**

El visado es una autorización de un Estado extendida sobre un pasaporte u otro documento de viaje admitido como válido a los efectos de la circulación transfronteriza.

Un visado de corta duración habilitará a su titular para presentarse en un puesto fronterizo exterior del Estado que lo expidió (o de otro, asociado a este, si lo dispone un acuerdo internacional, como ocurre con el mecanismo de Schengen) y, bien solicitar la entrada en su territorio para permanecer en él o recorrerlo por un breve período de tiempo (o, cuando esté previsto, en el de sus socios), bien pasar por la zona de tránsito internacional de sus aeropuertos, siempre que reúna las demás condiciones para ello. El visado documentará al extranjero mientras dure su estancia o su tránsito.

En el ámbito de la UE, el visado de corta duración será uniforme cuando autorice a su titular, conseguida la entrada en un Estado Schengen, a moverse por la totalidad del espacio común. En cambio, no será uniforme cuando su validez se limite exclusivamente al territorio de uno o varios de ellos.

La posesión de un visado no confiere, por sí misma, a su titular un derecho automático ni irrevocable de entrada o tránsito.

## 2. El Acuerdo de Schengen y su Convenio de aplicación

### 2.1. Génesis del mecanismo de Schengen

El Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, firmado por Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, dio un impulso definitivo a la aspiración comunitaria de instaurar un régimen de libre circulación de personas y crear una zona común que coadyuvase a la cooperación policial, la asistencia judicial penal y la colaboración en materia de asilo, extradición y traslado de personas condenadas.

Los mismos cinco Estados suscribieron, en la misma ciudad luxemburguesa, el 19 de junio de 1990, el Convenio de Schengen, que definió más en detalle las condiciones y garantías para la puesta en práctica de la libre circulación de personas.

En respuesta al temor de que la movilidad incontrolada de personas diera lugar a abusos, el Convenio incluyó una serie de medidas compensatorias relativas a:

- a) Fronteras exteriores (armonización de los requisitos de entrada en el espaciocomún y regulación de las estancias de los nacionales de terceros países).
- b) Asilo (fijación de pautas para determinar la responsabilidad del examen de las solicitudes presentadas).
- c) Inmigración (cooperación para vigilar los puestos fronterizos).
- d) Lucha contra la delincuencia en los planos judicial y penal.

Para coordinar los servicios de policía, aduanas y justicia de cada Estado se estableció, en el Título IV del Convenio, un instrumento telemático con el que intercambiar datos sobre la identidad de ciudadanos extranjeros y sobre objetos o vehículos buscados: el Sistema de Información de Schengen (SIS). En él figuran las listas de personas no admisibles en cada uno de los Estados del espacio sin fronteras interiores, para visados de corta o larga duración.

A los signatarios primigenios se fueron sumando Italia, en 1990; España y Portugal, en 1991; Grecia, en 1992; Austria, en 1995; Suecia, Finlandia y Dinamarca, en 1996, e Islandia y Noruega, en 1999.

El Convenio de Schengen entró en vigor el 1 de septiembre de 1993, pero su aplicación práctica tuvo que posponerse hasta que el 26 de marzo de 1995 Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, España y Portugal lograron reunir los requisitos jurídicos y técnicos indispensables para abrir sus fronteras interiores (suprimiendo de ellas los controles, que se trasladaron a los puestos fronterizos exteriores del espacio común).

Un Protocolo anejo al Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, integró las innovaciones aportadas por Schengen en la Unión Europea, de forma que la cooperación en el contexto del acervo común pasó a llevarse a cabo dentro de su marco jurídico e institucional.

Siguieron adhiriéndose otros Estados, bien por su ingreso en la Unión (Polonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Malta y Chipre, en 2004; Rumanía y Bulgaria, en 2007, y Croacia, en 2013), bien al suscribir acuerdos de asociación a la ejecución, aplicación y desarrollo de las disposiciones de Schengen (Suiza en 2004 y Liechtenstein en 2008).

## 2.2. El espacio Schengen

Lo integran Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia y Suiza.

Ceuta y Melilla gozan de un régimen especial que no permite considerarlas parte del espacio común, pues España mantiene en el resto de su territorio controles sobre los viajeros procedentes de ellas. Las islas Canarias, en cambio, sí están integradas en Schengen. Gibraltar también, desde la entrada en vigor del acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido.

En caso de amenaza grave para el orden público o la seguridad nacional de un Estado Parte, sus autoridades podrán restablecer temporalmente los controles en sus fronteras interiores, durante un período limitado, debiendo informar de ello al Consejo, a la Comisión Europea, al Parlamento Europeo y a los demás Estados (artículos 25 a 35 del *Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016* o Código de fronteras Schengen).

Un extranjero que haya accedido regularmente al espacio común o resida legalmente en él podrá, en principio, circular libremente por el territorio de todos los Estados Parte durante un máximo de 90 días cada 180. Dentro de este margen, el límite temporal de estancia para un extranjero sujeto al visado dependerá de las fechas de validez y del número de días que les sean autorizados, según consten en la etiqueta expedida. En cuanto al extranjero exento de visado, cada Estado podrá prolongar su permanencia en su propio territorio más allá de 90 días, por motivos excepcionales o en cumplimiento de acuerdos bilaterales anteriores a la entrada en vigor del Convenio de Schengen.

Los ciudadanos de la UE que dispongan de un documento de identidad o un pasaporte válidos gozarán de un derecho primario e individual a residir y circular libremente por el territorio de cualquier Estado miembro, sin necesidad de visado alguno. Este régimen es también aplicable a los nacionales de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza.

Según la *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004*, ciertos extranjeros emparentados con ciudadanos europeos disfrutarán de similares privilegios que estos últimos cuando acrediten ser beneficiarios del derecho de la Unión, ejercitando su prerrogativa de libre circulación y residencia (por viajar acompañando al ciudadano europeo o para reunirse con él), aunque podrán verse forzados a estar provistos de visado según su nacionalidad o si son refugiados o apátridas. En España, esto



viene regulado en el *Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero*, ampliado por el *Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre*.

Los familiares susceptibles de acogerse a este régimen son:

- a) El cónyuge, también del mismo sexo, si no ha recaído acuerdo o declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.
- b) La pareja con la que se mantenga una unión análoga a la conyugal, inscrita en un registro público de un Estado de la UE, del resto del Espacio Económico Europeo o de Suiza.
- c) La pareja de hecho con la que se mantenga una relación estable debidamente probada.
- d) Los descendientes directos menores de 21 años o a cargo, y los del cónyuge o la pareja registrada.
- e) Los ascendientes directos a cargo, y los del cónyuge o la pareja registrada.
- f) Los progenitores de un ciudadano europeo menor de edad que viva a cargo de ellos.
- g) Otros familiares, sin restricción predeterminada, que en el país de procedencia estén a cargo o vivan con el ciudadano europeo, o que sea estrictamente necesario, por motivos graves de salud o de discapacidad, que este se haga cargo de su cuidado personal.

### **3. Las condiciones de entrada para el cruce de fronteras**

En los puestos fronterizos exteriores del espacio común se verifica si los extranjeros, estén o no sometidos al requisito del visado, cumplen las condiciones de entrada del artículo

6.1 del Código de fronteras Schengen:

- a) Hallarse en posesión de un documento de viaje válido.
- b) Portar un visado, cuando lo exija la normativa, salvo que sean titulares de un permiso de residencia o un visado de larga duración válidos.
- c) Justificar el objeto y las condiciones de la estancia prevista.
- d) Disponer de medios de subsistencia suficientes o estar en condiciones de obtenerlos legalmente.
- e) No estar inscritos como no admisibles en el SIS.
- f) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados, ni, en particular, figurar como inadmisibles en las bases de datos internas de ningún Estado por iguales circunstancias.

#### 4. El Código de visados

La *Instrucción Consular Común* agrupó, hasta el 5 de abril de 2010, las reglas sobre los procedimientos de tramitación y expedición de los visados de corta duración válidos para el territorio de todos los Estados Parte o de validez territorial limitada.

En el Programa de La Haya, de 4 y 5 de noviembre de 2004, el Consejo Europeo invitó a la Comisión a reexaminar la Instrucción con la mayor celeridad posible. De la labor codificadora y recopilatoria emprendida nació el *Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009* (Código de visados), modificado por medio del *Reglamento (UE) 2019/1155 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019*.

#### 5. Clases de visados de corta duración

##### 5.1. Visado de estancia

Visado que permite a un extranjero, sometido a esta obligación, solicitar el ingreso, con fines no migratorios, en el territorio de los Estados Parte para una permanencia ininterrumpida o estancias sucesivas cuya duración total no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días. Puede tener la consideración de visado uniforme si en su tramitación se respetan las condiciones y reglas contenidas en la normativa de Schengen. En el acervo, se identifica mediante la letra «C».

Puede ser concedido para una, dos o múltiples entradas, sin especificar cuántas. Su vigencia expirará, automáticamente, cuando su titular realice un número de salidas igual al de entradas autorizadas, pese a no haber agotado el total de días de estancia otorgados. Caducará también al consumir la totalidad de días de permanencia, aunque queden entradas por usar.

Podrá expedirse para múltiples entradas en un marco temporal de entre 6 meses y 5 años para ciertos peticionarios que –por razones de negocios, visitas familiares u otras– deban desplazarse con asiduidad a uno o más Estados Schengen y hayan demostrado su integridad y fiabilidad; en particular, por el uso legítimo de visados anteriores («solicitantes de buena fe»). Será imperativo hacerlo en favor de los viajeros frecuentes, según la cantidad de visados uniformes utilizados correctamente en el pasado, con arreglo a un esquema escalonado, si cumplen las condiciones de entrada en Schengen y la vigencia restante de sus pasaportes no lo impide. Con esta práctica se facilitarán los viajes de dichas personas y se aliviará la carga administrativa de las Embajadas o Consulados.

Antes del Código de visados, existía una categoría específica de visado de corta duración de tránsito territorial, identificado mediante la letra «B», para el extranjero, sometido a este requisito, que solicitase el ingreso en el espacio Schengen para atravesarlo en un viaje que, procediendo de un tercer país, tuviera como destino otro país tercero que le admitiese. Desde entonces, el acervo dejó de considerarlo como una categoría específica de visado de corta duración (subsumiéndolo en la de estancia).

Solo cabrá prorrogar el período de validez de un visado de estancia ya emitido si este fue expedido para menos de 90 días. En efecto, el extranjero que haya accedido al espacio común con un visado de estancia podrá solicitar su extensión siempre y cuando el tiempo

que tenga autorizado y lleve consumido sea inferior a 90 días.

## **5.2. Visado de tránsito aeroportuario**

Visado referido al paso de un extranjero, específicamente sometido a esta obligación, a través de la zona internacional de tránsito de un aeropuerto, sin acceder al territorio nacional del Estado en cuestión, durante escalas o tramos de vuelo o vuelos internacionales. No es uniforme porque no autoriza a su titular a solicitar circular por el territorio de los Estados Parte, sino únicamente a atravesar la zona habilitada para tal fin de los aeropuertos internacionales de uno o varios de estos Estados. En el acervo, se identifica mediante la letra «A».

Con él se podrá transitar una, dos o, excepcionalmente, múltiples veces (en este último caso, cuando lo soliciten personas que acrediten su necesidad de desplazarse frecuentemente y resulten fiables). El período de validez máximo de un visado «A» múltiple no superará los seis meses.

## **5.3. Visado de entrada para familiar de ciudadano de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza**

Visado merced al cual el extranjero, sujeto a esta obligación, que sea miembro de la familia de un ciudadano comunitario o asimilable, en el sentido de la Directiva 2004/38/CE, podrá ejercitar su derecho a la libre circulación y residencia, por derivación del de su pariente europeo, cuando viaje acompañando al ciudadano europeo o para reunirse con él.

Aunque es una especie de visado de estancia (pudiéndose también considerar un híbrido entre la corta y la larga duración), uniforme, múltiple, concedido para una permanencia de 90 días, se denomina «de entrada» porque faculta a su titular para acceder sin trabas a Europa, siendo indiferente el motivo de su viaje. Una vez dentro, podrá solicitar la residencia en el Estado en cuestión, aportando la documentación que corresponda.

Como quiera que la condición de beneficiario del derecho de la UE entraña una serie de notables privilegios (tramitación preferente, simplificada y gratuita, y cuasi imposibilidad de denegar el visado, salvo que el extranjero constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público, la seguridad interior o la salud pública de los Estados), el solicitante demostrará estar cubierto por la normativa de transposición de la Directiva 2004/38/CE, acreditando documentalmente el vínculo familiar alegado, el ejercicio de su prerrogativa de libre circulación y, cuando corresponda, la duración de la relación, la convivencia o la dependencia económica o física. A estas personas se les concederán todas las facilidades para obtener los visados que precisen, para salvaguardar su derecho a la libre circulación.

## **5.4. Visado de validez territorial limitada**

Visado expedido excepcionalmente, salvando algún impedimento legal, para permanecer exclusivamente en el territorio de uno o varios Estados Parte, debiéndose efectuar la

entrada y la salida a través del Estado o Estados concernidos. Es uno de los resortes más preciados para las Administraciones nacionales en el mecanismo de Schengen al permitirles otorgar visados sin tener que atenerse a los procedimientos y requisitos comunes (por ejemplo, a una persona que, durante el semestre en curso, ya haya permanecido 90 días en el espacio Schengen en virtud de un visado «C» anterior, o a otra cuyo documento de viaje solo reconozca el Estado cuya autoridad consular recibe la solicitud). Su período de validez no excederá de 90 días.

La decisión de emitir este visado corresponderá a la autoridad consular del Estado a cuyo territorio se circunscriba la estancia proyectada. No se solicitará como tal, sino que podrá ser ofrecido por la Embajada o el Consulado que, habiendo recibido la solicitud de visado uniforme, se vea en la imposibilidad de otorgarlo.

### 5.5. Visado en frontera

En casos excepcionales, los responsables del servicio policial a cargo del control de entrada de personas en el territorio nacional de cada Estado podrán, por encomienda de su autoridad central, conceder visados en la frontera exterior, con una sola entrada, para estancias de un máximo de 15 días a extranjeros que, habiendo logrado llegar hasta allá, satisfagan las demás condiciones de entrada en Schengen.

### 6. Exigencia o exención de visado de estancia

El acervo prevé una armonización total en cuanto a la imposición o la dispensa del requisito del visado de estancia para titulares de pasaportes ordinarios. Así, el Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, contiene las listas comunes de terceros países cuyos nacionales –en realidad, quienes porten sus documentos de viaje- están sujetos al visado o exentos de esa obligación (conocidas, respectivamente, como listas «negativa» y «positiva»). Dicho Reglamento codificó el histórico Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, y sus sucesivas modificaciones.

La inscripción de terceros países o territorios en las listas no prejuzga su estatuto internacional. De hecho, ambas contienen un apartado especial dedicado a las entidades y autoridades territoriales no reconocidas por, al menos, un Estado Schengen.

En el acervo, el concepto «extranjero susceptible de estar sujeto al visado» incluye también a los refugiados y los apátridas. Para estas personas, sin perjuicio de los compromisos derivados de los acuerdos internacionales suscritos por los Estados y, en particular, del *Acuerdo Europeo sobre exención de visados para los refugiados*, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, se determinará la imposición o la dispensa del visado en función del país en el que residan y que haya emitido sus documentos de viaje. Si estuviese sometido al visado, ellos lo estarían igualmente. De lo contrario, cada Estado Schengen podrá decidir si les exime o no de dicha obligación.

Las modificaciones en las listas negativa y positiva se efectúan periódicamente a propuesta de la Comisión Europea, la cual solicita a los Estados que formulen sugerencias al respecto, basadas en informes de sus Ministerios competentes en asuntos de

extranjería. Los principales parámetros empleados para evaluar la conveniencia de mover o no a un país tercero de una lista a otra son los flujos de inmigrantes irregulares procedentes de su territorio, la hipotética participación de sus nacionales en actos que atenten contra el orden público o la seguridad nacional de los Estados Parte y los beneficios económicos que pueda reportar una liberalización de visado, sobre todo para el turismo y el comercio exterior. Será, también, relevante el criterio de la coherencia regional, por el riesgo que entrañará que los nacionales de un país sujeto al visado, limítrofe con otro que no lo esté, puedan obtener fraudulentamente, entrando en este último, un documento de viaje con el que intentan acceder al espacio Schengen. Finalmente, se atenderá a las posibles implicaciones de tal medida para las relaciones exteriores de la UE con el tercer país de que se trate –en particular, en cuanto a los derechos humanos y las libertades fundamentales–, así como a la eventual existencia de situaciones de falta de reciprocidad en materia de exigencia de visados.

Los cambios en las listas, que se plasmarán a través de Reglamentos, requerirán la aprobación conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario.

Los nacionales de nuevos países terceros surgidos de la unificación o secesión de otros estarán, en principio, sujetos o no al visado en función de la lista, negativa o positiva, en que figurara el país predecesor, sin perjuicio de lo que resuelvan ulteriormente el Parlamento Europeo y el Consejo.

En el supuesto en que una persona posea varios documentos de viaje, emitidos por diferentes países u organizaciones internacionales, ya sea porque ostente distintas nacionalidades o por sus circunstancias familiares o profesionales, su exigencia o exención de visado vendrá marcada por el tipo de pasaporte llevado en el momento en que pretenda ingresar en el espacio común.

Cuando uno o más Estados Schengen se enfrenten a una situación de emergencia caracterizada por la llegada repentina de nacionales de un país de la lista positiva, la Comisión Europea podrá, como último recurso, suspender temporalmente la dispensa de visado en cuestión, previa notificación del Estado afectado.

## **7. Exigencia o exención de visado de tránsito aeroportuario**

Solo los nacionales de ciertos países sensibles están sometidos al visado de tránsito aeroportuario. Su imposición es un instrumento eficaz para poner coto a la presentación abusiva de solicitudes de asilo o protección subsidiaria por personas cuya única finalidad sea sortear los controles migratorios en los aeropuertos internacionales de los Estados, dificultar sus viajes. Y es que, aunque el titular de un visado «A» no llega a entrar en el espacio Schengen, nada impide que solicite infundadamente protección internacional en la zona de tránsito de sus aeropuertos, lo que aseguraría su permanencia efectiva en él hasta que se decidiese si se admite o no a trámite su petición.

El Anejo IV del Código de visados contiene la lista común de terceros países, incluidos en la lista negativa del Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, cuyos nacionales –en puridad, quienes lleven sus pasaportes ordinarios– están sujetos al visado «A». La modificación de esta lista precisará

la aprobación del Parlamento Europeo y la mayoría cualificada en el Consejo.

Además, cada Estado Schengen será libre, en casos urgentes de afluencia masiva de inmigrantes irregulares, de exigir el visado de tránsito aeroportuario a los nacionales de terceros países (de la lista negativa) distintos de los contemplados en la lista común antes referida. Para ello, deberá solo notificarlo con antelación a la Comisión Europea. Se revisarán anualmente estas comunicaciones para estudiar el posible traslado de los países de que se trate al Anejo IV.

Estarán siempre exentos de la necesidad de obtener un visado «A» los titulares de un visado uniforme vigente, pues con él podrán normalmente circular por todo el espacio común, incluidos sus aeropuertos. También quienes estén provistos de un permiso de residencia válido emitido por un Estado miembro de la UE, pese a que no esté integrado en Schengen, así como los titulares de ciertas autorizaciones de residencia expedidas por países como Canadá, Estados Unidos o Japón, cuando quede garantizada, en todos estos casos, la readmisión incondicional de su titular.

La dispensa del requisito del visado «A» se extenderá, además, a los titulares de un visado vigente de cualquier tipo otorgado por un Estado miembro de la UE no integrado en Schengen, por un Estado Schengen no perteneciente a la UE y por países como Canadá, Estados Unidos o Japón, cuando estas personas viajen a cualquier país tercero o regresen del que lo emitió, tras haber utilizado el visado.

Están exceptuados de la exigencia del visado de tránsito aeroportuario los familiares de ciudadanos comunitarios o asimilables, en el sentido del derecho de la Unión Europea, los titulares de pasaportes diplomáticos y los miembros de las tripulaciones de vuelo que ostenten la nacionalidad de una Parte contratante del *Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional*.

Al individualizar la imposición del visado de tránsito aeroportuario, sometiendo a este requisito a los nacionales de un país ausente de la lista común del Anejo IV del Código, cada Estado Schengen podrá, libremente, no exigirlo a ciertas categorías de personas, según su condición, el tipo de documento de viaje que lleven, el motivo de su desplazamiento o el aeropuerto del que provengan. Así, el régimen de tránsito aeroportuario aplicable a los refugiados cuya nacionalidad no sea una de las del Anejo IV será fijado por cada Estado Parte. Lo mismo ocurre con los titulares de pasaportes de servicio u oficiales (conceptos, estos dos, habitualmente sinónimos) expedidos por países terceros distintos de los de dicha lista común. Para los apátridas, la libertad de los Estados Schengen será total.

## **8. Régimen de circulación para los titulares de pasaportes diplomáticos o de servicio u oficiales**

La titularidad de un pasaporte diplomático o de uno de servicio u oficial (en adelante, «pasaporte de servicio») podrá dar lugar a una dispensa puntual del requisito del visado para estancias. También, por cierto, la de un salvoconducto expedido por una organización intergubernamental a la que pertenezca algún socio europeo.

Cada Estado Parte podrá, unilateralmente, eximir de visado de estancia a los titulares de pasaportes diplomáticos y de servicio del país tercero que desee, o solo a quienes posean uno de estos dos documentos de viaje (cuando es así, la excepción se circunscribe normalmente a los titulares de pasaportes diplomáticos; no a los de servicio). El favor podrá, igualmente, consistir en una dispensa del requisito del visado por un número de días inferior a 90. El Estado concernido comunicará a la Comisión Europea, con la suficiente antelación, los cambios que se proponga introducir a este respecto.

El titular de un pasaporte diplomático o de servicio que por decisión de un único Estado Schengen esté dispensado del visado para entrar en su territorio no lo estará para acceder al de los demás. Como ya se vio, los titulares de pasaporte diplomático nunca necesitarán un visado de tránsito aeroportuario. Los de pasaporte de servicio podrán ser unilateralmente liberados de esta exigencia.

**Tema 40**

**Los visados de corta duración (II). Determinación de la autoridad consular competente para tramitar la solicitud de visado. Presentación de la solicitud. Requisitos del visado. Tramitación de la solicitud: criterios de base para su examen y comprobaciones a efectuar. Consulta previa. Resolución de la solicitud. Recursos contra la denegación del visado. La cooperación local Schengen.**

Sumario: 1. Determinación de la autoridad consular competente para tramitar la solicitud de visado. 2. Presentación de la solicitud. 3. Requisitos del visado. 3.1. Pasaporte o documento de viaje. 3.2. Justificación del objeto de la estancia. 3.3. Credibilidad sobre el retorno o el tránsito. 3.4. Disposición de medios de subsistencia suficientes. 3.5. Seguro médico de viaje. 3.6. Prueba de alojamiento o carta de invitación. 4. Tramitación de la solicitud: criterios de base para su examen y comprobaciones a efectuar. 5. Consulta previa. 6. Resolución de la solicitud. 7. Recursos contra la denegación del visado. 8. La cooperación local Schengen.

Centraremos la exposición en los visados de corta duración tramitados bajo el régimen general de extranjería, en contraposición con el «régimen comunitario» aplicable a los beneficiarios del derecho de la UE.

### **1. Determinación de la autoridad consular competente para tramitar la solicitud de visado**

Por lo general, la potestad para expedir visados de corta duración, sean uniformes o no, corresponde a las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares (en adelante, «MDOC» o «autoridades consulares») y a los puestos fronterizos exteriores de los Estados Parte. Aunque no es el caso de España, algunos Estados Schengen tienen también encomendada su concesión a sus autoridades centrales o regionales –como ocurre en los Departamentos, Regiones y Colectividades franceses de Ultramar con sus gobernantes prefecturales–.

La solicitud de visado uniforme (o «visado “C”») será examinada por la MDOC del Estado Parte en cuyo territorio se halle el lugar de destino único del viaje planificado o, si la visita incluyese más de un destino o si fuesen a realizarse varias visitas diferentes durante un período de 2 meses, la del Estado de destino principal –calificación que corresponderá a la autoridad consular que reciba la solicitud, atendiendo a la duración de la estancia o estancias, contabilizadas en días, o a su finalidad-. Cuando no resulte posible identificar un destino principal, la MDOC responsable será la del Estado Parte de primera entrada (aquel cuya frontera exterior se proponga franquear el peticionario para ingresar



en el espacio común).

En caso de tránsito por el territorio de varios Estados Parte, el examen de la solicitud de visado uniforme con fines de tránsito territorial competirá a la MDOC del Estado cuya frontera exterior se proponga cruzar el peticionario para iniciar dicho tránsito.

La solicitud de visado de tránsito aeroportuario (en adelante, «VTA» o «visado “A”») será examinada por la MDOC del Estado Parte en cuyo territorio radique la terminal aérea en la que vaya a llevarse a cabo el cambio de avión. Cuando el VTA requerido sea doble o múltiple y afecte a varios socios europeos, la MDOC responsable será la del Estado Parte en cuyo aeropuerto vaya a producirse el primero de los tránsitos previstos.

Los Estados colaborarán entre sí para que no pueda darse el caso de que sea imposible examinar una solicitud y tomar una decisión sobre ella porque el Estado competente no tenga presencia ni esté representado por otro Estado Parte en el tercer país de que se trate.

## 2. Presentación de la solicitud

La solicitud se presentará:

- a) En la demarcación de residencia legal del peticionario (o, al menos, donde se halle legalmente si justifica por qué no la presenta donde reside).
- b) En el modelo oficial del impreso armonizado del Anejo I del Código de visados (las personas incluidas en un pasaporte como acompañantes del titular necesitarán rellenar sus propios impresos).
- c) Personalmente o, excepcionalmente, por un intermediario comercial acreditado, una asociación o entidad profesional, cultural, deportiva o educativa, o por vía electrónica.
- d) Por lo general, entre 6 meses (9 para los marinos que se desplacen en el desarrollo de su actividad profesional) y 15 días antes del comienzo del viaje proyectado.

El extranjero permitirá, cuando proceda, la captura de las impresiones dactilares planas de los diez dedos de sus manos. Con arreglo al artículo 13.7 del Código de visados, las excepciones a esta obligación son:

- a) Menores de 12 años.
- b) Personas cuyas huellas sea físicamente imposible tomar.
- c) Jefes de Estado o de Gobierno y miembros del Ejecutivo nacional, y cónyuges e integrantes de su delegación oficial que les acompañen, cuando hayan sido invitados por los Gobiernos de los Estados Schengen o por organizaciones internacionales.
- d) Soberanos y otros miembros eminentes de las Familias Reales, cuando cuenten con una invitación oficial.

La imagen facial del peticionario es el segundo identificador biométrico de obligatoria recogida. Se abonará la tasa correspondiente a los gastos administrativos de tramitación de la solicitud (no será devuelta en caso de resolución desfavorable). Su importe, revisado cada cierto tiempo, asciende ahora a 80 euros, ya sea el visado uniforme, de tránsito aeroportuario o territorialmente limitado. El acervo contempla casos de gratuidad (como los menores de 6 años), reducción o incremento de su importe.

Tras admitir a trámite la solicitud, se devolverá una copia sellada del impreso, con indicación de la fecha y el lugar de recepción, o se remitirá el acuse de recibo al domicilio fijado a efectos de notificación, que deberá hallarse en el ámbito geográfico de la demarcación de la MDOC. Se insertarán los datos de la solicitud en el Sistema de Información de Visados (VIS).

### 3. Requisitos del visado

#### 3.1. Pasaporte o documento de viaje

El peticionario deberá adjuntar a su solicitud un pasaporte o documento análogo (en adelante, «pasaporte»), válido, expedido conforme a las normas de la práctica internacional, que le permita como mínimo retornar a su país de origen o procedencia, y en el que pueda estamparse un visado. Dicho pasaporte habrá de ser aceptado para la entrada en el territorio de todos los Estados Parte o, al menos, en alguno de ellos (en cuyo caso el visado se restringiría al territorio del Estado o Estados concernidos).

Los diferentes tipos de títulos de viaje susceptibles de ser admitidos por una MDOC comprenden los pasaportes propiamente dichos (ordinarios, diplomáticos, de servicio u oficiales, o especiales), los salvoconductos (nacionales o de organizaciones intergubernamentales) y los «documentos de viaje» (para refugiados, apátridas, gente del mar, extranjeros o de emergencia).

Los pasaportes podrán ser individuales, familiares o colectivos. España acepta que los menores de 16 años figuren incluidos en el de su padre, madre o tutor cuando tengan la misma nacionalidad del titular del documento y se desplacen con este. Cada persona deberá solicitar y obtener su propio visado.

El pasaporte deberá acreditar debidamente la identidad de su titular o titulares. También su nacionalidad o ciudadanía, salvo los emitidos a favor de apátridas y, acaso, de refugiados. No se aceptarán los enmendados o incompletos, ni los seriamente dañados. Deberá verificarse minuciosamente su autenticidad, en particular en países de alto riesgo migratorio o de seguridad.

En el caso de la estancia, el pasaporte deberá seguir siendo válido como mínimo 3 meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados Parte o, en caso de varias visitas, hasta después de la última fecha prevista de salida del espacio Schengen. No obstante, en situaciones de urgencia justificada, podrá eximirse al peticionario de esta obligación.

El pasaporte deberá contener, al menos, 2 páginas libres (en blanco) para que puedan colocarse, además de la etiqueta del visado que eventualmente se conceda, los sellos comunes de entrada y de salida de Schengen u otras inscripciones o indicaciones. Tendrá

que haber sido expedido en los 10 años anteriores.

### 3.2. Justificación del objeto de la estancia

El solicitante de un visado uniforme deberá acreditar el propósito de la estancia prevista presentando cualquier comprobante o medio de prueba admisible en derecho. Podría justificar el objeto de un viaje de trabajo o negocios una convocatoria para una reunión, una feria o un congreso. Si el desplazamiento fuera a ser efectuado por motivo de vacaciones, podría valer una carta de invitación o un escrito de una agencia o de un operador turístico que evidenciase la participación del extranjero en un viaje organizado y describiese su itinerario. En caso de tránsito por las carreteras del espacio común, el peticionario podría presentar la documentación del vehículo en el que pretenda llevarlo a cabo. Cuando la meta del solicitante sea recibir tratamiento médico u hospitalario, debería bastar un justificante de la institución sanitaria que confirmase la necesidad de realizarlo en sus instalaciones.

La autoridad consular podrá eximir de este requisito al solicitante al que conozca por su integridad y fiabilidad, en particular por el uso legítimo de visados anteriores, si no alberga dudas de que cumplirá las condiciones de entrada en el espacio Schengen en el momento de intentar cruzar sus fronteras exteriores (en adelante, «solicitante de buena fe»).

### 3.3. Credibilidad sobre el retorno o el tránsito

El solicitante de un visado uniforme deberá convencer a la MDOC de su intención de abandonar el territorio de los Estados Parte antes de que expire el visado solicitado, regresando normalmente a su país de origen o procedencia (aunque al solicitar un visado, el peticionario asume siempre el compromiso, recogido en el impreso, de no permanecer irregularmente en el espacio Schengen).

Cabrá exigir al solicitante que aporte un billete de avión, tren o barco, nominativo, de ida y vuelta, con fecha de retorno cerrada, que no sobrepase el período de permanencia máxima permitida, si piensa utilizar uno de estos medios de transporte para viajar al espacio común. Sin embargo, las autoridades consulares podrán contentarse con meras reservas de billetes o aceptar que los solicitantes demuestren haberlos adquirido una vez les hayan sido concedidos los visados. Este requisito podrá también considerarse cumplido cuando el extranjero pruebe que dispone de medios económicos suficientes para cubrir su retorno a su país de origen o procedencia o su traslado a otro lugar donde lo admitan.

Igualmente, para tratar de calibrar la intención real del extranjero de no emigrar ilegalmente de su país, se le podrá exigir la presentación de documentos que evidencien sus vínculos o su arraigo en él, como certificados de estado civil –que prueben que está casado o tiene hijos– o títulos de propiedad sobre bienes inmuebles. También resultará útil analizar su situación profesional o socioeconómica, pues cuanto mejor retribuida esté la actividad laboral desarrollada por el solicitante, menos probable será, en principio, que emigre ilegalmente.

El peticionario de un VTA deberá adjuntar a su solicitud la documentación que acredite

las circunstancias del tránsito aeroportuario ideado; principalmente, la relativa a la continuación del viaje proyectado hasta el destino final o a las garantías de admisión en el país tercero, y la que permita inferir que no intentará acceder al espacio Schengen. Importará, sobre todo, explicar la coherencia del itinerario en el supuesto de que incluya algún desvío largo, inusual o especialmente dispendioso que pudiera levantar sospechas. Podrá eximirse de este requisito al solicitante de buena fe.

### **3.4. Disposición de medios de subsistencia suficientes**

El solicitante de un visado uniforme deberá justificar que cuenta con recursos económicos suficientes para su manutención –y la de las personas a su cargo que eventualmente viajen con él–, por el tiempo que vaya a durar su estancia. En su defecto, habrá de demostrar que se encuentra en condiciones de obtenerlos legalmente (España interpreta que esta frase hace mención solo a la obtención de dinero contante a través de tarjetas bancarias o cajeros automáticos; no, salvo en algún caso muy excepcional, al hecho de desarrollar una actividad lucrativa durante el tiempo que permanezca en su territorio). El solicitante de VTA no está sujeto a este requisito porque no está contemplado su ingreso en el espacio común.

El nivel de recursos económicos será proporcional a la duración y al objeto de cada viaje, así como al coste de la vida en el Estado o Estados a visitar. Las cantidades en cuestión podrán ser especificadas y actualizadas por cada Estado Parte. Cuando sea así, dichos montos se notificarán a la Comisión Europea.

España ha establecido como referencia para determinar su cuantía su salario mínimo interprofesional: al menos el 10% del mismo multiplicado por el número de días de permanencia prevista y por el de personas que viajen a su cargo, aunque dicha cantidad ascenderá, en todo caso, al 90% del salario mínimo vigente, por persona, con independencia del tiempo previsto de estancia.

La tenencia de los medios de vida podrá acreditarse, a criterio de la autoridad consular, exhibiendo dinero en efectivo en moneda convertible o presentando cheques nominativos, cheques de viaje, cartas de pago, tarjetas de crédito o cualquier otro documento que demuestre que el solicitante posee recursos en divisas, listos para usar en Europa (no se trata de contar con dinero ahorrado, sino de tenerlo a mano). Cabrá exigir al extranjero portador de una tarjeta de crédito que lleve consigo el extracto de la cuenta corriente.

Podrá eximirse de este requisito al solicitante de buena fe. También al titular de un pasaporte diplomático o de uno de servicio, salvo que realice un viaje privado.

### **3.5. Seguro médico de viaje**

El solicitante de un visado uniforme deberá demostrar estar provisto de un seguro de viaje, adecuado y válido, que cubra aquellos gastos que pudieran ocasionar su repatriación por causa de accidente o enfermedad sobrevenida, la asistencia médica u hospitalaria de urgencia que pudiese necesitar o, en la hipótesis de que falleciera, el traslado de sus restos mortales. El solicitante de VTA no está sujeto a este requisito porque no está

contempladosu ingreso en el espacio común.

En principio, el extranjero contratará el seguro en su país de residencia. Cuando ello no sea posible, procurará obtenerlo en cualquier otro lugar. En caso de que una persona, física o jurídica, radicada en un Estado Parte acoja al peticionario, podrá adquirirlo en su nombre, donde tenga su domicilio.

El seguro deberá surtir efecto en todos los Estados Schengen para los que el visado vaya a ser válido (si es un visado territorialmente limitado, su ámbito podrá reducirse al Estado o Estados concernidos), abarcando siempre la estancia efectiva completa del extranjero. Su cobertura mínima será de 30.000 euros.

Quedan siempre exentos de este requisito los titulares de pasaportes diplomáticos. Podrán igualmente estarlo los extranjeros ya cubiertos, en razón de sus actividades profesionales, por otra póliza de similares características, como los marinos cuya profesión implica contar con un seguro acorde al acervo. También quienes pretendan acceder al espacio Schengen para someterse a tratamiento médico u hospitalario, por las dificultades que enfrentarán al tratar de contratarlo, aunque las MDOC velarán por que la atención sanitaria prevista no represente carga alguna para el erario público del Estado en cuestión.

Cuando se vaya a expedir un visado que admita múltiples entradas en un marco temporal de entre 6 meses y 5 años, el seguro cubrirá solo el período correspondiente al primero de los viajes a realizar, pero el peticionario deberá estar asegurado de cara a sus subsiguientes desplazamientos al espacio común.

### **3.6. Prueba de alojamiento o carta de invitación**

El solicitante de un visado uniforme deberá justificar su hospedaje en el Estado Parte que proyecte visitar o, alternativamente, la prueba de que cuenta con medios suficientes para costearlo. Si su viaje tuviese como destino varios Estados, su acogida debería quedar demostrada en todos ellos.

Para dar por cumplido este requisito, la MDOC podrá aceptar una carta de invitación emitida con arreglo al Código de visados, una reserva confirmada en un establecimiento hotelero o similar, la documentación acreditativa del alquiler o de la propiedad de una vivienda, o cualquier otro escrito.

El peticionario cuyos gastos de alojamiento vayan a ser sufragados por un español o un extranjero residente legal en España podrá aportar ante la MDOC española, en apoyo desu solicitud, una Carta de Invitación oficial, regulada en la *Orden PRE/1283/2007, de 10 de mayo, por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de la Cartade Invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder al territorio nacional por motivos de carácter turístico o privado*. Dicha Carta únicamente podrá justificar el hospedaje en España. Nunca suplirá la acreditación por el solicitante de las demás condiciones exigidas para su entrada; singularmente, la disposición de recursos económicos suficientes (su manutención). El acervo de Schengen no es tan restrictivo como la normativa española, pues permite que las invitaciones o «declaraciones de tomaa cargo», cuando las prevea la legislación de un Estado Parte, constituyan prueba de que el peticionario cuenta con dichos medios de vida.

Cabrá admitir otros medios de prueba de hospedaje en domicilios particulares en España; entre ellos, un acta de manifestaciones notarial por el que se invite a un extranjero o, incluso, un documento privado de quien le acoja, si el anfitrión ofrece las garantías apropiadas.

Podrá eximirse de este requisito al solicitante de buena fe.

#### **4. Tramitación de la solicitud: criterios de base para su examen y comprobaciones a efectuar**

La solicitud se tramitará atendiendo, principalmente, a la lucha contra la inmigración irregular, a la seguridad y la salud pública de los Estados Parte.

La autoridad consular verificará que el solicitante de un visado uniforme:

- a) Reúne las condiciones de entrada en Schengen.
- b) No ha sobrepasado el tiempo máximo permitido por visados uniformes pasados (consultando su historial viajero en el VIS o examinando los sellos comunes de entrada y de salida de Schengen en su pasaporte).
- c) Está provisto de un seguro médico de viaje adecuado y válido, si ha lugar.

La cantidad y el tipo de documentos a aportar dependerán del mayor o menor riesgo de inmigración irregular y seguridad que aprecie la autoridad consular, según las circunstancias locales. Se prestará una especial atención a la población de riesgo (desempleados, jóvenes, personas sin arraigo o recursos, residentes en zonas políticamente inestables, etc.), flexibilizándose, por el contrario, los controles sobre los solicitantes de buena fe. No existe un umbral mínimo de documentación a partir del cual una persona tenga derecho a obtener un visado de corta duración, pudiéndose exigir desde partidas del registro civil hasta declaraciones de la renta o certificados de antecedentes penales. Podrán también aceptarse aportes documentales efectuados voluntariamente.

En cuanto al VTA, la autoridad consular comprobará la eficacia del pasaporte, la veracidad de la continuación del viaje del peticionario y las garantías de que lo admitan en el país tercero al que se dirija.

Cuando esté justificado, cabrá invitar al extranjero a que se persone en la MDOC para exponer oralmente los motivos de su solicitud, el objeto de su viaje o su intención de no permanecer en situación irregular en el espacio Schengen. La entrevista personal podrá ayudar a esclarecer, además, la identidad del peticionario, la validez de la documentación que aportó al expediente, la legalidad de su permanencia en el país donde se encuentre y, en su caso, el itinerario previsto o la continuación de su viaje.

La MDOC debería reconsiderar la conveniencia de reclamar un documento probatorio concreto cuando resultase tan dificultoso obtenerlo que el solicitante pudiera verse en la tentación de proporcionar uno falso o falsificado, sin tener por ello intención de emigrar ilegalmente.

#### **5. Consulta previa**

Las solicitudes de visado uniforme de algunos o todos los ciudadanos de determinados países terceros podrán estar sujetas a consulta a las autoridades centrales de uno o varios Estados Parte que los hayan incluido en la lista confidencial establecida *ad hoc*. La inserción de una nacionalidad o de un grupo concreto de personas en dicha lista es un derecho soberano de los Estados Schengen que nadie cuestiona, pues constituye para ellos un instrumento político de enorme utilidad. Eso sí, deberán notificar a la Comisión Europea la introducción o supresión de dicha exigencia a más tardar 25 días naturales antes de que sea operativa.

En estos casos, la MDOC encargada de examinar la solicitud dirigirá una consulta a su propia autoridad central, que la trasladará, por vía telemática, a las del Estado o Estados inquiridores.

El plazo máximo improrrogable para contestar a la consulta será de 7 días naturales, aunque, en la práctica, suele ascender a 9 o 10, por el tiempo que toma el cumplimiento de las formalidades técnicas. Una vez agotado este marco temporal, la falta de respuesta equivaldrá a una ausencia de objeciones para la expedición del visado uniforme.

Cuando las solicitudes presentadas por ciertos extranjeros dependan del visto bueno, en la consulta previa, de las autoridades centrales de varios Estados Parte, bastará con que uno de ellos plantee objeciones a su concesión para que no se les pueda expedir un visado uniforme.

La consulta previa es aplicable principalmente a los titulares de pasaportes diplomáticos o de servicio. Puede también concernir a los familiares de ciudadanos comunitarios o asimilables que sean beneficiarios de la normativa de transposición de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

Si la MDOC no pudiera o no quisiera esperar a obtener una respuesta a la consulta enviada o si plantease objeciones alguno de los Estados interpelados, podría, de estimarlo oportuno, expedirle al solicitante un visado territorialmente limitado, advirtiéndolo de ello, sin tardanza, a sus socios —en particular, a los Estados que debieron haber sido preguntados o se opusieron—.

## 6. Resolución de la solicitud

La autoridad consular resolverá la solicitud de visado discrecionalmente, dentro de los márgenes de la legalidad, según la información que posea y las circunstancias específicas de cada caso. Las solicitudes serán individualmente consideradas, aunque hayan sido presentadas de manera conjunta o por personas que formen parte de una misma familia o un mismo colectivo.

El plazo tope para resolver la solicitud será de 15 días naturales (algo más si está sujeta a consulta previa), hasta un máximo de 45 cuando sea necesario examinarla con mayor detalle, contados a partir de la fecha de admisión de dicha solicitud, tras lo cual se notificará al peticionario o a su representante la resolución dictada.

En la legislación española, la competencia decisoria en materia de visados corresponde a los Cónsules de carrera a cargo de las Oficinas Consulares o, en las Embajadas con Sección Consular, al funcionario diplomático encargado de los asuntos consulares.

Al resolver favorablemente la solicitud, la autoridad consular decidirá acerca de las fechas de validez del visado y, en su caso, el número de días y de entradas permitidos, y su ámbito territorial. El visado «A» facultará a su titular para atravesar la zona internacional de tránsito de los aeropuertos de uno o varios Estados Parte. El visado «C» podría permitir una estancia máxima de 90 días.

Se denegará la solicitud de visado uniforme si:

- a) No queda demostrado que se cumplan las condiciones de entrada en Schengen.
- b) Existen dudas razonables acerca de la autenticidad de los justificantes proporcionados, la veracidad de su contenido, la fiabilidad de las declaraciones formuladas por el peticionario durante la entrevista que se haya podido celebrar con él o su intención de abandonar el territorio de los Estados Schengen antes de que expire el visado.
- c) El peticionario no demuestra poseer un seguro médico de viaje adecuado y válido, habiéndose requerido su aporte o subsanación, si está sujeto a esta obligación.

Se denegará la solicitud de visado de tránsito aeroportuario si:

- a) El pasaporte no es válido.
- b) Recaen sospechas racionales sobre la continuación del viaje o las garantías de que admitan al peticionario en el país tercero al que se dirija.

Toda denegación de un visado «A» o «C» será notificada por escrito, mediante el impreso estándar del Anejo VI del Código de visados, mencionándose expresamente la razón o razones en que se basó la decisión tomada.

## **7. Recursos contra la denegación del visado**

En el acervo, las vías de reclamación en caso de denegación son competencia de cada Estado. La resolución desfavorable dictada por una autoridad consular española indicará que pone fin a la vía administrativa y expresará los recursos que procedan contra ella: básicamente, el potestativo de reposición (que cabrá presentar ante la propia autoridad consular que desestimó la solicitud, en el plazo de 1 mes desde el día siguiente al de la recepción de la notificación) y el contencioso-administrativo (que podrá plantearse directamente, sin mediar reposición, ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de 2 meses desde el día siguiente al de la recepción de la notificación).

Las autoridades consulares españolas resolverán expresamente los recursos de reposición, notificando lo dispuesto al peticionario o a su representante, en el plazo de 1 mes desde el día siguiente a aquel en que tuvieron entrada. La resolución estimará, total o parcialmente, las pretensiones formuladas, las desestimarán o declarará su inadmisión.

## **8. La cooperación local Schengen**

A fin de garantizar una aplicación armonizada de la política común de visados teniendo en cuenta las circunstancias locales, el acervo prevé la obligación para las autoridades



consulares de los Estados Parte y la Delegación de la UE de una misma demarcación de interactuar, compartiendo información y estadísticas y celebrando reuniones. La normativa no aclara la periodicidad ni el nivel de representación de estas reuniones, pero debería ser al menos trimestral, y sus participantes deberían ser los Cónsules o Encargados de las Secciones Consulares.

La cooperación se centrará, en general, en la evaluación de los riesgos migratorios y de seguridad y, más concretamente, en la determinación de directrices armonizadas para la tramitación de las solicitudes de visado y en el intercambio de información sobre cualquier tendencia o incidencia de interés producida localmente; en particular, la recepción de solicitudes manifiestamente infundadas o fraudulentas, la falsificación de documentos o la detección de redes de inmigración irregular.

Las autoridades consulares de una misma demarcación combatirán la búsqueda de la ventanilla más conveniente («visa shopping») estrechando lazos, consultándose cuando sea necesario (por teléfono o mensajería electrónica) y armonizando sus listas de requisitos y sus procedimientos de tramitación de solicitudes.

## GRUPO PRIMERO

## DERECHO CIVIL, DERECHO CONSULAR Y DERECHO MERCANTIL

**Tema 4I**

**El visado de entrada para familiar de ciudadano de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza. Régimen jurídico. Familiares susceptibles de ser beneficiarios del derecho de la Unión Europea. Ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia. Presentación de la solicitud. Tramitación preferente, simplificada y gratuita. Documentación de apoyo. Expedición del visado. Resolución denegatoria.**

Sumario: 1. Visado de entrada. 2. Régimen jurídico. 3. Familiares susceptibles de ser beneficiarios del derecho de la Unión Europea. 4. Ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia. 5. Presentación de la solicitud. 6. Tramitación preferente, simplificada y gratuita. 7. Documentación de apoyo. 8. Expedición del visado. 9. Resolución denegatoria.

**1. Visado de entrada**

El visado es una autorización de un Estado extendida sobre un pasaporte u otro documento de viaje admitido como válido a los efectos de la circulación transfronteriza.

El visado de entrada es aquel merced al cual el extranjero, sujeto a esta obligación, que sea miembro de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, en el sentido de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (en adelante, «ciudadano comunitario o asimilable» o «ciudadano europeo»), podrá ejercitar su derecho a la libre circulación y residencia (en adelante, «libre circulación»), por derivación del de su pariente europeo, cuando viaje acompañando al ciudadano europeo o para reunirse con él. Por «extranjero sujeto a la obligación del visado» se entiende todo nacional de un país tercero, titular de un pasaporte ordinario, que figure en la «lista negativa» del Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, así como ciertos refugiados y apátridas.

Aunque es una especie de visado de estancia (pudiéndose también considerar un híbrido entre la corta y la larga duración), uniforme, múltiple, concedido para una permanencia de 90 días, se denomina «de entrada» porque faculta a su titular para acceder sin trabas a Europa, siendo indiferente el motivo de su viaje. Una vez dentro, podrá permanecer allí un corto período de tiempo, incluso haciendo turismo, o solicitar la residencia en el Estado en cuestión, aportando la documentación que corresponda –aunque la obtención de este visado específico no prejuzgará necesariamente la decisión a adoptar por la autoridad nacional competente-. En España, la concesión de la residencia incumbe a la Oficina de Extranjeros de la autoridad gubernativa provincial, la cual podría resolver favorablemente una solicitud aunque el extranjero hubiese accedido al territorio español con un visado distinto al de entrada o incluso sin visado.

En todo caso, las autoridades consulares no exigirán a estas personas que soliciten un visado nacional o de larga duración (por ejemplo, de reagrupación familiar); antes bien, deberán orientarles adecuadamente y brindarles las máximas facilidades. El 14 de abril de 2005, España fue condenada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por denegar la residencia a dos esposas, dominicana y norteamericana, de ciudadanos comunitarios por no haber obtenido previamente un visado de residencia (*Sentencia del Tribunal de Justicia 2005/C 132/11, de 14 de abril de 2005, sobre el «asunto C-157/03: Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España»*).

Por otro lado, la posesión de una tarjeta de residencia válida expedida por un Estado Parte de Schengen (ya sea una «tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión» o una tarjeta nacional) eximirá a su titular de la obligación de obtener el visado de entrada. Esta persona podrá circular libremente por la totalidad del espacio común con la tarjeta, por un máximo de 90 días en cualquier período de 180 días, siempre que también lleve consigo su pasaporte o documento de viaje vigente.

Cuando el familiar de un ciudadano comunitario o asimilable carezca del visado necesario o no disponga de documentación acreditativa de su condición, la autoridad responsable del control fronterizo del Estado de que se trate le dará, antes de proceder a su retorno, las mayores facilidades para que pueda obtenerlo o recibirlo en un plazo razonable, o para que confirme o pruebe por otros medios que es beneficiario del derecho de la Unión Europea.

## 2. Régimen jurídico

Este régimen privilegiado, conocido como «régimen comunitario», dimana de la *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*.

En España, viene regulado en el *Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, que incorporó al derecho español la antedicha Directiva 2004/38/CE. Este Real Decreto fue modificado por el *Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre*, que abrió dicho marco jurídico a la llamada «familia extensa», completando la transposición de la Directiva 2004/38/CE.

En todo caso, la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* es aplicable a las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 en aquellos aspectos que pudieran serles más favorables.

## 3. Familiares susceptibles de ser beneficiarios del derecho de la Unión Europea

Los familiares susceptibles de acogerse a este régimen son, en sentido estricto, con arreglo al artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE y al artículo 2 del Real Decreto 240/2007,

de 16 de febrero:

- a) El cónyuge, también del mismo sexo, si no ha recaído acuerdo o declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.
- b) La pareja con la que se mantenga una unión análoga a la conyugal, inscrita en un registro público de un Estado de la UE, del resto del Espacio Económico Europeo o de Suiza.
- c) Los descendientes directos menores de 21 años o a cargo, y los del cónyuge o la pareja registrada.
- d) Los ascendientes directos a cargo, y los del cónyuge o la pareja registrada.

También, por extensión, en virtud del artículo 3.2 de la Directiva 2004/38/CE (incorporado al ordenamiento jurídico español, con notable retraso, mediante el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre):

- a) La pareja de hecho con la que se mantenga una relación estable debidamente probada.
- b) Otros familiares, sin restricción predeterminada, que en el país de procedencia estén a cargo o vivan con el ciudadano europeo, o que sea estrictamente necesario, por motivos graves de salud o de discapacidad, que este se haga cargo de su cuidado personal.

Finalmente, por medio de la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2011/C 130/02, de 8 de marzo de 2011, sobre el «asunto C-34/09: Gerardo Ruiz Zambrano contra ONEM»*, podrán también acogerse al «régimen comunitario»:

- a) Los progenitores de un ciudadano europeo menor de edad que viva a cargo de ellos.

Acerca de las diferentes categorías de familiares cabe indicar lo siguiente:

Con arreglo a la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2018/C 268/08, de 5 de junio de 2018, sobre el «asunto C-673/16: Relu Adrian Coman»*, el concepto «cónyuge», en el sentido del derecho de la Unión Europea, incluye a las personas del mismo sexo. Aunque los Estados miembros tienen libertad para autorizar o no el matrimonio homosexual, no pueden obstaculizar la libertad de residencia de un ciudadano de la Unión denegando a su cónyuge del mismo sexo, nacional de un tercer país, la concesión de un derecho de residencia derivado en su territorio.

En cuanto a los descendientes y ascendientes directos, el término «directo» hace referencia a la línea directa del derecho civil, en contraposición con la línea colateral, según aclara la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 2 de julio de 2009, «orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE»*. Así, podrían acogerse al «régimen comunitario», por ejemplo, los nietos y los bisnietos de los ciudadanos europeos, en calidad, respectivamente, de descendientes

directos en segundo y tercer grado. Asimismo, el concepto de parientes directos en líneas descendente y ascendente incluye las relaciones adoptivas y a los menores tutelados y los mayores incapaces.

No existe ninguna restricción en cuanto al grado de parentesco. Tampoco cabrá excluir categorías concretas de familiares. Podrían, *a priori*, beneficiarse del derecho de la Unión Europea, por ejemplo, los hermanos, los tíos o las nueras.

El concepto «vivir a cargo» se traduce exclusivamente en una dependencia económica, que deberá ser auténtica y estructural; es decir, aquella situación en la que, sin el constante apoyo pecuniario de su familiar europeo (o del cónyuge o la pareja registrada de este), el extranjero no podría hacer frente a sus necesidades vitales básicas en su país de residencia habitual. La dependencia emocional o afectiva no se tendrá en cuenta.

Quien no consiga probar que está cubierto por el derecho de la Unión Europea podrá solicitar un visado con arreglo al régimen general de extranjería.

#### **4. Ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia**

Además de gozar de la condición de miembro de la familia de un ciudadano comunitario o asimilable, para ser beneficiario del derecho de la Unión Europea, el nacional de un país tercero habrá de ejercitar su prerrogativa de libre circulación, lo cual tendrá lugar cuando viaje acompañando a su familiar europeo o para reunirse con él.

A su vez, para ejercitar su derecho a la libre circulación, dicho ciudadano europeo debería, según la Directiva 2004/38/CE, bien regresar o desplazarse a su Estado de nacionalidad (residiendo en un Estado miembro distinto o en un tercer país), bien trasladarse a otro Estado miembro. De lo contrario, no estaría ejerciendo su derecho a la libre circulación, al no existir movilidad intracontinental. Sin embargo, España amplía el ámbito de aplicación de este régimen a todos sus nacionales, aunque vivan en territorio español y vayan a permanecer en él, para que no resulten discriminados con respecto a los demás ciudadanos europeos (pues otros Estados miembros son también laxos a este respecto).

#### **5. Presentación de la solicitud**

Las restrictivas reglas de determinación de la autoridad consular competente para tramitarla solicitud de visado (Estado de destino principal o, en su defecto, de primera entrada) no se aplican a los familiares de ciudadanos comunitarios o asimilables, por la obligación de brindarles las máximas facilidades para salvaguardar el ejercicio de su prerrogativa de libre circulación.

La solicitud se presentará:

- a) En cualquier Misión Diplomática u Oficina Consular del Estado en cuestión.
- b) En el modelo oficial del impreso armonizado del Anejo I del Código de visados.
- c) Personalmente o a través de representante acreditado.

El solicitante permitirá, cuando proceda, la captura de las impresiones dactilares planas

de los diez dedos de sus manos y adjuntará una fotografía conteniendo su imagen facial.

Cinco de las casillas del impreso –por ejemplo, las relativas a la profesión desempeñada por el solicitante y a su solvencia económica– no han de ser rellenadas por los familiares de ciudadanos comunitarios o asimilables que demuestren ser beneficiarios del derecho de la Unión Europea, con objeto de otorgarles las máximas facilidades. En el impreso, estas casillas están marcadas con un asterisco.

## 6. Tramitación preferente, simplificada y gratuita

Los Estados miembros concederán a los beneficiarios del derecho de la Unión Europea todas las facilidades para obtener los visados que precisen, para salvaguardar su derecho a la libre circulación.

Las solicitudes de visado de entrada deberán tramitarse con preferencia sobre las del régimen general de extranjería; es decir, sobre los visados de corta y larga duración. La Directiva 2004/38/CE nada dice del plazo en que deberán resolverse, limitándose a ordenar, en su artículo 5.2, que estos visados se expidan «lo antes posible, mediante un procedimiento acelerado». El artículo 4.2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, contiene la expresión «carácter preferente». Ahora bien, la Comisión Europea considera que los retrasos de más de 6 semanas no son razonables, teniendo en cuenta el plazo máximo previsto en el Código de visados para la resolución de la solicitud (45 días naturales cuando sea necesario examinarla con mayor detalle).

Lo antedicho será igualmente aplicable cuando exista, en una Embajada o un Consulado, un sistema de cita previa para la presentación de las solicitudes. Ya que el Código de visados señala que, cuando aquel se haya establecido, la cita tendrá lugar, en general, en un plazo tope de 2 semanas a partir de la fecha en que se haya pedido, para los peticionarios de un visado de entrada el plazo deberá ser inferior, para brindarles las máximas facilidades.

No se percibirá ningún derecho por las solicitudes de visado de entrada (ninguna tasa correspondiente a los gastos administrativos de tramitación de la solicitud).

## 7. Documentación de apoyo

El solicitante presentará un pasaporte válido y demostrará ser beneficiario del derecho de la Unión Europea, acreditando documentalmente el vínculo familiar alegado, el ejercicio de su prerrogativa de libre circulación y, cuando corresponda, la duración de la relación, la convivencia o la dependencia económica o física. La autoridad consular se mostrará abierta a la hora de aceptar los medios de prueba proporcionados, por el carácter privilegiado de este tipo de solicitudes.

El solicitante no estará obligado a:

- a) Justificar el objeto de su viaje.
- b) Presentar documentación relativa a su retorno (como un billete de vuelta), ya que podría solicitar la residencia en el Estado en cuestión.

- c) Demostrar que dispone de medios de subsistencia suficientes para su manutención, o que está en condiciones de obtenerlos legalmente.
- d) Estar provisto de un seguro médico de viaje adecuado y válido.
- e) Aportar una prueba de alojamiento o carta de invitación.

Para justificar que el petitionerio de un visado de entrada vaya a viajar acompañando a su familiar europeo o para reunirse con él, se exigirá una declaración, presencial o notarial, del ciudadano comunitario o asimilable, así como, en su caso, un billete de avión, tren o barco de ambos, solo de ida (aunque, si lo desean, podrá incluir el regreso). A su vez, el europeo habrá de presentar un certificado de empadronamiento del Estado miembro en el que resida o la prueba de su inminente traslado a otro Estado de la Unión.

Ante una autoridad consular española, los matrimonios contraídos con nacionales españoles se justificarán mediante los correspondientes certificados de inscripción en el Registro Civil español. Por su parte, los extranjeros casados con ciudadanos comunitarios o asimilables no españoles acreditarán el vínculo familiar aportando una partida registral del Estado europeo en cuestión o, en su defecto, una certificación de las autoridades de este último en la que se refleje claramente que dicho matrimonio es reconocido como válido según su legislación interna.

La Resolución 97/C 382/01 del Consejo, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos y el Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación, objeto de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 26 de septiembre de 2014, COM (2014) 604 final, resultan de gran utilidad para detectar posibles matrimonios concertados (por ejemplo, describiendo los factores que pueden permitir que se presuma que un matrimonio es fraudulento como, en particular, el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio, el que no hablen una lengua comprensible para ambos o el que se equivoquen sobre sus respectivos datos, sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos).

Las solicitudes de visado de estancia de extranjeros, no beneficiarios *a priori* del derecho de la Unión Europea, que planeen viajar al espacio Schengen para contraer ahí matrimonio con ciudadanos comunitarios o asimilables encierran una paradoja. En teoría, no deberían resolverse favorablemente, a no ser que el petitionerio aportase pruebas irrefutables de su intención de regresar, una vez casado, a su país de origen o procedencia, o de trasladarse a otro, no europeo, para residir allá. Ahora bien, el titular del visado habría asumido un compromiso de no permanecer en el espacio común que, en realidad, no tendría obligación de respetar, contraídas las nupcias y adquirido el estatus de beneficiario del derecho de la Unión Europea. Dicho esto, las autoridades consulares de los Estados prefieren que estas personas formalicen su matrimonio en la demarcación consular (por ejemplo, transcribiéndolo al Registro Civil consular), como paso previo a la tramitación de un visado de entrada.

Por lo que se refiere a la pareja de hecho, las autoridades consulares españolas deberán aceptar las inscritas en los diferentes Registros de Parejas Estables existentes en los

Estados miembros (siempre que su legislación impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado) o en las Comunidades Autónomas o los Ayuntamientos de España, velando por que no se hayan cancelado. El matrimonio y la inscripción como pareja registrada son incompatibles entre sí.

Para determinar que una persona vive a cargo de otra se evaluarán, en cada caso, sus circunstancias financieras. Si bien los envíos de dinero deben considerarse, cuando el ciudadano europeo y su pariente no vivan juntos en un país tercero, como el principal medio de prueba para acreditar la dependencia económica, por su verificabilidad y objetividad, no serán suficientes *per se*: deberá también evidenciarse que el solicitante del visado no dispone de otras fuentes de ingresos que le permitan subsistir (como, por ejemplo, una pensión). Las autoridades consulares podrán fijar un umbral mínimo de apoyo económico –empleando indicadores cuando lo estimen conveniente, siempre que sean oficiales, uniformes y perdurables–, aunque no deberán aplicar a este respecto las disposiciones relativas a la residencia temporal por reagrupación familiar del régimen general de extranjería. Cabrá igualmente aceptar, como prueba de dependencia, un justificante expedido por la autoridad competente del país de origen o procedencia del solicitante, cuando resulte fiable. Un simple compromiso del ciudadano europeo a ayudar al miembro de su familia no será suficiente para establecer la existencia de dependencia. Por otro lado, no cabe examinar las razones del mantenimiento; en particular, si el peticionario del visado podría teóricamente subvenir a sus necesidades básicas mediante el ejercicio de una actividad remunerada: así pues, la solicitud no podrá ser denegada argumentando que el extranjero dependiente no desea trabajar, pudiendo hacerlo.

En relación con los descendientes directos, imponer condiciones como, por ejemplo, la exigencia de que la patria potestad de un nieto extranjero sea ostentada por su abuelo europeo para que este pueda tramitar su visado de entrada, estando viva la madre extranjera de dicho nieto, socavaría el derecho a la libre circulación de este último al constituir un importante obstáculo a su desplazamiento.

Se considerará «pareja estable» aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En la red consular española bastará para ello demostrar un tiempo de convivencia marital de, al menos, 1 año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso será suficiente con aportar alguna prueba de cohabitación o de proyecto de vida conjunta. Esto último será también aplicable a la pareja en que la mujer esté embarazada.

En cuanto a la convivencia, en la red consular española esta se entenderá probada cuando se demuestre fehacientemente que el ciudadano comunitario o asimilable lleva 24 meses viviendo con el peticionario, de forma continuada, en su país de origen o procedencia.

Las autoridades consulares pueden establecer criterios objetivos específicos acerca de la naturaleza o la duración de la situación de dependencia física del solicitante, de la gravedad de su enfermedad o de su discapacidad.

Al resolver una solicitud de visado de entrada, resultará jurídicamente irrelevante el criterio de la unidad familiar; por ejemplo, cuando se estén examinando las solicitudes de un nieto menor de edad y de su progenitor, también extranjero, mayor de 21 años, y este último no pudiera acogerse al «régimen comunitario» –usualmente, por no justificar hallarse a cargo del ascendiente directo europeo común a ambos–. En principio, la autoridad consular estimará la primera solicitud y denegará la segunda, careciendo de



responsabilidad respecto de una eventual separación paterno-filial, pues se habría limitado a tramitar individualmente lo recibido. Ahora bien, la salida del país de los menores está habitualmente supeditada a la autorización expresa de sus dos progenitores, por lo que la negativa de uno impediría el viaje en cuestión y, por tanto, la expedición del visado de entrada (por ejemplo, si no obrara en el expediente la autorización del padre cubano de un menor que estuviese siendo *reagrupado* desde La Habana por su madre cubana, casada con un nacional croata residente en Madrid).

La documentación a exigir a los extranjeros beneficiarios del derecho de la Unión Europea debería ser objeto de armonización, en cada demarcación, en el ámbito de la cooperación local Schengen.

## 8. Expedición del visado

Al resolver favorablemente la solicitud de visado de entrada de un beneficiario del derecho de la Unión Europea, se le otorgará un visado de 90 días, con múltiples entradas, a utilizar en un período de validez de 180 días.

El marco temporal de validez máximo de un visado uniforme (de tipo «C») es superior al de un visado de entrada, ya que el primero puede llegar a los 5 años (cuando el peticionario deba, por razones de negocios, visitas familiares u otras, desplazarse con asiduidad a uno o más Estados Schengen y haya demostrado su integridad y fiabilidad; en particular, por el uso legítimo de visados anteriores), mientras que el segundo, como se acaba de indicar, no podrá superar los 180 días. Por paradójico que esto pueda resultar, por la preferencia de que gozarán siempre los familiares de ciudadanos comunitarios o asimilables, la explicación es sencilla y jurídicamente lógica: la condición de beneficiario del derecho de la Unión Europea puede, en principio, extinguirse con mayor facilidad que la de «solicitante de buena fe» (por ejemplo, si se produce la ruptura de una pareja de hecho).

Para salvaguardar el derecho a la libre circulación de los familiares de ciudadanos comunitarios o asimilables, cabrá otorgarles, si lo solicitan, visados de entrada consecutivos cuando acaben justo de disfrutar, en el mismo semestre, de una estancia de 90 días en el territorio europeo y deseen regresar inmediatamente a él. Cabe recordar que, en el régimen general de extranjería, las personas que acaben de agotar el máximo de 90 días de un visado uniforme necesitarán un visado de validez territorial limitada para poder regresar al espacio Schengen.

## 9. Resolución denegatoria

En puridad, las solicitudes de visado de entrada de quienes demuestren ser beneficiarios del derecho de la Unión Europea solo podrán desestimarse cuando concurren circunstancias extraordinariamente serias, porque el extranjero constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público, la seguridad interior o la salud pública de los Estados. Cuestión distinta es la imposibilidad de expedir el visado por un aspecto procedimental, como que falte la autorización expresa de un progenitor de un

menor para que este salga del país tercero.

El 31 de enero de 2006, España fue condenada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por denegar la entrada en su territorio al cónyuge argelino de una nacional española y por resolver desfavorablemente una solicitud de visado de estancia de otro ciudadano argelino, casado también con española, por la sola razón de que estaban incluidos en la lista de personas no admisibles del SIS (Sistema de Información de Schengen), sin haber comprobado antes si su presencia constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público, la seguridad interior o la salud pública de los Estados miembros (*Sentencia del Tribunal de Justicia 2006/C 86/05, de 31 de enero de 2006, sobre el «asunto C-503/03: Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España»*).

En la red consular española, cuando el solicitante no logre demostrar ser familiar de un ciudadano comunitario o asimilable, en el sentido del derecho de la Unión Europea, se empleará un impreso de notificación específico, diferente del recogido en el Anejo VI del Código de visados. Dicha resolución denegatoria de la condición de beneficiario del derecho de la Unión Europea indicará, con precisión y por extenso, el motivo o motivos en que se base, enumerando por escrito todos sus fundamentos fácticos y legales, de modo que el afectado pueda tomar medidas efectivas para asegurar su defensa. Estos datos no serán puestos en conocimiento del peticionario si ello fuera contrario a la seguridad del Estado, según determina el artículo 30.2 de la Directiva 2004/38/CE, y, en cuanto al ordenamiento jurídico español, el artículo 4.3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

Si un solicitante de visado de entrada figurase en la lista de no admisibles del SIS o fuera objetado en el marco de la consulta previa del artículo 22 del Código de visados por la autoridad central de otro u otros Estados, la Misión Diplomática u Oficina Consular elevará el asunto a su propio centro directivo para que indague al respecto. Para evitar que la demora producida al intentar averiguar la causa de la inserción del extranjero en el SIS suponga una injustificada restricción a su derecho a la libre circulación, España recomienda que se le conceda un visado territorialmente limitado, salvo que la autoridad consular tenga conocimiento fehaciente de la existencia de razones sobradamente graves que aconsejen no hacerlo. En la red consular española podrá otorgarse también un visado territorialmente limitado al beneficiario del derecho de la Unión Europea cuya solicitud de visado haya sido objetada por algún Estado en el marco del mencionado procedimiento de consulta previa o si la resolución de la solicitud de visado fuera a demorarse en exceso por dicha consulta.

La denegación de un visado de entrada será recurrible en reposición y en vía contencioso-administrativa.

**Tema 42**

**Los visados de larga duración en el ámbito de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el Reglamento de Extranjería, y de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. El visado de residencia sin finalidad laboral. El visado de reagrupación familiar. Los visados de residencia y trabajo. El visado de estudios. El desplazamiento temporal de menores extranjeros. Los visados para las personas emprendedoras, inversoras, investigadoras, profesionales altamente cualificadas y para movimiento intraempresarial de personas trabajadoras.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. Normativa española en materia de larga duración: 2.1 Ley Orgánica 4/2000 y el Reglamento de Extranjería. 2.2 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. 3. Procedimiento Administrativo para la tramitación de visados de larga duración. 4. Tipología de los visados de larga duración: 4.1 El visado de residencia sin finalidad laboral. 4.2 El visado de reagrupación familiar. 4.3 Los visados de residencia y trabajo. 4.3 El visado de estudios. 4.4. El desplazamiento temporal de menores extranjeros. 5 Los visados para inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados, investigadores y traslados intraempresariales.

**I. Contextualización**

El artículo 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contempla el desarrollo por parte de la Unión de una política común de inmigración destinada a garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios, respetando el derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de extranjeros procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

Sin embargo, en la actualidad, la política común de inmigración en la Unión Europea dista mucho de haber alcanzado su pleno desarrollo, habiéndose limitado a regular mediante Directivas la inmigración de trabajadores altamente cualificados, estudiantes, investigadores, traslados intraempresariales y la reagrupación familiar.

Los artículos 18 y 21 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, definen los visados para una estancia superior a tres meses (“visados para estancias de larga duración”) como visados nacionales expedidos por uno de los Estados miembros con arreglo a su propia legislación o al Derecho de la Unión, que deben ser expedidos con

arreglo al modelo uniforme para visados, especificándose en el encabezamiento el tipo de visado con la letra “D”, cuyo período de validez no podrá exceder de un año.

Sus titulares podrán circular libremente durante tres meses como máximo, en cualquier período de seis meses, por el territorio de los demás Estados miembros, siempre que cumplan las condiciones de entrada, lo que supone establecer una equivalencia entre el visado de larga duración y un permiso de residencia.

Todo ello supone que los estados miembros conservan en la actualidad la mayor parte de las competencias en materia de inmigración, que en España se regula a través de una normativa de carácter general y básico, integrada por la Ley Orgánica 4/2000 y el Reglamento de Extranjería, y una normativa especial contemplada en la Ley 14/2013 en la que se regulan determinados supuestos en los que, por razones de interés económico, se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones de residencia al objeto de atraer inversión y talento a España.

Tanto en el régimen general de extranjería como en el régimen específico de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el visado de larga duración constituye un elemento esencial en el procedimiento de gestión de los flujos migratorios por ser obligatoria su obtención con carácter general, al contrario de lo que sucede con los visados de corta duración cuya exigencia se vincula a la nacionalidad del solicitante.

Quedan exceptuados de la obligación de obtener un visado de larga duración solamente algunos supuestos de estudios y los casos contemplados expresamente en la Ley 14/2013.

Por último, conviene señalar la importancia que tienen los visados de larga duración para el Servicio Exterior del Estado, toda vez que su solicitud y expedición solo puede llevarse a cabo en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, no siendo posible su expedición ni en frontera ni en el interior del territorio español.

## **2. 2. Normativa española en materia de larga duración.**

### **2.1 Ley Orgánica 4/2000 y el Reglamento de Extranjería.**

La normativa española en materia de visados de larga duración se contempla con carácter general en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en el Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

Tanto la Ley Orgánica 4/2000 como su Reglamento establecen que los visados nacionales para estancias de larga duración son exigibles a todos los extranjeros y su tramitación y expedición se regula por la normativa española, que contempla las diferentes situaciones por las cuales un extranjero se desplaza a nuestro país: realizar cursos, estudios o trabajos de investigación o formación, residir o realizar una actividad laboral por cuenta ajena o propia.

Queda al margen del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 4/2000 y de su Reglamento de ejecución el ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de sus familiares, que se regula por

la legislación de la Unión Europea, incorporada en España mediante el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta el régimen especial contemplado en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

En lo que concierne a los Tratados Internacionales en los que España es parte, además de las exclusiones que se contemplan en el artículo 2 de la Ley Orgánica 4/2000, referidas a agentes diplomáticos y funcionarios consulares acreditados en España, cabe mencionar los Acuerdos de Movilidad de Jóvenes, suscritos hasta la fecha con 5 países, en los que también se establece un procedimiento especial para la tramitación de los visados de larga duración.

## **2.2 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.**

Ley 14/2013 regula determinados supuestos en los que, por razones de interés económico, se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones de residencia, al objeto de atraer inversión y talento a España, de inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados, investigadores y traslados intraempresariales

Mediante esta ley se ha creado un procedimiento “paralelo” al establecido en la Ley Orgánica 4/2000, dejando en manos del interesado la elección sobre si desea de acceder a una autorización de residencia por la vía del visado o directamente en España sin necesidad de visado previo, lo que supone una importante excepción al principio general mencionado anteriormente de que los visados nacionales para estancias de larga duración son exigibles a todos los extranjeros.

## **3. Procedimiento administrativo para la tramitación de visados de larga duración.**

En lo que se refiere al procedimiento de tramitación de visados de larga duración, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el sentido de que las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo se rigen por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en dicha Ley.

La Ley Orgánica 4/2000 establece que los procedimientos administrativos en materia de extranjería deben respetar en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, salvo lo dispuesto en relación con la tramitación de los visados.

En el procedimiento específico de tramitación de visados de larga duración cabe destacar que se deben solicitar personalmente ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España en cuya demarcación resida el extranjero, que se puede requerir la comparecencia personal del solicitante, que se le puede someter a una entrevista y que la denegación de visado pone fin a la vía administrativa, debiendo ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para trabajo por cuenta ajena.

El plazo máximo para notificar las resoluciones sobre las solicitudes de visado es de un mes salvo en el caso de la residencia no lucrativa, en que el plazo máximo será de dos meses.

Según la normativa española se pueden diferenciar dos procedimientos de tramitación del visado nacional:

1ª) Aquellos que se inician en España y requieren, con carácter previo a la solicitud del visado, la obtención de una resolución favorable de las autoridades en materia de extranjería en el interior (Oficinas de Extranjería) y

2ª) Aquellos que se inician en las Oficinas Consulares españolas, cuya concesión suele estar subordinada a la emisión de un informe favorable o a la obtención de una resolución dictada por las autoridades laborales o gubernativas.

En el primer supuesto se incluyen los visados laborales, salvo el régimen de excepción a la autorización de trabajo, los de reagrupación familiar, salvo el régimen comunitario, los de menores desplazados, los de asilo y los de prestación transnacional de servicios.

En el segundo se incluyen los visados de residencia, de estudios, de residencia con excepción al permiso de trabajo y de prestación transnacional de servicios cuando la empresa está radicada en un Estrado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

Tanto en el procedimiento de tramitación de visados establecido con carácter general por la L.O. 4/2000, como en el procedimiento simplificado de la Ley 14/2013, los requisitos para la obtención de un visado de larga duración se concretan en la posesión de un documento de viaje válido, carencia de antecedentes penales, no padecimiento de enfermedades que puedan tener repercusiones de salud pública graves, disponibilidad de medios económicos y seguro médico, añadiéndose requisitos relacionados con la finalidad del viaje según sea el propósito de la estancia en España.

Los visados de larga duración, al igual que los de corta duración, se expiden en un único modelo uniforme de etiqueta establecida en virtud del Reglamento (CE) 1683/95, modificado por Reglamento (UE) 2017/1370.

A diferencia de lo que ocurre con los visados de corta duración, los solicitantes de un visado de larga duración están exentos de la obligación de facilitar sus impresiones dactilares.

#### **4. Tipología de los visados de larga duración:**

##### **4.1 El visado de residencia sin finalidad laboral.**

El visado de residencia se solicita personalmente en la Misión Diplomática u Oficina Consular española en cuya demarcación resida el extranjero, acompañando los siguientes requisitos:

- a) Pasaporte en vigor.
- b) Certificado de antecedentes penales.
- c) Certificado médico.

- d) Los documentos que acrediten medios económicos suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que se desee residir en España, sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral o profesional.
- e) Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España.

El expediente se traslada a la Oficina de Extranjería en cuya demarcación solicite la residencia el extranjero para que resuelva lo que proceda sobre la autorización de residencia.

Corresponde a la Oficina Consular valorar los requisitos, salvo la comprobación de que el interesado no se encuentra dentro del plazo de compromiso de no retorno y la carencia de antecedentes penales en España, que corresponde a la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente (Oficina de Extranjeros).

En este ámbito, cabe destacar la facultad que posee el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para ordenar a una misión diplomática u oficina consular la expedición de un visado de residencia, con el fin de atender circunstancias extraordinarias y en atención al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, en especial la política de inmigración, la política económica y la de seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España.

#### **4.2 El visado de reagrupación familiar.**

La reagrupación familiar es un derecho reconocido a los extranjeros residentes en España cuando tengan autorización para residir durante un año como mínimo y hayan solicitado la autorización para residir por, al menos, otro año.

Según se establece en el artículo 17 de la L.O. 4/2000, el extranjero tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

- Su cónyuge o persona que la que mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal.
- Sus hijos, así como los de su cónyuge o pareja.
- Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal.
- Sus ascendientes en primer grado o los de su cónyuge o pareja cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.
- 

El ejercicio del derecho a la reagrupación familiar se inicia en España por parte del extranjero residente, quien debe acreditar ante la Oficina de Extranjeros que dispone de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada.

En el plazo de dos meses desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización, el familiar que vaya a ser reagrupado deberá solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida, acompañando la solicitud con su pasaporte, un certificado de antecedentes penales, un certificado médico y la documentación original que acredite los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, la edad y la dependencia legal.

### **4.3 Los visados de residencia y trabajo.**

Dentro de la abundante casuística que se contempla en el ámbito laboral cabe destacar dos supuestos: trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia.

Si se trata de trabajo por cuenta ajena, el empleador o empresario que pretenda contratar a un trabajador extranjero no residente en España deberá presentar la correspondiente solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena en la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral.

Concedida la autorización, su eficacia quedará suspendida hasta la obtención del visado y posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de Seguridad Social, en el plazo de tres meses desde su entrada legal en España y por el empleador que solicitó la autorización.

La solicitud de visado deberá ir acompañada de Pasaporte ordinario o título de viaje, Certificado de antecedentes penales, Certificado médico y Copia del contrato laboral.

Si se trata de actividades laborales por cuenta propia la particularidad más destacable de este tipo de visado es que los dos procedimientos que se tramitan, por una parte la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia y por otra el visado, se inician en la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente al lugar de residencia del trabajador extranjero, debiendo estar resuelto favorablemente el primero por la Oficina de Extranjeros para poder iniciarse el trámite del visado.

### **4.4 El visado de estudios.**

El visado de estudios autoriza, en régimen de estancia, el extranjero que tenga como fin único o principal realizar una de las siguientes actividades de carácter no laboral:

- a) Cursar o ampliar estudios.
- b) Realizar actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de los investigadores.
- c) Participar en programas de intercambio de alumnos en cualesquiera centros docentes o científicos, públicos o privados, oficialmente reconocidos.
- d) Realizar prácticas no laborales.
- e) Realizar servicios de voluntariado.

Se someten a este mismo régimen los extranjeros que cursen en España estudios de formación sanitaria especializada de acuerdo con la Ley 44/2003, de 11 de noviembre, de profesiones sanitarias.



Un supuesto especial de estancia por estudios es la derivada del desplazamiento temporal de menores con fines de escolarización.

La realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma, mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales se regula de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación Au Pair.

El Reglamento de Extranjería establece los requisitos para obtención de un visado de estudios diferenciando los que deben ser valorados por la Misión Diplomática u Oficina Consular de los que deben ser valorados por la Oficina de Extranjería:

a) Requisitos a valorar por la Misión Diplomática u Oficina Consular:

1. Si el extranjero fuera menor de edad, y cuando no venga acompañado de sus padres o tutores, estar autorizado por éstos para el desplazamiento a España a efectos de realizar la actividad de que se trate, con constancia del centro, organización, entidad y organismo responsable de la actividad y del periodo de estancia previsto.
2. Que el extranjero tiene garantizados los medios económicos necesarios para sufragar los gastos de estancia y regreso a su país, y, en su caso, los de sus familiares.
3. Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España.
4. Cuando la duración de la estancia supere los seis meses, se requerirá, además:
  - Certificado médico.
  - Certificado de antecedentes penales, cuando se trate de solicitantes mayores de edad penal.

b) Requisitos a valorar por la Oficina de Extranjería:

1. Cuando se trate de solicitantes mayores de edad penal y para estancias superiores a seis meses, que carecen de antecedentes penales en España durante los últimos cinco años.
2. Además para cada uno de los supuestos de estancia previstos, la Oficina de Extranjería debe verificar la admisión en un centro de enseñanza o de investigación, la existencia del correspondiente convenio para la realización de prácticas no remuneradas o de un convenio que recoja un programa de voluntariado.

Todo extranjero, admitido en calidad de estudiante en otro Estado miembro de la Unión Europea, que solicite cursar parte de sus estudios ya iniciados o completar éstos en España podrá solicitar una autorización de estancia por estudios y obtenerla, si reúne los requisitos reglamentarios para ello, no siendo exigible el visado.

#### **4.5. El desplazamiento temporal de menores extranjeros.**

Resulta muy importante diferenciar claramente entre dos supuestos que tienen en cuenta la existencia de un eventual riesgo de desprotección del menor:

- a) Menores extranjeros que se desplazan a España con fines de escolarización, autorizados por sus padres o tutores y a cargo de estos.
- b) Menores extranjeros que se desplazan a España con fines de escolarización en programas promovidos y financiados por un tercero, ajeno a quienes ejercen su patria potestad o tutela.

En el primer caso se tramita un visado de estudios normal y corriente en los términos señalados en el epígrafe anterior siendo preceptiva la autorización de sus padres o tutores.

El segundo caso, al considerarse que puede existir un riesgo de desprotección para el menor, exige un informe previo de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en cuyo territorio vaya a permanecer el menor.

Si los menores van a permanecer con familias o personas individuales, éstas deberán expresar por escrito su conocimiento de que el desplazamiento del menor no tiene por objeto la adopción y su compromiso de favorecer el regreso del menor a su país de origen o procedencia.

En estos casos, la estancia acabará al finalizar el curso académico y el menor deberá regresar a su país. Si el menor desea continuar los estudios por más de un curso académico, se le deberá incluir en un nuevo programa y repetir de nuevo todo el procedimiento.

Un caso especial de desplazamiento temporal de menores extranjeros lo constituye el programa «Vacaciones en Paz», que cada año permite la acogida temporal por familias españolas de menores procedentes de los campamentos de refugiados saharauis situados en la provincia argelina de Tinduf.

## **5 Los visados para inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados, investigadores y traslados intraempresariales.**

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, no ha supuesto una modificación de los procedimientos establecidos con carácter general, sino que ha creado un nuevo procedimiento con la finalidad de diseñar una regulación más flexible que configure a la política migratoria como elemento clave de competitividad, estableciendo una serie de facilidades para aquellas categorías afectadas por interés económico, a saber, inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados, investigadores y traslados intraempresariales.

### **I. Inversores.**

Se consideran inversores aquellos extranjeros que realicen cualquiera de las siguientes inversiones significativas en España:

- a) La inversión, en un periodo no superior a los 60 días anteriores a la presentación de la solicitud, de, al menos:
  - Dos (2) millones de euros en títulos de deuda pública española.
  - Un (1) millón de euros en acciones o participaciones sociales de empresas españolas.
  - Un (1) millón de euros en depósitos bancarios en entidades financieras españolas.

b) La adquisición, libre de toda carga y gravamen, de bienes inmuebles en España por un valor igual o superior a quinientos mil (500.000) euros.

c) La puesta en marcha de un proyecto empresarial que vaya a ser desarrollado en España y que sea acreditado como de interés general.

El interés general del proyecto empresarial será valorado por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones (DGCOMINVER).

## 2. Emprendedores

Se consideran emprendedores los extranjeros que vengán a desarrollar en nuestro país una actividad emprendedora, entendiéndose por tal aquella de carácter innovador con especial interés económico para España.

Dicha consideración se valora para el caso de los visados por Oficina Económica y Comercial del ámbito de la demarcación geográfica donde el emprendedor presente la solicitud inicial de visado y para el caso de las autorizaciones por la DGCOMINVER.

## 3. Profesionales altamente cualificados

Se encuadran dentro de esta categoría, los siguientes grupos de profesionales:

a) Personal directivo o altamente cualificado de grandes empresas o grupos de empresas o pequeñas y medianas empresas (PYMES, en lo sucesivo) de sectores estratégicos.

b) Personal directivo o altamente cualificado que forme parte de un proyecto empresarial en el que concurra un incremento significativo de empleo, elevada inversión, interés general o una aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica. alguna de las siguientes condiciones:

c) Graduados, postgraduados de universidades y escuelas de negocio de reconocido prestigio.

El interés general del proyecto empresarial o la consideración de lo estratégico del sector será valorado, en cada caso y según la situación concreta, por la DGCOMINVER.

## 4. Investigadores

Se consideran como tales aquellos extranjeros que pretendan entrar y/o permanecer en España para realizar actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación en entidades públicas o privadas. En concreto, serán los siguientes casos:

a) El personal investigador al que se refieren el artículo 13 y la disposición adicional primera de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

b) El personal científico y técnico que lleve a cabo trabajos de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica, en entidades empresariales o centros de I+D+i establecidos en España.

c) Los investigadores acogidos en el marco de un convenio por organismos de investigación públicos o privados.

d) Los profesores contratados por universidades, órganos o centros de educación superior e investigación, o escuelas de negocios establecidos en España.

### 5. Profesionales que efectúen movimientos intraempresariales.

Son aquellos extranjeros que se desplazan a España en el marco de una relación laboral, profesional o por motivos de formación profesional, con una empresa o grupo de empresas establecida en España o en otro país, siempre que acrediten:

- a) La existencia de una actividad empresarial real.
- b) Titulación superior o equivalente o, en su caso, experiencia mínima profesional de 3 años.
- c) Existencia de una relación laboral o profesional previa y continuada, de 3 meses con una o varias de las empresas del grupo.
- d) Acreditación del traslado por parte de la empresa.

El visado nacional de larga duración no resulta de tramitación preceptiva para los extranjeros incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma si se encuentran regularmente en España, ya que en tal caso pueden optar por solicitar la autorización de residencia sin necesidad de visado ante la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Todos los extranjeros que se acojan a esta norma deben acreditar con carácter general el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) No encontrarse irregularmente en territorio español.
- b) Si se trata de familiares, acreditar el vínculo familiar o, en su caso, la relación de afectividad análoga a la conyugal.
- c) Carecer de antecedentes penales en España y en los países donde haya residido durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento jurídico español.
- d) No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- e) Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España.
- f) Contar con recursos económicos suficientes para sí y para los miembros de su familia durante su periodo de residencia en España.

La Ley 14/2013 establece la posibilidad de que ciertos familiares de los extranjeros que obtengan un visado de residencia al amparo de lo establecido en dicha Ley puedan solicitar, conjunta y simultánea o sucesivamente un visado de residencia siempre que los acompañen o se reúnan con ellos.

Los familiares son su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, los hijos menores de edad o mayores que, dependiendo económicamente del titular, no hayan constituido por sí mismos una unidad familiar y los ascendientes a cargo.

En materia de procedimiento la Ley 14/2013 contempla algunas particularidades, siendo de aplicación en lo demás el procedimiento establecido en la Ley Orgánica 4/2000 y

subsidiariamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Se exime de la obligación de comparecencia personal al interesado, por lo que los beneficiarios de la misma podrán solicitar y recoger el visado de residencia a través de representante debidamente acreditado.

El plazo de resolución del visado es de diez días y tanto si algún informe es desfavorable como si se comprueba que el interesado no reúne los requisitos exigibles, se denegará el visado mediante resolución motivada.

Los visados de residencia expedidos al amparo de la Ley 14/2013 tienen validez de un año, o igual a la duración de la autorización de residencia en caso de ser esta inferior, y autorizan la residencia de su titular en España sin necesidad de tramitar la tarjeta de identidad de extranjero.

GRUPO PRIMERO  
DERECHO CIVIL, DERECHO CONSULAR Y DERECHO MERCANTIL

## Tema 43

**El Derecho Mercantil. Los sujetos de la actividad mercantil: el comerciante y las sociedades mercantiles. El establecimiento de la empresa en el exterior: sucursales, filiales, agrupaciones de empresas. Contratos mercantiles. La compraventa internacional de mercaderías: el Convenio de Viena 1980, “Incoterms”; reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios.**

### 1. Introducción

Se ha conceptualizado tradicionalmente el Derecho mercantil como ‘Derecho privado especial’ para oponerlo al Derecho civil –Derecho privado común, pues el primero regula una realidad especial. En el Derecho mercantil está más presente la nota de historicidad, siendo su desarrollo mucho más marcado al tener que dar respuesta a una realidad en constante evolución. Además se debe destacar:

- Su autonomía, que hace que tenga una regulación autónoma, no solo contenida en el Código de Comercio sino también en otras leyes especiales.
- La nota de profesionalidad, en la medida en que se centra en la figura del comerciante o empresario.
- La creciente internacionalización y dinamismo de esta rama jurídica, pues con el paso del tiempo han ido apareciendo nuevas figuras, eminentemente transnacionales, que hacen necesaria también una regulación internacional.

### 2. El Derecho Mercantil

#### 2.1. Concepto y origen

Sánchez Calero define el Derecho mercantil como “aquella parte del Derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad económica”. Es reseñable la especialidad del Derecho mercantil respecto del Derecho común (pues regula relaciones particulares especiales), así como la centralidad de la figura del empresario.

Respecto de la cuestión de los actos mixtos (solo una de las partes es propiamente un comerciante), los mercantilistas entienden que la regulación corresponde en exclusiva al Derecho mercantil y no al derecho común. El artículo 2 CCom deja bajo el paraguas del Derecho mercantil todos los actos de comercio (“sean o no comerciantes los que los ejecuten”), lo que se complementa perfectamente con la opción de dejar fuera del Derecho mercantil determinados actos mixtos (art. 326 CCom, por ejemplo).

No siempre existió el Derecho mercantil como tal, pues el comercio no siempre necesitó de reglas particulares. Sus orígenes se encuentran en la Baja Edad Media, entre los siglos X y XI, en el norte de Italia: el carácter crecientemente rígido del ordenamiento jurídico privado no aportaba fórmulas que sirviesen a las exigencias de los mercaderes, y ello forzó la creación de normas especiales para los comerciantes.

## 2.2. Fuentes del Derecho mercantil

No cabe hablar propiamente de una teoría de fuentes propia del Derecho mercantil, pues no son distintas de las que señala el artículo 1 CCiv. La diferencia, por tanto, está en el contenido.

El artículo 2 CCom dice que “los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”.

- La ley mercantil, contenida con carácter general en el CCom 1885 así como en otras leyes mercantiles especiales, como la Ley de Contrato de Seguro. Destaca aquí la influencia del Derecho de la Unión Europea, con numerosas transposiciones de Directivas comunitarias.
- La costumbre mercantil. El Código de Comercio habla de “usos del comercio”: la práctica efectiva y repetida de una determinada conducta que acaba solidificándose como norma. La costumbre tiene un peso importante en el Derecho mercantil, pues en sus orígenes fue eminentemente consuetudinario. La doctrina distingue entre usos normativos –propiamente normas de Derecho objetivo que se imponen a la voluntad de las partes– y usos interpretativos, que contribuyen únicamente a interpretar y aplicar la ley.;
- Cuando nada prevean las normas especiales, se aplicarán las reglas generales del Derecho común (art. 50 CCom).

Existe cierto debate doctrinal sobre si son o no fuentes del Derecho mercantil:

- Los principios generales del Derecho (Uría los considera fuente supletoria).
- La jurisprudencia, (ver 1.6 CCiv) aunque las sentencias del TS influyen en la aplicación del Derecho mercantil.
- La *lex mercatoria*, los usos y costumbres del comercio internacional. La doctrina mayoritaria considera que tendrían que adaptarse como ley o costumbre patria para considerarse propiamente fuente.

## 3. Los sujetos de la actividad mercantil: el comerciante y las sociedades mercantiles

Sánchez Calero define al comerciante/empresario como “la persona física o jurídica que ejerce a título profesional y en nombre propio la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado”. El artículo 1 CCom los define legalmente como ”1. Los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican habitualmente a él. 2. Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen

con arreglo a este Código”. Existe una radical distinción entre empresario individual y empresario social, persona jurídica.

### 3.1. El empresario individual

Se exigen tres requisitos para que una persona física pueda tener esta consideración a tenor de la definición legal:

1. Capacidad legal.
2. Ejercicio del comercio.
3. Habitualidad en ese ejercicio.

#### 3.1.1. El estatuto jurídico del comerciante

Se concreta en los siguientes derechos y obligaciones:

- Posibilidad de utilizar en beneficio propio los medios de contabilidad y publicidad.
- Ejercicio de la competencia conforme a las normas y exigencia de lealtad a otros empresarios.
- Obligación de llevanza de la contabilidad ordenada y adecuada a la actividad mercantil (25.5 CCom).
- Obligación de lealtad en la competencia.
- Inscripción en el Registro Mercantil (potestativa para los empresarios individuales, con carácter general, pero obligatoria para el naviero, de acuerdo con el art. 19 CCom).

#### 3.1.2. La capacidad del empresario individual

El artículo 4 CCom la concreta: “tendrán capacidad para el ejercicio del comercio las personas mayores de edad y que tengan libre disposición de sus bienes”.

El menor emancipado no tiene capacidad mercantil, pues así se desprende del artículo 323 CC, con una excepción contemplada en el artículo 5 CCom. El artículo 271 CC establece la necesidad de que el tutor obtenga autorización judicial para una serie de actos que son muy habituales en el comercio.

#### 3.1.3. Prohibiciones al ejercicio del comercio

Puede ocurrir que una persona tenga la capacidad necesaria para desarrollar actividad mercantil y que, sin embargo, lo tenga prohibido:

- Prohibiciones absolutas, afectan a toda clase de comercio y a todo el territorio nacional (como las personas inhabilitadas por sentencia firme conforme a la Ley Concursal o los que por disposición especial no pueden comerciar, como militares o clérigos).
- Prohibiciones relativas, afectan a determinadas actividades o sectores mercantiles, o bien afecta a toda actividad mercantil en un concreto espacio (Jueces o Magistrados, ex art. 14.1 CCom).

#### 3.1.4. Responsabilidad del empresario individual



Como todo deudor, el empresario individual responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (1911 CC). La responsabilidad patrimonial del empresario individual no comprende solamente los bienes afectos a la actividad, sino todos los demás, puesto que en el comerciante persona física no se distingue entre patrimonio civil y patrimonio mercantil (a excepción del naviero, ver art. 19.3 CCom).

Cuestión distinta es la de la responsabilidad del comerciante casado. La regla general se contiene en el artículo 12 CCom, que consagra un principio de libertad, permitiendo que los cónyuges pacten en capitulaciones matrimoniales el régimen que tengan por conveniente.

### 3.2. Las sociedades mercantiles

#### 3.2.1. *Concepto y nacimiento: el contrato de sociedad*

Junto al empresario individual, el empresario social o sociedad mercantil ha adquirido singular importancia dadas las ventajas que aportan en la limitación de la responsabilidad patrimonial o la especialización material. Sánchez Calero la define como la reunión de dos o más personas para la realización de una actividad mercantil mediante la colaboración y/o aportación de elementos patrimoniales (definición no plenamente aplicable a las sociedades unipersonales).

La sociedad mercantil nace con un contrato de sociedad, que el 116 CCom define como aquel por el cual “dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro y siempre que se constituyan conforme a las disposiciones del Código de Comercio”. Este contrato se recoge en escritura pública, que ha de inscribirse en el Registro Mercantil (en las sociedades capitalistas, la personalidad jurídica se adquiere con la inscripción). La falta de inscripción puede conducir a dos fenómenos o situaciones que han de distinguirse:

- Sociedad en formación (ver artículos 36 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital).
- Sociedad irregular (art. 39 LSC, cuando se verifica la voluntad de no inscribir y, en todo caso, cuando transcurre un año desde el otorgamiento de escritura sin inscripción).

#### 3.2.2. *Clases de sociedades*

Las sociedades personalistas se encuentran reguladas en el Código de comercio. Las sociedades capitalistas se encuentran reguladas en la LSC, aprobada mediante un RD legislativo.

##### Sociedades personalistas

El nombre de los socios sirve para la formación de su razón social, siendo estos quienes gestionan la sociedad y responden, con carácter general, personalmente de las deudas de la sociedad en caso de que el patrimonio social sea insuficiente. Se distinguen:

- Sociedad colectiva (125 y ss CCom): los socios desarrollan colectivamente el objeto social y responden de forma subsidiaria de todas las deudas sociales. Existe una vinculación entre el nombre de la sociedad y la responsabilidad: en la denominación

de la sociedad han de constar los nombres de los socios. Se distinguen también los socios industriales, que solo aportan trabajo.

- Sociedad comanditaria (145 CCom), en la que existen socios colectivos, que responden ilimitadamente de las deudas sociales, y socios comanditarios, cuya responsabilidad se limita a lo aportado. Los socios comanditarios no participarán, salvo pacto en contrario, en la gestión y representación.

#### Sociedades capitalistas

Su rasgo fundamental es que en ellas los socios aportan medios financieros para constituir un capital preciso para el desarrollo del objeto social, siendo el capital el que responde únicamente de las deudas de la sociedad y no los socios. Son sociedades de capital la anónima, la de responsabilidad limitada y la comanditaria por acciones.

- Sociedad anónima: aquella en que el capital se divide en acciones y se integra por las aportaciones de los socios, que no responden personalmente de las deudas sociales (1.3 LSC). El capital para constituir una SA no puede ser inferior a 60.000 euros (4.3 LSC), que debe estar desembolsado en al menos una cuarta parte de su valor nominal –y las acciones íntegramente suscritas- en el momento de fundación o en el momento de ejecución del aumento del capital social (79 LSC). En la sociedad anónima debe constar tal nombre o las siglas SA (6.2 LSC).
- Sociedad de responsabilidad limitada es aquella en la que el capital social se divide en participaciones y se integra por las aportaciones de los socios, que no responderán personalmente de las deudas sociales (1.2 LSC). El capital mínimo no puede ser inferior a 3.000 euros (4.1 LSC), y las participaciones han de estar íntegramente asumidas por los socios y desembolsadas en el momento de otorgar escritura de constitución o ejecutar el aumento del capital social (78 LSC). La transmisión de las participaciones sociales encuentra algunas limitaciones legales (ver arts. 106 y ss LSC).

Sin perjuicio de la remisión a la regulación para un estudio en profundidad, conviene destacar algunas cuestiones sobre las sociedades capitalistas:

- Los socios en las sociedades capitalistas disfrutan de una serie de derechos entre los que están el de participación en las ganancias sociales y el patrimonio que resulte de la liquidación, el de asunción o suscripción preferente de nuevas participaciones o acciones, el de asistir o votar e las juntas generales, etc.
- En cuanto a su nacionalidad y domicilio, son españolas todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en España, dondequiera se hayan constituido, y que su domicilio radicaré donde se halle la administración y dirección, o donde esté su establecimiento principal (8 y 9 LSC).

#### **4. El establecimiento de la empresa en el exterior: sucursales, filiales, agrupaciones de empresas**

La progresiva internacionalización del tráfico mercantil ha impulsado el desarrollo de nuevos instrumentos que dan respuesta a los nuevos retos empresariales, como la búsqueda de nuevos mercados.

#### 4.1. Las sucursales

Son oficinas de ventas de una empresa matriz, situadas en un mercado seleccionado distinto al de ésta. Según el artículo 295 RRM, sucursal es un “establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión a través del cual se desarrollan, total o parcialmente, la actividades de la sociedad”. Las sucursales no tienen personalidad jurídica propia y acusan una dependencia de la empresa matriz, pues son una extensión suya.

Es la legislación del país huésped la que determina los límites de actuación de la sucursal, pudiendo involucrar en algunas cuestiones de responsabilidad a la empresa matriz (es común esta implicación a efectos fiscales).

En España, las sucursales han de constituirse por medio de escritura pública y han de ser inscritas separadamente en el Registro Mercantil (296 RRM).

#### 4.2. Las filiales

Sociedades que están controladas por otras. Aunque se constituyen de acuerdo con las normas del país huésped y tienen personalidad jurídica diferenciada, parte de su capital social está en manos de otra sociedad, denominada por ello empresa o sociedad matriz. En la LSC se incluyen como sociedades de responsabilidad limitada y al conjunto de filiales y matriz se le denomina grupo de empresas.

Suelen actuar como importadoras exclusivas de la empresa matriz según las pautas que esta marque a través del control que esta marque.

#### 4.3. Agrupaciones de empresas

- Consorcios de exportación, son agrupaciones temporales de empresas productoras de mercancías que pretenden introducir o consolidar un producto en un mercado determinado. Son entes sin personalidad jurídica al que las empresas que conforman el consorcio delegan parte de su producción o labores de exportación. Así, reducen los riesgos y costes en la exploración de mercados.
- Joint-ventures, son asociaciones entre empresas de varios países que colaboran puntualmente poniendo sus recursos en común para alcanzar un objetivo concreto o llevar a cabo una tarea particular. Esta colaboración suele concretarse en aspectos técnicos, comerciales o financieros, y se materializa a través de la creación de una empresa mixta o bien a través de un contrato que no implica la generación de una nueva sociedad. Es una alianza con fines estratégicos que permite estar presente en varios mercados al mismo tiempo.
- Agrupaciones europeas de interés económico, reguladas por la Ley 12/1991 (basada en un Reglamento de 1985). Tienen personalidad jurídica y carácter mercantil; su finalidad es incentivar la colaboración entre empresas para facilitar la actividad económica de sus miembros, sin fin de lucro para sí misma. Suelen realizar actividades auxiliares, tales como I+D, formación de recursos humanos... Han de constituirse con al menos dos personas (físicas o jurídicas), que tengan su domicilio legal en dos EM de la UE. La responsabilidad de los integrantes de la AEIE es ilimitada y solidaria por las deudas en que esta asociación incurra, y han de pagar impuestos por los beneficios de su actividad.

## 5. Los contratos mercantiles

### 5.1. Concepto

El contrato mercantil no es un contrato que difiera del concepto general de contrato en Derecho civil. Sánchez Román define el contrato como “la convención jurídica, manifestada en forma legal, por virtud de la cual una o más personas se obligan en favor de otras o varias, o recíprocamente, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer”. Esta definición nos permite conceptualizar el contrato mercantil como “aquel negocio jurídico bilateral que tiene naturaleza jurídico-mercantil”. El contrato mercantil, regido por la autonomía de la voluntad, es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles.

Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contrayentes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común (art. 50 CCom).

### 5.2. Especialidades

Al igual que en todos los contratos, los mercantiles son negocios jurídicos en los que han de concurrir los tres elementos esenciales marcados por el artículo 1261 CC: consentimiento, objeto y causa.

- Sobre la prueba, aunque se aplican con carácter general las reglas del Código Civil, el artículo 51 CCom señala una excepción: la prueba de testigos no es por sí sola suficiente para probar la existencia del contrato cuya cuantía exceda de 1500 pesetas (9 euros), con las excepciones del artículo 52. Además, los libros y pólizas de mediadores colegiados tienen el carácter de prueba privilegiada en Derecho mercantil.
- La perfección del contrato mercantil es consensual, igual que en Derecho civil, pero el artículo 54 CCom establece reglas particulares en el contrato entre ausentes: “hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe”. Además, en los contratos celebrados por dispositivos automáticos, hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.
- En cuanto a la interpretación, el artículo 57 del CCom determina que se regirá por el tenor literal del texto.
- En cuanto a la exigibilidad de las obligaciones, el artículo 62 CCom fija que, a falta de cláusula específica fijada por las partes, serán exigibles a los 10 días después de contraídas (o al día inmediato, si llevan aparejada ejecución).
- Aunque rige el principio de libertad de forma, cada vez son más frecuentes los contratos escritos.

Se debe tener en cuenta la importancia en el tráfico jurídico externo de tipos de contrato mercantil como el de transporte o el de seguro. No obstante, los más significativos han sido tradicionalmente los de compraventa internacional de mercaderías.

## 6. La compraventa internacional de mercaderías: el Convenio de Viena de 1980

La compraventa entre plazas que están más allá de las fronteras nacionales cobra aún más relevancia en la actualidad y ha dado lugar a la necesidad de establecer un régimen

internacional al respecto, conocido como la nueva *lex mercatoria*, que descansa sobre tres ejes:

- Las condiciones generales de contratación, reguladas por el Convenio de Viena de 1980.
- La interpretación homogénea de los términos comerciales, recogida en los llamados *Incoterms*, cuya última versión es de 2020.
- La garantía del pago a través del crédito documentario.

La Convención de las Naciones Unidas, o Convenio de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías fue adoptada el 11 de abril de 1980 (España se adhirió por instrumento el 17 de julio de 1990, publicado en el BOE de 30 de enero de 1991, entrando en vigor la Convención el 1 de agosto de 1991).

La Convención bascula sobre el principio de la autonomía de la voluntad (art. 6). Igualmente, no se exige que el contrato de compraventa a que se aplique esté recogido por escrito o tenga otros requisitos de forma (art. 11).

En cuanto a su ámbito de aplicación, la Convención es aplicable a los contratos de compraventa de mercancías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando esos Estados sean Estados contratantes, o cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante (art. 1). El artículo 2 de la Convención excluye determinados casos de su ámbito de aplicación: compraventa de mercaderías adquiridas para uso personal o doméstico, compraventas en subastas o judiciales, etc.

La Convención regula el contenido del contrato: los derechos y obligaciones de las partes, las acciones de incumplimiento, sus consecuencias (la rescisión o la indemnización por daños), pero la Convención no disciplina ni la validez del contrato de compraventa ni los efectos que el contrato pueda tener sobre la propiedad de las mercaderías (art. 4).

#### 6.1. *Incoterms* de 2010 y de 2020

Los *Incoterms* (*International Commercial Terms*) nacen en 1936, en el seno de la Cámara de Comercio Internacional, con la intención de tipificar los términos comerciales utilizados en las compraventas internacionales y darles a estas un sistema uniforme de interpretación que pueda ser asumido por las partes.

Actualmente su última edición data de 2020. Ello no significa que tenga que utilizarse necesariamente la versión más reciente, porque los *Incoterms* son derecho dispositivo.

El objeto de la regulación de los *Incoterms* es la interpretación de los términos comerciales entre comprador y vendedor (no se aplican al contrato de transporte ni al de seguro y no afectan a la relación de las partes con los transportistas). Son términos que establecen y clarifican, en una compraventa internacional de mercaderías, quién corre con la responsabilidad del transporte, dónde se produce la entrega de la mercancía, etc.

##### 6.1.1. *Incoterms* 2010

Los *Incoterms* de 2010, (en vigor en 2011) recogen once términos comerciales estructurados en cuatro grupos que regulan la entrega de mercancías, la transmisión de los riesgos, la distribución de los gastos y la tramitación de los documentos aduaneros: Grupo E. EXW (*ex works*), Grupo F. FCA (*free carrier*), FAS (*free alongside ship*) y FOB (*free on board*), Grupo C. CFR (*cost and freight*), CIF (*cost, insurance and freight*), CPT (*carriage paid*)

to), CIP (*carriage and insurance paid*), Grupo D. DAT (*delivered at terminal*), DAP (*delivered at place*) y DDP (*delivered duty paid*).

### 6.1.2. Incoterms 2020

En su nueva versión, que entró en vigor el 1 de enero de 2020, los Incoterms 2020 incluyen principalmente cambios relativos a la contratación del seguro para los términos CIF y CIP (el seguro debe cubrir hasta la llegada a puerto de destino o hasta la entrega al transportista en destino, respectivamente), además de sustituir el término DAT por el término DPU (*delivered at place unloaded*). La nueva denominación permite que la entrega se pacte en cualquier lugar (no necesariamente en una terminal).

La última novedad es que en el término FCA, si se trata de transporte marítimo, el comprador puede solicitarle a su transportista que le emita al vendedor un documento denominado B/L (*bill of lading*, carta de embarque), especificando “on board”. Este documento sirve como justificante de la entrega de la mercancía para facilitar el abono del crédito al vendedor como garantía del banco en el marco de un crédito documentario.

### 6.2. El crédito documentario

Uno de los aspectos más complejos de la compraventa internacional de mercaderías es el riesgo y la falta de garantías en la operación porque, al tener ésta lugar entre plazas lejanas, el momento del pago suele diferirse hasta que se produce la efectiva recepción de las mercancías.

Para cubrir esta incertidumbre surge el crédito documentario, que se define como aquella operación por la que un banco –banco emisor-, a petición de su cliente (el comprador), se compromete ante el beneficiario (vendedor) a pagar el importe de la compraventa internacional conforme los documentos relacionados con el condicionado del crédito le sean entregados en tiempo y forma. Esta es la definición recogida en las Reglas y usos uniformes para créditos documentarios (UCP), de la Cámara de Comercio Internacional.

Como elementos personales, en el crédito documentario se encuentran, por tanto, el comprador ordenante, el banco emisor y el vendedor beneficiario. Como elemento real, consta la carta de crédito, un documento por el que el banco emisor se compromete a pagar al vendedor y a aceptar o negociar las letras de cambio.

Caben dos grandes clasificaciones de los créditos documentarios:

- Pueden ser revocables o irrevocables. En el revocable, cabe la modificación del crédito documentario por parte del banco emisor o el ordenante sin necesidad de avisar o contar con el acuerdo del beneficiario.
- Pueden ser de cláusula roja o verde. En los de cláusula roja el exportador puede beneficiarse de un anticipo total o parcial del crédito, mientras que en los de cláusula verde, para que el exportador pueda beneficiarse de ese anticipo, tiene que justificar que tiene la mercancía en su poder o que está en proceso de fabricación.

## 6. Conclusión

En los últimos años se ha acelerado la transición en que se encuentra el Derecho mercantil, por varios motivos: dispersión normativa de la materia, aparición de nuevos ámbitos (Derecho de la competencia, por ejemplo) y mayor preocupación por la protección de los consumidores.

Sin abstraerse a estas nuevas tendencias, la figura del contrato y las dinámicas de la contratación siguen siendo fundamentales en el Derecho mercantil, pues éste se forma en

sus orígenes como un derecho esencialmente contractual. La nueva *lex mercatoria* viene a clarificar así el terreno de la compraventa internacional de mercaderías, núcleo de la contratación mercantil.

## BIBLIOGRAFÍA

- Textos legales:
  - Constitución Española
  - Código Civil
  - Código de Comercio
  - Convenio de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980
  - Incoterms 2010
  - Incoterms 2020
  - Reglas y usos uniformes para créditos documentarios (UPC 600)
  - Reglamento del Registro Mercantil
  - Ley 50/1980, de 5 de octubre, de Contrato de Seguro
  - Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías
  - TR Ley Sociedades de Capital
- Manuales:
  - *Hacia un nuevo Derecho mercantil*, Joaquín Garrigues
  - *Manual práctico de contratación mercantil, tomo I*, José Ramón Cano Rico
  - *Instituciones de Derecho Mercantil* (volumen I), Fernando Sánchez Calero
  - *Principios de derecho mercantil (tomo I)*, Fernando Sánchez Calero
  - *Instituciones de Derecho privado (tomos I, II y III, Derecho Mercantil)*, Juan Francisco Delgado de Miguel (coord.)
- Otros materiales:
  - Temas propios oposición notarías
  - Versión de la lección pronunciada por Joaquín Garrigues el 6 de mayo de 1970, última lección como catedrático
  - *La polémica sobre el concepto y las fuentes del Derecho Mercantil*, Josep-Oriol Llobet Majó

## Tema 44

### **El Derecho Marítimo. El buque: nacionalidad y abanderamiento. Las funciones consulares en materia de navegación marítima. Embargo, abordaje, salvamento y avería común.**

Sumario: 1. Introducción. 2. El Derecho Marítimo. 2.1. Concepto y características. 2.2. Fuentes y regulación. 3. El buque: nacionalidad y abanderamiento. 3.1. Concepto de buque e identificación. 3.2. Adquisición y documentación del buque. 3.3. Nacionalidad del buque: matriculación y abanderamiento. 4. Las funciones consulares en materia de navegación marítima; embargo; abordaje, salvamento y avería común. 4.1. Funciones consulares en materia de navegación marítima. 4.2. Embargo. 4.3. Abordaje. 4.4. Salvamento. 4.5. Avería común. 5. Conclusión

#### **1. Introducción**

El origen del Derecho marítimo, que va parejo al Derecho mercantil, se remonta a la Edad Media, tiempo en el que los cónsules desarrollaban actividades de mediación y resolución de las controversias entre mercaderes.

El Derecho marítimo, como se verá, es una disciplina jurídica que nace ligada al Derecho mercantil y que, con el tiempo, por referirse a cuestiones privadas directamente relacionadas con la navegación, va adquiriendo autonomía como disciplina jurídica.

En España, así como en otros países europeos, fundamentalmente, ha existido un debate doctrina que se mantiene en la actualidad sobre la especialidad o autonomía del Derecho marítimo. Al margen de las distintas posiciones, con la promulgación en España de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LENMAR de ahora en adelante), puede afirmarse la autonomía legislativa de la materia (aunque no jurisdiccional).

A la vista de lo anterior, puede decirse que autonomía, especialidad y unidad son las notas del Derecho marítimo, cuyas principales figuras, así como el repaso a las funciones consulares en la materia, serán el objeto de este tema.

#### **2. El Derecho Marítimo**

##### *2.1. Concepto y características*

Puede definirse someramente el Derecho marítimo como aquel conjunto de normas de carácter privado que regulan, específicamente, la navegación marítima. Arroyo Martínez lo conceptúa como aquella rama del Derecho que se ocupa de regular el conjunto de las relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar y lo marítimo, definición ésta más completa pues cubriría una serie de figuras e instituciones relacionadas con ciertos avatares de la navegación.

De acuerdo con el art. I.1 LENMAR, el DMA comprende el conjunto de normas que regulan “las situaciones y relaciones jurídicas nacidas con ocasión de la navegación marítima”. Esto



cubre tanto los actos, hechos y negocios que son antecedentes de la navegación (por ejemplo, la construcción de un buque) como presentes o posteriores (por ejemplo, recuperación de bienes en caso de naufragio). No se comprende sólo la navegación consistente en transporte por mar, sea de personas o cosas, sino también la navegación con fines diversos como de recreo o investigación.

Quedan apartados de la regulación de la LENMAR:

- Las cuestiones relativas a buques y embarcaciones de Estado, incluidos los de guerra, salvo disposición en contrario.
- La navegación por aguas interiores no marítimas (se rige por el RDL 1/2001, texto refundido de la Ley de Aguas)
- Las relaciones privadas que surgen en el marco del transporte acuático no marítimo, que se rigen por las normas de contrato de transporte terrestre.

El Derecho marítimo presenta una fuerte vinculación al Derecho mercantil desde sus inicios, hasta tal punto que, como se ha dicho, se discute doctrinalmente la autonomía del primero respecto del segundo. Ello no impide tratar al Derecho marítimo hoy como una disciplina particular, que presenta los siguientes caracteres:

1. Carácter consuetudinario y estable en tanto que estructura jurídica. A pesar de que el proceso de codificación del Derecho marítimo comienza propiamente en el siglo XIX, sus instituciones, que subsisten en la actualidad, son muy anteriores y de formación consuetudinaria.
2. Carácter innovador, rasgo que no está reñido con lo anteriormente dicho, y es que el Derecho marítimo no ha permanecido ajeno a la evolución económica y científica, sino que ha ido mutando constantemente para adaptarse a ella.
3. Sobresale también la tendencia internacionalista y uniformadora presente en el Derecho marítimo, que viene justificada por la propia estructura del comercio internacional. Cabe destacar en este punto la labor del Comité Marítimo Internacional, que desde 1897 trabaja en pro de esta uniformidad (su propósito principal es, precisamente, la unificación del Derecho marítimo).

## 2.2. Fuentes y regulación

Al igual que en el Derecho mercantil, en el Derecho marítimo no existe una teoría de fuentes diferenciada, sino un elenco particular por razón de la materia. El artículo 2 LENMAR disciplina esta cuestión estableciendo la siguiente prelación:

1. Tratados internacionales vigentes en España y normas UE sobre navegación marítima (art. 2.1 LENMAR: “La presente Ley se aplicará en tanto no se oponga a los tratados...”). Los tratados internacionales son la fuente más importante, y son constantes las referencias a ellos en la LENMAR, especialmente en instituciones como el embargo, abordaje, salvamento y avería, que se verán después.
2. Legislación marítima española, fundamentalmente contenida en la LENMAR y en el RDL 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos y Marina Mercante (LEPEMM a partir de ahora).
3. Los usos y costumbres en la navegación marítima.
4. La aplicación analógica de las normas de la LENMAR (“a falta de todo ello [lo anterior] y en cuanto no se pudiese recurrir a la analogía...”).
5. Derecho común

## 3. El buque: nacionalidad y abanderamiento

### 3.1. Concepto de buque e identificación

El artículo 56 LENMAR establece que el buque es “todo vehículo con estructura y capacidad para navegar por mar y para transportar personas o cosas, que cuente con cubierta corrida y de eslora, igual o superior a veinticuatro metros”. En los artículos siguientes (57-59 LENMAR) el concepto de buque se distingue de otros parejos como son los de embarcación, artefacto naval y plataforma fija.

La naturaleza y la identificación del buque se define por lo dispuesto en el art. 60 LENMAR:

- El buque es un bien mueble registrable, compuesto de partes integrantes y pertenencias, siendo las partes integrantes los elementos parte de la estructura del buque que no pueden separarse del mismo sin menoscabo de aquél, mientras que son pertenencias los elementos destinados al servicio del buque de modo permanente sin que se integren en su estructura. La identidad del buque, sin embargo, no se ve afectada por la mera sustitución de sus pertenencias o partes integrantes.
- La identificación del buque se realiza a través de su nombre, matrícula, numeración de la OMI (se denomina “número OMI”), pabellón, arqueo y otros datos que puedan determinarse reglamentariamente.

### 2.2. Adquisición y documentación del buque

Aunque para la LENMAR el buque es un bien mueble, pues ha de inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, al igual que sus cargas o gravámenes (en la sección de Buques y aeronaves), hay algunas cuestiones sobre su adquisición e hipoteca que lo asemejan su tratamiento al de los bienes inmuebles (el Reglamento Hipotecario se le aplica con carácter supletorio, ex art. 67 LENMAR).

El art. 63 LENMAR establece que la adquisición del buque ha de constar en documento escrito y, para producir efectos respecto de terceros, ha de inscribirse según lo dicho. Es posible también adquirir la propiedad de un buque por posesión de buena fe durante tres años continuados, con justo título registrado.

Por otra parte, el art. 78 LENMAR enumera una serie de documentos que han de portarse con el buque y que permiten su identificación, así como comprobar que cumple la normativa. Entre estos documentos se encuentran el certificado de matrícula, la patente de navegación, el rol de despacho, el diario de navegación, los cuadernos de máquinas y de bitácora o el certificado de seguro.

### 3.3. Nacionalidad del buque: matriculación y abanderamiento

Entendemos por ‘nacionalidad’ de un buque su adscripción a las normas de un Estado con carácter exclusivo, lo que faculta al buque en cuestión a navegar enarbolando el pabellón o bandera de ese Estado, de manera que otros buques y tercero puedan identificarlo.

El artículo 92 de la Convención de las Naciones Unidas de Derecho del Mar reconoce jurisdicción exclusiva al Estado bajo cuyo pabellón navega un buque, adquiriendo así la nacionalidad un rol fundamental en el tráfico marítimo. Por otra parte, el artículo 91 de la misma Convención señala que “cada Estado establecerá los requisitos para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro de su territorio y para que tenga el derecho a enarbolar su pabellón”.

La cuestión de la nacionalidad del buque se regula en la normativa española en los artículos 88-96 LENMAR y en el Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo. La LENMAR conceptúa el abanderamiento como “el acto que otorga el derecho a enarbolar el pabellón español” (art. 88), señalando

en el art. 89 que la navegación bajo pabellón nacional se puede realizar, bien cuando se obtenga la Patente de Navegación, bien con pasavante provisional. Este artículo remite, por tanto, a dos procedimientos distintos, regulados en el citado Real Decreto, que no supone ninguna diferencia de régimen entre buques una vez enarbolan el pabellón español.

### 3.3.1 Abanderamiento

Tradicionalmente, el término 'abanderamiento' se ha reservado para el procedimiento por el cual se concede el pabellón español a buques construidos en el extranjero e importados a España. Se regula en los arts. 22 y siguientes del RD 1027/1989. Este procedimiento comienza con la presentación de una solicitud de abanderamiento, a lo que se acompaña el documento de importación, la baja del buque en el registro de procedencia y el documento de propiedad del buque, así como otros documentos aduaneros. Revisada la documentación, el Cónsul español competente expedirá pasavante provisional, un documento que permite al buque navegar por un máximo de 6 meses con el único fin de alcanzar puerto español. En ese plazo, el titular solicitará en la Jefatura Provincial de su elección la inscripción provisional en el Registro. Comprobada la documentación, se realizará la inscripción definitiva, aprobando el abanderamiento y concediendo la patente de navegación. Cabe destacar que la aprobación del abanderamiento la propone la Dirección General de la Marina Mercante al Ministro de Transportes, pues es esa DG la que cursa propiamente la instancia, aunque se le haga llegar por conducto consular.

### 3.3.2. Matriculación

La matriculación es el procedimiento de nacionalidad de buques construidos en España. En este caso, el expediente de matriculación se inicia mediante solicitud de autorización para comenzar la construcción del buque, presentada por el astillero constructor y el titular contratante, y es concedida por la DG Marina Mercante. Se ordena, después, la matriculación provisional del buque en la lista novena del Registro de Matrícula de los Buques (art. 4.1.i RD). Una vez despachado el buque con el rol provisional, el titular tiene un plazo de dos meses para presentar la solicitud de matrícula definitiva en el Registro. Ello permite el acceso al Registro Central para que se extienda patente de navegación, que permite al buque navegar bajo pabellón español (la expide el Ministerio de Transportes a través de la DG Marina Mercante).

## **4. Las funciones consulares en materia de navegación marítima; embargo; abordaje, salvamento y avería común**

El Derecho marítimo ha estado íntimamente relacionado siempre con las funciones consulares (de hecho, hubo épocas en que los cónsules dependían directamente del Ministerio de Marina). Aunque gran parte de las funciones consulares se han ido rebajando y diluyendo con el paso del tiempo, especialmente las facultades jurisdiccionales y disciplinarias, estas siguen desarrollándose en múltiples momentos de la vida de la nave.

### *4.1. Funciones consulares en materia de navegación marítima*

De manera genérica, las funciones consulares pueden agruparse de la siguiente manera:

- Funciones de inspección y control consular. Estas están reconocidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, cuyo artículo 5.k permite que el Cónsul pueda subir a bordo del buque del Estado que envía o enviar a un delegado, interrogar al capitán o a la tripulación sobre cualquier acaecimiento de la navegación, y puede investigar a toda persona que forme parte de la comunidad a bordo del buque.

- Funciones administrativas. Estas se refieren a los buques que tienen la nacionalidad del Estado que envía y arriben a un puerto de la demarcación consular en cuestión. La mayor parte de estas funciones se ha visto simplificada en la segunda mitad del s. XX, pero cabe mencionar cuatro casos fundamentales sistematizados por la Dirección General de la Marina Mercante en el caso español:
  - Como se ha visto, el Cónsul interviene en el abanderamiento de buques expidiendo el pasavante provisional para que el buque pueda navegar a puerto español.
  - En la exportación de buques, cuando un buque español cambie de bandera en un puerto extranjero y pase a ostentar otra nacionalidad. En este caso, ante el Consulado ha de presentarse la comunicación del día del cambio de bandera, el rol de despacho y dotación (para su caducidad y devolución al interesado), la patente de navegación, así como otros documentos. El Cónsul tramitará esta documentación y la remitirá a la DGMM, quien expedirá la autorización para la exportación (255 TR Ley Puertos del Estado y Marina Mercante, y art. 58. RD 1027/1989).
  - En caso de hundimiento o siniestro que implique pérdida total del buque (ha de instruirse la baja de oficio, art. 61 RD 1027/1989). El Cónsul ha de informar a la DGMM cuando el capitán del buque, siguiendo lo establecido en el art. 504 LENMAR, realice una protesta de mar (expediente notarial) ante el Cónsul español si el primer puerto al que arriba es extranjero.
  - Venta forzosa en el extranjero. Para evitar los casos en los que, por embargo de un buque en un país no firmante del Convenio Internacional sobre Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval de 1993 (este convenio establece la obligación de notificar el embargo en su art. 11), un buque acabe estando bajo pabellón de dos banderas, el Cónsul ha de comunicar a la DGMM cualquier subasta o embargo de buque español de que tenga noticia.
- Funciones de policía y disciplinarias. Estas funciones están muy limitadas en la actualidad, ya que actualmente no se puede efectuar detenciones a bordo por simples faltas. Hoy, la autoridad consular se limita a hacer arrestar a los desertores siempre que los tratados vigentes entre países así lo establezcan. Los convenios consulares contienen normas para la consagración del principio de formación consuetudinaria, según el cual el Cónsul es competente para conocer de las controversias entre capitán y tripulación, sobre todo en materias de salario y alimentación (que remitirá al Instituto Social de la Marina, dependiente del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones).

Por otra parte, en la medida en que los funcionarios consulares están facultados para ejercer funciones notariales en el exterior, habría que hacer mención también a los expedientes notariales de Derecho marítimo en que pueden intervenir. La LENMAR contempla cinco supuestos: la protesta de mar por incidencias en el viaje, ya mencionada, la liquidación de la avería gruesa (a la que se hace mención más adelante), depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo, y el expediente sobre el extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque.

#### 4.2. Embargo

El embargo del buque se regula en el Capítulo II del Título IX LENMAR, que a su vez se remite al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999.

El artículo 1 del Convenio define el embargo como toda inmovilización o restricción a la salida de un buque impuesta por resolución de un tribunal en garantía de un crédito marítimo (pero no para la ejecución de una sentencia ya recaída o de un laudo arbitral ya dictado). El principio fundamental del convenio es que sólo se puede embargar o levantar

el embargo a un buque por resolución del Tribunal del Estado en el que se ha practicado el embargo, y que sólo se puede embargar un buque en virtud de un crédito marítimo, no de otro tipo. Según lo establecido en la ley, para decretar el embargo tiene competencia el tribunal que tenga la competencia objetiva para conocer de la pretensión principal, o el tribunal del puerto en que esté el buque (o al que se espera que un buque arribe).

Para que se decrete el embargo preventivo por crédito marítimo, basta con la alegación del derecho o créditos reclamados, la causa que motive la reclamación y la embargabilidad del buque.

#### 4.3. Abordaje

El abordaje, técnicamente, es el choque o colisión entre dos buques que ocasiona daños para alguno de ellos, o bien para las personas o las cosas. Se regula por los artículos 339 y siguientes LENMAR, que remiten también al Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje, firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 1910.

La frecuencia y gravedad de los abordajes en el tráfico moderno explican los esfuerzos de la comunidad internacional para dar pautas y normas para prevenirlos, resultado de lo cual es el Convenio sobre el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes, adoptado en Londres el 20 de octubre de 1972.

De la lectura conjunta del Convenio de 1910 y la LENMAR, se pueden distinguir tres supuestos de abordaje que remiten a distintos regímenes de responsabilidad.

- Abordaje por falta común o por culpa compartida. Se trata de aquel abordaje en el que la culpa es de ambos buques, en cuyo caso la responsabilidad se gradúa en función del grado de culpa de cada buque (341 LENMAR). Si no es posible establecer de quién es la culpa o cuál sea el grado de culpa de cada buque, la responsabilidad se atribuirá a partes iguales entre ambos armadores. Con respecto a terceros, la responsabilidad de los armadores es solidaria (342 LENMAR).
- Abordaje culpable o por falta de un buque, que es el causado por culpa, negligencia o impericia de uno de los capitanes (asumirá la responsabilidad el buque culpable).
- Abordaje fortuito. Es propiamente un tipo doctrinal y convencional, que se haya excluido como tal de la ley. En él, cada parte soportaría sus propios daños.

#### 4.4. Salvamento

Los artículos 357 y siguientes LENMAR regulan la institución del salvamento, remitiéndose al Convenio Internacional sobre salvamento marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989.

Según la definición legal, el salvamento es “todo acto emprendido para auxiliar o asistir a un buque, embarcación o artefacto naval, o para salvaguardar o recuperar cualesquiera otros bienes que se encuentren en peligro en cualesquiera aguas navegables, con excepción de las continentales que no están en comunicación con las aguas del mar y no son utilizadas por buques de navegación marítima” (art. 358 LENMAR). De este concepto, no obstante, ha de excluirse aquella asistencia referida a bienes fijados permanente e intencionalmente a la costa, aquellas operaciones que tengan por objeto recuperar el patrimonio cultural sub-acuático así como el hallazgo o recuperación de productos del mismo mar o de las aguas navegables.

Las operaciones en que consiste el salvamento pueden redundar en una utilidad para el buque y las cosas que este contiene, por ello, la regulación convencional y legal reconocen el derecho a premio en estos casos. Se trata de una especie de recompensa dada a los salvadores, cuyo valor no puede superar el del buque y las cosas salvadas.

Tanto la doctrina como la regulación internacional del salvamento suelen exigir los siguientes requisitos:

- Para que haya salvamento, ha de existir una situación de peligro para el buque capaz de provocar a éste daños graves o incluso su pérdida.
- Si el propio buque socorrido se opone de manera razonable al salvamento, no cabría como tal. El art. 364 LENMAR establece que no habrá derecho a premio en el caso de que haya habido oposición razonable del buque al salvamento.
- No habrá salvamento cuando el buque socorrido tenga, por sí mismo, capacidad de superar la situación de peligro (este requisito permite diferenciar el salvamento de la asistencia).

La doctrina distingue además dos tipos de salvamento:

- El salvamento por propia iniciativa, que es aquel que surge de forma espontánea o por la petición del buque en peligro. Implica la suscripción de un contrato de salvamento que se perfecciona mediante radiotelegrafía o señales ópticas o sonoras. Se trata de un contrato muy cercano al arrendamiento de obra, en tanto que lo importante no es el esfuerzo sino el resultado (principio *'no cure, no pay'*).
- Salvamento obligatorio, que es el que viene impuesto por ley o por orden expresa de la autoridad marina competente (ver art. 367 LENMAR, sobre la intervención de esta autoridad en el salvamento).

#### 4.5. Avería común

Se denomina avería a todos los daños y gastos deliberadamente causados para salvar el buque, su cargamento o ambas cosas, de un riesgo conocido y efectivo. Esta es la definición general que se recogía en el Código de Comercio en su Libro III (derogado) y también las llamadas Reglas de York Amberes en su última versión, de 2016, establecidas por el Comité Marítimo Internacional.

Existen dos tipos de avería, aunque en este tema nos vamos a centrar en la regulación de la avería común:

- La avería común o gruesa es aquella que se produce voluntariamente y por la contribución de todos los interesados en el buque y su cargamento, redundando el acto en beneficio de todos los participantes. El art. 347 LENMAR dice que hay avería gruesa cuando “intencionada y razonablemente, se causa un daño o gasto extraordinario para la salvación común de los bienes comprometidos en un viaje marítimo con ocasión de estar todos ellos amenazados por un peligro”. Un ejemplo clásico de avería gruesa es la situación en que hay que echar al mar parte de la carga para salvar el buque y el resto de las mercancías cuando hay mala mar.
- Avería particular es la que se produce de forma involuntaria, de tal manera que sólo beneficia a alguno o algunos de los interesados en el buque o su carga.

De la necesidad de formular un conjunto de normas sancionadas por el uso internacional que sirviesen como contrato-tipo surgieron las Reglas de York-Amberes, cuya última revisión ha tenido lugar en 2016 (las anteriores versiones eran de 1994 y 2004). En su última versión, este conjunto cuenta con una regla primordial de interpretación, siete reglas literales (de la A a la G) y veintitrés reglas numeradas. Algunas de las novedades que presenta esta versión, a diferencia de la de 2004 (que apenas fue utilizada) es la admisión del salvamento en la avería gruesa, pues la Regla VI contempla la liquidación de la remuneración por salvamento, o la posibilidad de incluir en la liquidación los gastos de reparaciones provisionales llevadas a cabo en puerto de refugio, cuando esas reparaciones sean necesarias para continuar con la aventura marítima común (Regla XIV, que vuelve a la versión de 1994).

En cuanto a la liquidación de las averías comunes, el 506 LENMAR permite llegar a un acuerdo entre los interesados, siendo el armador el que designa al liquidador privado. Si no existe tal acuerdo, cualquiera de ellos puede solicitar a un notario que se tramite un expediente de liquidación. En ese escrito de liquidación de avería gruesa han de establecerse los hechos, los gastos y daños producidos, ... Es el notario el que designa al liquidador y el plazo para proceder a la liquidación de la avería.

## 5. Conclusión

La aprobación de la LENMAR en 2014 ha puesto fin en España al debate sobre la autonomía legislativa del Derecho marítimo, aunque esta materia siga apoyándose en otras normas y aunque la autonomía científica de esta rama jurídica no quede bien afirmada en el sistema español.

Esta norma, plenamente receptiva de lo dispuesto en convenios internacionales sobre la materia, viene, por tanto, a subrayar los caracteres de dinamismo, tradición consuetudinaria e internacionalismo en el Derecho marítimo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Textos legales:
  - Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima
  - Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo
  - Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante
  - Reglas de York-Amberes, versión 2016
  - Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordaje, firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 1910
  - Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999
  - Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989 (y protocolos)
- Manuales:
  - *Compendio de Derecho Marítimo*, Ignacio Arroyo Martínez
  - *Derecho Consular. Guía práctica de los Consulados de España*, José Torroba
- Otros materiales:
  - Temas propios oposición notarías

GRUPO PRIMERO  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**Tema 45****El Derecho Internacional Privado y su sistema de fuentes. Jurisdicción y competencia judicial internacional. La determinación de la ley aplicable. El orden público. El estatuto y la capacidad de la persona física**

Sumario: 1. Introducción. 2. El Derecho Internacional Privado y su sistema de fuentes. 3. Jurisdicción y competencia judicial internacional. 4. La determinación de la ley aplicable. 5. El orden público 6. El estatuto y capacidad de la persona física 5. La sucesión de Estados

**I. Introducción**

En la sociedad actual (economía globalizada, flujos migratorios, parejas mixtas, viajes de estudios, trabajadores expatriados, adopciones internacionales, etc.) hay una multiplicación de los supuestos en que los particulares desarrollan relaciones jurídicas con alguna conexión o vínculo de internacionalidad: residiendo en un país distinto al de su nacionalidad (por estudios, por trabajo...), casándose con una persona de otra nacionalidad o en el extranjero, adoptando a un niño de otra nacionalidad o en otro país, falleciendo en el extranjero, etc. Todas estas situaciones, ya sean actos, negocios o contratos, en las que concurren vínculos con más de un Estado, plantean el problema de qué Estado será competente para conocer de un posible litigio relativo a ese acto, negocio o contrato, qué Derecho aplicará, y qué valor dará a una eventual decisión proveniente de otro Estado. La rama del Derecho que regula estas cuestiones es el Derecho Internacional Privado. No se trata de un conjunto de normas internacionales; cada Estado tiene sus propias normas de Derecho Internacional Privado.

**2. El Derecho Internacional Privado y su sistema de fuentes.**

El **Derecho Internacional Privado** es el “sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de las situaciones privadas internacionales” (CALVO CARAVACA). Es decir, es el conjunto de normas que establecen los Estados para dar respuesta a las situaciones jurídicas que afectan a personas físicas o a personas jurídicas y que contienen algún elemento de internacionalidad (así, en el caso de un contrato entre particulares: nacionalidad o residencia de las partes, lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución de las obligaciones, cláusula de sumisión a una jurisdicción o de determinación de la ley aplicable, etc.).

Así, se trata, a pesar de su denominación, de un Derecho esencialmente *estatal*, ya que cada Estado (salvo en el caso de la UE, que cuenta con un sistema propio de Derecho Internacional Privado) determina sus propias normas de Derecho Internacional Privado. Ciertamente, los Estados pueden suscribir convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, en los que establezcan normas comunes, y sólo en ese supuesto estaremos ante normas de Derecho Internacional en el sentido del Derecho Internacional Público. Por tanto, cada Estado cuyos órganos jurisdiccionales deban resolver acerca de una



situación jurídico-privada con vínculos de internacionalidad buscará en sus propias normas de Derecho Internacional Privado (incluyendo los convenios internacionales aplicables) si es o no competente, qué Derecho material deberá aplicar, y si resulta posible reconocer una decisión extranjera.

Estamos ante una rama del Derecho *privado* en el sentido de que se refiere a situaciones que afectan a particulares (personas físicas o jurídicas), y no a relaciones interestatales (de las que se ocupa el Derecho Internacional Público). Ahora bien, eso no significa que las normas del Derecho Internacional Privado sean siempre normas de Derecho dispositivo, es decir, que puedan ser alteradas por las partes (como suele ocurrir con el Derecho Privado: Civil o Mercantil), ya que regula situaciones que afectan a intereses públicos (por ejemplo, los menores de edad) y protege las normas imperativas españolas (las llamadas “leyes de policía”).

Como ya se ha visto, el Derecho Internacional Privado contiene tres sectores de normas: **competencia judicial internacional** (normas que determinan la competencia de los jueces o tribunales de un Estado para conocer de asuntos con elementos de internacionalidad), **ley aplicable** (normas que determinan el Derecho de qué Estado debe aplicarse a un caso) y normas de **reconocimiento y ejecutividad de decisiones judiciales o extrajudiciales extranjeras**.

#### *Sistema de fuentes*

En cuanto al sistema de fuentes, no es distinto del general de nuestro ordenamiento jurídico: supremacía de la Constitución (y los valores y principios constitucionales que informan el conjunto del ordenamiento jurídico, ex art. 5 LOPJ) y principio de jerarquía normativa, que ubica las leyes y los tratados internacionales (que tienen rango de ley) en un segundo eslabón de la pirámide normativa, y las normas con rango infra-legal en un tercer eslabón. Especial consideración merecen las normas de la UE, que priman respecto a las normas estatales. La Constitución determina, además, que el establecimiento de las normas de Derecho Internacional Privado es una competencia exclusiva del Estado (149.1. 8º CE).

Existe un conjunto muy desarrollado de normas de la UE, que forman un subsistema propio de Derecho Internacional Privado. Este subsistema prima, dentro de su ámbito material, temporal, espacial y personal, respecto al sistema español (convenios internacionales suscritos por España y normas estatales). Así, siempre estudiaremos en primer lugar si nos encontramos ante un supuesto cubierto por normas de Derecho Internacional Privado de la UE, y sólo cuando no sea así recurriremos a las normas españolas: tratados internacionales de los que España sea parte, que desplazan las normas estatales en virtud del principio de especialidad, y las normas estatales españolas: leyes y reglamentos (ya que no hay reserva de ley en Derecho Internacional Privado). Cuando haya varias normas estatales aplicables, la especial desplaza a la general.

Estos son los principales cuerpos normativos europeos, convencionales y legislativos o reglamentarios que recogen normas de Derecho Internacional Privado:

- En **competencia judicial internacional**: los reglamentos UE *Bruselas I bis* (obligaciones civiles y mercantiles) y *Bruselas II bis* (crisis matrimoniales y protección de menores), el convenio de *Lugano II de 2007* (Espacio Económico Europeo y Suiza), los convenios de *La Haya* o la *Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial*.

- En **ley aplicable**: los reglamentos UE *Roma I (contratos)*, *Roma II (daños)* y *Roma III (separación y divorcio)*, los *convenios de La Haya* (por ejemplo, sobre disposiciones testamentarias, o sobre responsabilidad del fabricante) y el *título preliminar del Código Civil* (además de leyes especiales como, por ejemplo, la *Ley de Adopción internacional*).
- En **reconocimiento** de decisiones extranjeras: los reglamentos UE Bruselas I bis (obligaciones civiles y mercantiles) y Bruselas II bis (crisis matrimoniales y protección de menores), el Convenio de Lugano, los convenios de La Haya, y la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil*.

Como se ve, los reglamentos UE llamados *Bruselas* regulan tanto la competencia judicial como el reconocimiento, mientras que los llamados *Roma* regulan sólo ley aplicable. Además, hay reglamentos UE más recientes, para ciertas materias específicas, que regulan todo: competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento (por ejemplo, el *Reglamento de insolvencia de 2015*, el *Reglamento de alimentos de 2008* o el *Reglamento de sucesiones de 2012*).

También hay ciertos reglamentos UE llamados de segunda generación, que crean procedimientos judiciales europeos específicos y establecen un reconocimiento automático de las decisiones judiciales de cualquier Estado miembro, como son los reglamentos del *Título Ejecutivo Europeo*, del *proceso monitorio europeo* o del *proceso europeo de escasa cuantía*.

### 3. Jurisdicción y competencia judicial internacional

El primero de los tres problemas a los que se enfrenta el Derecho Internacional Privado es determinar en qué supuestos sus jueces y tribunales serán competentes para conocer de un determinado asunto que presente vínculos de internacionalidad. Es la llamada *competencia judicial internacional*. Pero la **jurisdicción** es un requisito previo a la competencia judicial internacional, y no se regula por normas de Derecho Internacional Privado sino de Derecho Internacional Público. Un Estado tiene jurisdicción para conocer de cualquier asunto con el que tenga una mínima conexión siempre que no viole normas de Derecho Internacional Público como, por ejemplo, las inmunidades de jurisdicción o las inmunidades del personal diplomático. Dentro de este amplio abanico de jurisdicción que el Derecho Internacional Público ofrece a los Estados, cada Estado optará por seleccionar para qué conjunto de supuestos, de entre todos los posibles, quiere que sus jueces y tribunales tengan competencia.

Así, la **competencia judicial internacional** es la “aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales” (CALVO CARAVACA). Consiste, pues, en la selección, de entre todos los posibles asuntos para los que un Estado podría teóricamente ejercer su jurisdicción, por tener algún tipo de conexión, de los supuestos concretos sobre los que decide ejercer su jurisdicción y declarar competentes a sus jueces.

La limitación de supuestos para los que un Estado se declara competente obedece a varias razones. 1º.- Los recursos jurisdiccionales de los Estados no son ilimitados y éstos deben seleccionar a qué asuntos deciden atribuirlos, para evitar que el contribuyente sufrague la resolución de casos muy alejados de su país. 2º.- Se suele considerar que un asunto debe ser juzgado por el Estado que tenga los vínculos más estrechos, evitando así los llamados foros de competencia desorbitantes (por ejemplo, un Estado que atribuyese a sus jueces

competencia para conocer cualquier asunto simplemente porque el *demandante* resida en ese país) y el “*forum shopping*” (el uso fraudulento de las reglas de competencia para entorpecer un litigio). 3º.- Las normas de competencia permiten, además, establecer qué parte en una relación jurídica asume el coste de la internacionalidad (el coste que supone desplazarse a litigar a otro Estado).

La determinación de la competencia judicial internacional de nuestros jueces y tribunales se regula, en primer lugar, en el régimen de la UE:

- **Reglamento Bruselas I bis (1215/2012), sobre competencia judicial en materia civil y mercantil:** obligaciones contractuales y extracontractuales, derechos reales y sociedades. Se trata del reglamento más importante de competencia judicial y contiene una estructura de foros de competencia muy similar a la de nuestra LOPJ, ya que ésta se inspiró en un instrumento antecesor de Bruselas I (el *Convenio de Bruselas de 1968*). Este reglamento se estudia más profusamente en otro tema.
- **Reglamento Bruselas II bis (2201/2003), sobre nulidad, separación y divorcio y responsabilidad parental,** también de gran importancia y que se estudia en otro tema.
- Otros reglamentos en materia mercantil, como el del procedimiento de insolvencia.
- Otros reglamentos de Derecho de Familia y de Sucesiones, como los de régimen económico del matrimonio y de las uniones registradas, alimentos, sucesiones, etc.).

Cuando no estemos en el ámbito material, personal, espacial o temporal de un Reglamento UE o de un tratado internacional, ya sea multilateral (como el *Convenio de Lugano II de 2007* entre los países de la UE y Suiza, Noruega e Islandia) o bilateral, será de aplicación el Derecho autónomo español: los foros de competencia previstos por los artículos 22-25 de la LOPJ.

La técnica jurídica mediante la cual estas normas atribuyen competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales de un Estado es estableciendo una serie de “**foros**”, siendo cada foro un supuesto de atribución de competencia. Estos son los principales tipos de foros:

- **Foros generales:** reglas generales de competencia; el caso más típico es el que atribuye la competencia al juez del Estado de residencia del *demandado* (es el caso, por ejemplo, del art. 4 del Reglamento Bruselas I bis).
- **Foros concurrentes:** son *foros especiales* que concurren con los generales, es decir, que se añaden como alternativa posible; por ejemplo: el lugar de ejecución del contrato.
- **Foros de protección:** son *foros especiales* que se añaden a los generales para tratar de proteger a la parte débil de la relación jurídica (por ejemplo, en el Reglamento Bruselas I bis establece foros a favor de consumidores, trabajadores o tomadores de seguros, evitando la “parte débil” deba asumir el coste de la internacionalidad para litigar).
- **Foros exclusivos:** son foros que atribuyen la competencia para conocer de un determinado tipo de asuntos en exclusiva a los jueces del Estado con una conexión determinada; por ejemplo, según el Reglamento Bruselas I bis, los jueces del Estado donde se ubique un inmueble serán los únicos competentes para decidir sobre la propiedad del mismo. En estos supuestos no se reconocerán las sentencias extranjeras.

- **Sumisión:** suele reconocerse la capacidad de las partes para acordar someterse a una determinada jurisdicción, ya sea de forma expresa (cláusula de sumisión en un contrato o en un pacto posterior) o tácita (por comparecencia de la parte demandada contestando al fondo de la demanda presentada ante un determinado juez).

#### 4. La determinación de la ley aplicable

Una vez que los órganos judiciales españoles se declaran competentes para conocer de un determinado asunto con vínculos de internacionalidad el paso siguiente es determinar qué Derecho resulta aplicable a la cuestión de fondo. Por tanto, no porque los jueces españoles sean competentes para conocer de un asunto determinado aplicarán necesariamente las normas españolas que regulan materialmente esa cuestión, sino que recurrirán a sus normas de Derecho Internacional Privado para determinar el Derecho material aplicable a la cuestión de fondo.

Para ello, existen varias **técnicas de reglamentación**, es decir, varias técnicas jurídicas para tratar de dar respuesta a la necesidad de determinación de la ley aplicable:

- (1) Técnica de reglamentación indirecta: es la que utilizan las llamadas “**normas de conflicto**”. Se llama indirecta porque la norma de Derecho Internacional Privado no señala directamente una solución material, sino que establece un punto de conexión para derivar al ordenamiento de otro Estado, cuyo Derecho material se aplicará.
- (2) Técnica de reglamentación directa: es la que utilizan las llamadas “**normas materiales especiales**” o normas uniformes, que proporcionan directamente la solución material al caso. Así, el importantísimo **Convenio de Viena de 1980 de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)** en lugar de determinar el Derecho de qué Estado se aplica para solucionar una controversia acerca de una compraventa internacional optará por establecer, directamente y de forma uniforme, una solución material, de modo que no sea necesario utilizar una “norma de conflicto” para determinar qué Derecho aplicar.
- (3) Técnica de reglamentación intermedia: es la que utilizan las llamadas “**normas de extensión**”, aquellas que buscan extender los efectos materiales de la norma de un ordenamiento jurídico a otro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el art. 9.6 2º del CC señala que “*La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. (...) Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.*” La norma material española “se extiende” a supuestos internacionales.

##### *Las normas de conflicto*

Las normas de conflicto son el principal instrumento de determinación de la ley aplicable. Una norma de conflicto contiene tres elementos, como veremos tomando como ejemplo el art. 10.1 CC: “*La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen*”:

- un **supuesto de hecho**: en nuestro ejemplo, la *propiedad* de un bien inmueble
- un **punto de conexión**: el *lugar donde se halle* dicho bien inmueble

- una **consecuencia jurídica**: la ley aplicable a la propiedad del bien inmueble será *la ley del lugar donde se halle dicho inmueble*.

Los principales cuerpos normativos que contienen normas en materia de ley aplicable utilizan la técnica conflictual, y son: los **reglamentos UE Roma I (obligaciones contractuales)**, **Roma II (obligaciones extracontractuales)** y **Roma III (separación y divorcio)**, los **convenios de La Haya** (por ejemplo, el de 1973 sobre responsabilidad por productos) y, residualmente, los arts. 9-10 del **título preliminar del Código Civil**.

Las normas de conflicto, al responder a una técnica indirecta de reglamentación, plantean una serie de problemas de aplicación: *calificación, reenvío, orden público internacional, fraude de ley internacional, remisión a sistemas legales plurilegislativos, carácter imperativo de la norma de conflicto*. Estos problemas de aplicación, y en este mismo orden, se resuelven mediante las *normas de funcionamiento* contenidas en el artículo 12 del Código Civil:

#### **Artículo 12.**

1. *La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.*
2. *La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.*
3. *En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.*
4. *Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.*
5. *Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado.*
6. *Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español.*

## **5. El orden público**

La cláusula de **orden público internacional** es “la excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en cuya virtud se descarta la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto” y así evita que la aplicación de un Derecho extranjero en España pueda generar un “daño a la organización moral y económica de la sociedad española” (CALVO CARAVACA). Algunos ejemplos obvios de resultados contrarios a nuestro orden público serían: la esclavitud, la poligamia, la prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo, el repudio, los derechos hereditarios disminuidos por razón de sexo o por una filiación atenuada.

La cláusula de orden público se encuentra recogida tanto en los Reglamentos de la UE a los que venimos haciendo referencia, como en numerosos convenios internacionales, así como, en nuestro Derecho autónomo, en el ya citado art. 12.3 CC (norma general y residual).

Los principios que configuran el **orden público internacional español** se contienen, esencialmente, en los principios y valores constitucionales. Por ejemplo, el principio de

igualdad (art. 14 CE), la disolubilidad del matrimonio (art. 32 CE) o la igualdad de los hijos ante la Ley (art. 39.2 CE). También se extraen principios de orden público internacional español del Derecho de la UE (por ejemplo, la libre competencia del art. 101 TFUE), de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes para España y de las leyes españolas (por ejemplo, el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, ex art. 44. 2º del Código Civil).

La cláusula de orden público internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto y, como tal, sólo debe aplicarse “cuando sea estrictamente necesario para proteger la estructura organizativa jurídica, moral y económica de la sociedad española”. Así, las disposiciones legales extranjeras cuya aplicación produce un resultado contrario al orden público no se aplican, pero sí el resto de disposiciones de ese mismo Derecho extranjero. Además, la cláusula de orden público se aplica de forma atenuada: no opera contra situaciones ya creadas legalmente en otros países con arreglo a su Derecho y que sólo generen efectos jurídicos periféricos en nuestro país. Así, un matrimonio poligámico celebrado en Marruecos no será válido en España, pero la segunda esposa sí podrá demandar alimentos a su marido ante los tribunales españoles o reclamar una pensión de viudedad, y la filiación de sus hijos será matrimonial. Por último, si la situación jurídica está muy alejada de la esfera española, el orden público internacional español no intervendrá. Por ejemplo, no se negará la aplicación de la norma de filiación afgana cuando estemos ante nacionales afganos con residencia en Afganistán.

La aplicación de la cláusula de orden público tiene dos efectos: un efecto directo o negativo -las disposiciones del Derecho extranjero cuyo resultado sea contrario al orden público internacional español no se aplican-, y un efecto indirecto o positivo: se aplica, en su lugar, otro Derecho, ya sea el previsto por otro punto de conexión de la norma de conflicto o, en su defecto, las disposiciones materiales del Derecho español.

## 6. El estatuto y capacidad de la persona física

El **estatuto personal** es el conjunto de cuestiones jurídicas relativas a la persona física. La ley aplicable a dicho estatuto personal se denomina **ley personal**. Esa ley personal suele determinarse a través de la nacionalidad de la persona, es decir, de su **ley nacional**. Así, el artículo 9.1 CC, que señala que “**la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad**. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.”

### Casos especiales

**Apátridas:** el art. 12.1 de la Convención de Nueva York sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 establece que “el estatuto personal de todo apátrida se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia”

**Personas de nacionalidad indeterminada:** el art. 9.10 CC señala que “se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual”.

**Refugiados:** no resulta de aplicación el art. 12 de la Convención de Ginebra de 1951, que establece el criterio del domicilio o la residencia habitual, porque España formuló una reserva, de modo que se aplica la

norma general del art. 9.1 CC y la ley personal de los refugiados será su ley nacional.

*Ámbito material real del art. 9.1 CC: capacidad y estado civil*

En teoría, el art. 9.1 CC regula, como el mismo artículo señala, “*la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*”.

Sin embargo, el ámbito material real del 9.1 ha quedado limitado, en la práctica, a la capacidad y estado civil, ya que para el resto de cuestiones ha sido desplazado por otras normas especiales:

- Efectos personales del matrimonio: lo desplaza el art. 9.2 CC
- Régimen económico matrimonial: lo desplaza los arts. 9.2 y 9.3 CC
- Divorcio y separación: lo desplaza el Reglamento Roma III
- Filiación: lo desplaza el art. 9.4 CC
- Adopción: lo desplaza el art. 18 de la Ley de Adopción Internacional
- Protección de menores: lo desplaza el Convenio de La Haya de 1996
- Protección de mayores: lo desplaza el art. 9.6 CC
- Alimentos: lo desplaza el Protocolo de La Haya de 2007
- Sucesiones: lo desplaza el Reglamento sucesorio europeo de 2012

Tan sólo quedan, pues, la capacidad y el estado civil como ámbitos materiales del art. 9.1 CC, que estudiaremos a continuación con mayor detalle:

- **Capacidad jurídica:** es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, es decir, la personalidad jurídica de una persona física. Se trata de un derecho fundamental (art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*”).
  - o **Nacimiento:** Se rige por la ley nacional (9.1 CC), si bien nuestro **orden público internacional** impide que la ley extranjera exija requisitos adicionales a los del art. 30 CC (“*la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”). *Nasciturus:* se aplicará su ley nacional a las cuestiones de Derecho privado pero las autoridades españolas aplicarán su *lex fori* (la ley española) a las de Derecho público.
  - o **Extinción:** La ley aplicable a la extinción de la personalidad también es la ley nacional (9.1 CC) pero las cuestiones de conmorienca (la presunción del orden o simultaneidad de la muerte de varias personas llamadas a sucederse entre sí, por ejemplo, si fallecen en un mismo accidente) se rigen por la Ley rectora de la sucesión (art. 21 del Reglamento sucesorio europeo). El **orden público** impide la aplicación de leyes extranjeras que establezcan una causa distinta a la muerte para la extinción de la capacidad jurídica (por ejemplo, la “muerte civil”).

- **Capacidad de obrar:** idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos (por ejemplo, capacidad para contratar). Ley aplicable: art. 9.1 CC, es decir, por la ley nacional. A diferencia de la capacidad jurídica, puede mitigarse, como veremos a continuación, por ciertas causas modificativas de la capacidad de obrar, destinadas a proteger a la persona, como son la minoría de edad y la incapacitación judicial:
  - **Minoría de edad:** la capacidad de obrar de los menores de edad y la edad a la que se alcanza la mayoría se regulan por la ley nacional (9.1 CC). Se plantea el problema del **conflicto móvil**, es decir, la posibilidad de que una persona cambie de nacionalidad y, debido a su edad, su nueva nacionalidad la “devuelva” a la minoría de edad. Lo evita el art. 9.1 2º: “El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior”. La protección de menores se estudia en otro tema, pero puede adelantarse que los jueces españoles serán competentes “cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda” (art. 22 quáter d) de la LOPJ). La ley aplicable para la protección se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya de 1996 (antes, art. 9.6 CC). Emancipación: según doctrina de la antigua DGRN, se aplicará la ley nacional a la determinación de la capacidad para ser emancipado, a las causas de emancipación y a sus efectos.
  - **Incapacitación judicial:** los jueces españoles serán competentes, según el art. 22 quáter b) de la LOPJ, “en materia relacionada con la capacidad de las personas”. La ley aplicable será la ley nacional (9.1 CC). Hay dos límites de **orden público internacional** (12.3 CC): será inaplicable la ley extranjera que permita declarar la incapacidad sin intervención judicial, así como cualquier causa de incapacidad distinta a las del art. 200 CC: “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.” Protección de mayores: los jueces españoles serán competentes, según el art. 22 quáter b) de la LOPJ, “en las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes cuando estos tuviesen su residencia habitual en España”. La ley aplicable se determinará según el art. 9.6 2º CC: “La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.”
- **Nombre:** la ley aplicable al nombre y a los apellidos se determina de acuerdo con el Convenio de Múnich de 1980, cuyo art. 1 se remite a la ley nacional.
- **Sexo:** se determina según la ley nacional (9.1 CC), si bien de acuerdo con la antigua DGRN se reputará contraria al **orden público internacional español** (art. 12.3 CC) cualquier norma extranjera que impida radicalmente el cambio de sexo legal de las personas transexuales.



- **Declaración de ausencia o fallecimiento:** Para la declaración de ausencia los jueces españoles serán competentes, según el art. 22 *quáter* a) de la LOPJ, “*cuando el desaparecido hubiera tenido su último domicilio en territorio español o tuviera nacionalidad española*”. Para la declaración de fallecimiento, serán competentes cuando se den las circunstancias de los arts. 1 o 2 del Convenio de Atenas de 1966. La ley aplicable será siempre la ley nacional (9.1 CC).

#### Bibliografía

Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J.: *Compendio de Derecho Internacional Privado* (2019).

GRUPO PRIMERO  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**Tema 46**

**La competencia judicial civil y mercantil, con especial referencia a la normativa europea. El régimen de los actos de comunicación. La prueba del Derecho extranjero. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, con especial referencia a la normativa europea.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. La competencia judicial civil y mercantil, con especial referencia a la normativa europea. 3. El régimen de los actos de comunicación. 4. La prueba del derecho extranjero. 5. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, con especial referencia a la normativa europea. 6. Bibliografía.

**1. Contextualización**

El Derecho Internacional Privado nos permite establecer, ante un acto o negocio jurídico que presente algún vínculo de internacionalidad (por ejemplo, el lugar de residencia de las partes, o el lugar de ejecución de un contrato), en qué supuestos los jueces españoles serán competentes para conocer del asunto (“competencia judicial internacional”), qué Derecho deberán aplicar a la hora de resolver el caso (“ley aplicable”) y qué efectos podrá tener en España, en su caso, una sentencia extranjera sobre el mismo (“reconocimiento y ejecución”).

**2. La competencia judicial civil y mercantil, con especial referencia a la normativa europea**

La **competencia judicial internacional** consiste en la selección, de entre todos los posibles asuntos para los que un Estado podría teóricamente ejercer su jurisdicción, por tener algún tipo de conexión con los mismos, de los supuestos concretos sobre los que decide ejercer su jurisdicción, declarando competentes a sus jueces y tribunales. Es decir, el Derecho Internacional Público permite a los Estados ejercer su jurisdicción siempre que haya alguna conexión con los mismos y se respeten ciertos límites (como las inmunidades), pero los Estados auto limitan, a través de sus normas de Derecho Internacional Privado, los supuestos concretos para los que sus jueces y tribunales serán competentes (la “competencia judicial internacional”), y lo hacen por varias razones: entre otras, porque los recursos jurisdiccionales de los Estados no son ilimitados y deben seleccionar a qué asuntos atribuirlos, y porque se suele considerar que un asunto debe ser juzgado por el Estado que tenga vínculos más estrechos con el mismo.

Así, los Estados atribuyen competencia judicial internacional a sus jueces y tribunales a través de una serie de “foros”, siendo cada foro un supuesto de atribución de esta

competencia. Las normas que atribuyen competencia a los jueces pueden ser **foros generales** (por ejemplo, siempre será competente el juez del Estado de residencia del demandado – es una regla general), **foros concurrentes** (además de en el supuesto general, también lo pueden ser en otros supuestos: lugar de ejecución del contrato), **foros de protección** (consumidores, trabajadores: se favorece que no tengan que asumir el coste de desplazarse a litigar a otro Estado) o **foros exclusivos** (atribuyen la competencia en exclusiva a los jueces del Estado en el que, por ejemplo, se encuentre el inmueble objeto de litigio, y en estos supuestos no se reconocerán las sentencias de tribunales de otros Estados). Además, suele reconocerse la capacidad de las partes para acordar, de forma expresa o tácita (por comparecencia contestando al fondo de la demanda), para someterse a los jueces de un determinado Estado (**sumisión**).

En materia civil y mercantil, la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros jueces y tribunales se regula, en primer lugar, en el régimen de la Unión Europea (entre otros, el Reglamento Bruselas I bis) y, subsidiariamente, en acuerdos internacionales o en la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (arts. 22-25).

#### *Régimen Unión Europea*

La competencia judicial internacional en materia civil y mercantil se regula, principalmente, en el **Reglamento Bruselas I bis** (1215/2012), para materia tanto contractual como extracontractual, derechos reales y sociedades. Existen, no obstante, otros reglamentos para cuestiones más específicas de Derecho Mercantil (procedimiento de insolvencia), así como en materia de Derecho de Familia: el Reglamento Bruselas II bis (2201/2003) sobre nulidad, separación y divorcio y responsabilidad parental, el reglamento de sucesiones, el reglamento de alimentos y los reglamentos sobre régimen económico de matrimonio y de uniones registradas).

Siempre que estemos en el ámbito material, espacial y temporal del Reglamento Bruselas I bis, recurriremos al mismo, y no a los foros contenidos en el Derecho autónomo (la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por tanto, y como ocurre con cualquier norma internacional de Derecho Internacional Privado, lo primero es comprobar que el supuesto en cuestión entre en el ámbito de la norma:

- **Ámbito material:** litigios entre particulares en materia civil y mercantil con algún elemento internacional, excluyendo materias fiscal, aduanera, administrativa, Seguridad Social, actos de Derecho público, Derecho de Familia, procedimiento de insolvencia y arbitraje.
- **Ámbito espacial:** el Reglamento se aplica por todo tribunal o autoridad de los Estados miembros de la UE, incluyendo Dinamarca.
- **Ámbito temporal:** se aplica desde el 10 de enero de 2015.
- **Ámbito personal:** litigios en los que el demandado esté domiciliado en la UE (coincide, como veremos, con el foro general del reglamento) y litigios en los que el demandado no esté domiciliado en la UE pero:
  - Estemos ante **foros exclusivos** del reglamento (art. 24)
  - Haya **sumisión** expresa o tácita (arts. 25-26)
  - Se trate de una acción del consumidor contra un profesional o de un trabajador contra un empresario (coincide con **foros de protección**)

Cuando estemos dentro del ámbito del Reglamento, se aplicarán los siguientes foros:

- **Foros exclusivos** (art. 24): estos foros prevalecen sobre cualesquiera otros foros del Reglamento (y determinan *per se* que el Reglamento es aplicable):
  - 1) En materia de **derechos reales** inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito.  
  
No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde esté domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario sea una persona física y que propietario y arrendatario estén domiciliados en el mismo Estado miembro;
  - 2) En materia de validez, nulidad o disolución de **sociedades** y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que la sociedad o persona jurídica esté domiciliada; para determinar dicho domicilio, el órgano jurisdiccional aplicará sus normas de Derecho internacional privado;
  - 3) En materia de validez de las inscripciones en los **registros** públicos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentre el registro;
  - 4) En materia de inscripciones o validez de **patentes**, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro (...)
  - 5) En materia de **ejecución de las resoluciones judiciales**, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de ejecución.
- **Sumisión expresa o tácita** (arts. 25-26): este foro prevalece sobre los foros especiales, sobre el foro general del domicilio del demandado y sobre los foros especiales, no así sobre los foros exclusivos. Además, la sumisión tácita prevalece sobre la expresa.
- **Foro general** (art. 4): cuando el demandado tenga su domicilio en la UE. El foro general coincide con el ámbito personal del Reglamento (junto con la sumisión y los foros exclusivos y de protección). Para personas jurídicas, el concepto de domicilio es: su *sede social*, su *centro de administración o administración central* o su *centro de actividad principal*.

- **Foros especiales** (art. 7-23): hay dos tipos:
  - **foros concurrentes** con el foro general (lugar donde deba ejecutarse la obligación contractual que sirve de base a la demanda, lugar donde se produzca el daño, etc.). Estos foros permiten al demandante optar entre el foro concurrente o el foro general; es decir, el demandante podrá demandar en el Estado donde tenga domicilio el demandado o bien donde deba ejecutarse la obligación contractual que sirve de base a la demanda, donde haya tenido lugar el daño, etc.
  - **foros de protección:** consumidores, trabajadores y tomadores de seguros – se busca proteger a la parte débil evitando que deba desplazarse a litigar a otro Estado asumiendo así el coste de la internacionalidad.

#### *Régimen de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ)*

Cuando no estemos en el ámbito material, espacial o temporal de un Reglamento UE o de un acuerdo internacional, multilateral (como el Convenio de Lugano II de 2007 entre los países de la UE y Suiza, Noruega e Islandia) o bilateral, será de aplicación el Derecho autónomo español: los foros de competencia previstos por los artículos 22 y siguientes de la LOPJ. Dichos foros son muy similares a los del Reglamento UE Bruselas I bis, porque se inspiraron en otro instrumento internacional previo al mismo (el Convenio de Bruselas de 1968) y a la propia LOPJ (de 1985).

- **Foros exclusivos** (art. 22 LOPJ):
  - a) **Derechos reales y arrendamientos de bienes inmuebles que se hallen en España.** No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales españoles si el demandado estuviera domiciliado en España, siempre que el arrendatario sea una persona física y que éste y el propietario estén domiciliados en el mismo Estado.
  - b) **Constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos.**
  - c) **Validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro español.**
  - d) **Inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y otros derechos sometidos a depósito o registro,** cuando se hubiera solicitado o efectuado en España el depósito o el registro.
  - e) **Reconocimiento y ejecución en territorio español de sentencias y demás resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados en el extranjero.**

- **Sumisión** (art. 22 bis LOPJ): expresa y tácita.

**Artículo 22 bis.**

1. En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes **cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos.** (...)

2. Se entenderá por **acuerdo de sumisión expresa** aquel pacto por el cual las partes deciden atribuir a los Tribunales españoles el conocimiento de ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. La competencia establecida por sumisión expresa se extenderá a la propia validez del acuerdo de sumisión. (...)

3. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones, **serán competentes los Tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado.** Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia.

- **Foro general del domicilio del demandado** (art. 22 ter LOPJ): cuando el demandado tenga su domicilio en España. Se entenderá que una persona física está domiciliada en España cuando tenga en ella su residencia habitual. Se entenderá que una persona jurídica está domiciliada en España cuando radique en ella su *sede social*, su *centro de administración o administración central* o su *centro de actividad principal*.
- **Foros especiales** (art. 22 quater-septies LOPJ). Son, **entre otros**:
  - Declaración de **ausencia o fallecimiento** cuando el desaparecido hubiera tenido su último domicilio en España o tuviera nacionalidad española.
  - **Capacidad** de las personas y las medidas de protección cuando estos tuviesen su residencia habitual en España.
  - **Relaciones entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio**, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española.
  - **Filiación**, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.
  - **Sucesiones**, cuando el causante hubiera tenido su última residencia habitual en España o cuando los bienes se encuentren en España y el

causante fuera español en el momento del fallecimiento. También serán competentes cuando las partes se hubieran sometido a los Tribunales españoles, siempre que fuera aplicable la ley española a la sucesión.

- **Obligaciones contractuales**, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España.
- **Obligaciones extracontractuales**, cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español.
- Contratos celebrados por **consumidores**, estos podrán litigar en España si tienen su residencia habitual en territorio español o si lo tuviera la otra parte contratante; esta última solo podrá litigar en España si el consumidor tiene su residencia habitual en territorio español.
- **Seguros**, cuando el asegurado, tomador o beneficiario del seguro tuviera su domicilio en España.
- **Derechos reales** sobre bienes muebles, si estos se encontraran en territorio español al tiempo de la interposición de la demanda.

### 3. El régimen de los actos de comunicación

Los actos de comunicación, o notificaciones, son actos procesales formales de un órgano jurisdiccional por los que se comunica a una persona una resolución judicial determinada, por ejemplo la admisión de una demanda contra ella.

Tradicionalmente, las notificaciones judiciales en el ámbito civil o mercantil se llevan a cabo a través de las misiones diplomáticas y oficinas consulares. Así, el **apartado j) del artículo 5 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares** contempla entre las funciones consulares la de *comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor*. Así, serán los cónsules de España los encargados de notificar las decisiones judiciales españolas en su demarcación. No obstante, en ciertos ámbitos geográficos o materiales se han puesto en marcha instrumentos internacionales que superan esta vía, a través de convenciones multilaterales o bilaterales que designan “autoridades centrales”.

#### *Régimen de la Unión Europea*

En el ámbito de la Unión Europea cabe destacar el **Reglamento 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos)**. Este Reglamento prevé, en sus artículos 4-11, un canal de comunicación basado en la **notificación directa** entre organismos judiciales de los Estados miembros. Para ello, cada Estado designará organismos transmisores y receptores de documentos y una autoridad central. No obstante, el Reglamento no excluye del todo la tradicional **vía consular o diplomática**, si bien la relega a “casos excepcionales” (artículos 12 y 13 del Reglamento), así como la **vía postal directa** (artículo 14) y la **notificación por el interesado** a través de funcionarios competentes del Estado de destino (artículo 15).

En cuanto a la práctica de la notificación, independientemente de la vía elegida, deberá hacerse mediante los formularios previstos en el anexo del Reglamento, en la lengua oficial del Estado miembro requerido o lengua que el destinatario entienda.

#### *Acuerdos internacionales*

- **Convenio de La Haya de 1954 relativo al procedimiento civil.** Artículo 1: “En materia civil o comercial, la **notificación de documentos** a personas que se encuentren en el extranjero, se hará en los Estados contratantes, **a petición del cónsul del Estado requirente, dirigido a la autoridad designada** al efecto por el Estado requerido. (...) **Esta última deberá enviar al cónsul el documento que acredite la notificación** o que indique el motivo que no ha permitido hacerla.” Por tanto, el convenio permite al cónsul dirigirse directamente a una autoridad central designada que deberá realizar la notificación.
- **Convenio de La Haya de 1965 sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil** (reemplaza al anterior entre Estados que sean parte de ambos instrumentos). **Artículo 8:** *Cada Estado contratante tiene la facultad de realizar directamente, por medio de sus agentes diplomáticos o consulares, sin medida de compulsión alguna, las notificaciones o traslados de documentos judiciales a las personas que se encuentren en el extranjero.* Por tanto, es un instrumento más avanzado aún que el anterior, ya que **permite al cónsul ejecutar directamente la notificación a la persona concernida**, sin implicar a las autoridades locales.
- **Convención Interamericana de Panamá de 1975 sobre exhortos o cartas rogatorias.** Permite a los agentes diplomáticos o funcionarios consulares diligenciar exhortos que contengan notificaciones, citaciones o emplazamientos, así como cartas rogatorias para la obtención de pruebas (art. 13).

A esta lista debe añadirse una amplia red de **tratados bilaterales**.

#### *Derecho autónomo español*

A falta de tratado internacional que establezca otro mecanismo, se aplicará el régimen normativo autónomo previsto en los artículos 1-33 de la **Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil**. La Ley habilita a los jueces españoles a practicar las comunicaciones directamente a las autoridades judiciales de otros Estados, si su legislación lo permite, y establece una autoridad central española.



**Artículo 21 de la Ley 29/2015**

1. Los órganos jurisdiccionales españoles podrán transmitir solicitudes de notificación y traslado de documentos al extranjero:

a) A través de la autoridad central española, que las hará llegar a las autoridades competentes del Estado requerido por vía consular o diplomática, o a través de su autoridad central, conforme a lo previsto en el artículo 12.1.

b) Directamente a la autoridad competente del Estado requerido conforme a lo previsto en el artículo 12.1.

2. Siempre que no se oponga la legislación del Estado de destino, las autoridades españolas podrán practicar las comunicaciones directamente a sus destinatarios por correo postal certificado o medio equivalente con acuse de recibo u otra garantía que permita dejar constancia de su recepción.

**4. La prueba del derecho extranjero**

Una vez que un juez español se declara competente para conocer de un determinado asunto con vínculos de internacionalidad deberá determinar qué Derecho aplicar para resolver el litigio. La determinación de la ley aplicable se hará mediante normas europeas, internacionales o estatales que contengan normativa de ley aplicable (por ejemplo, el Reglamento Roma I en materia contractual, el Reglamento Roma II en materia extracontractual o el Reglamento Roma III sobre divorcio y separación).

Cuando un juez o tribunal español deba aplicar una legislación extranjera (es decir, cuando en aplicación de las normas europeas, internacionales o estatales que procedan, el juez determine, mediante los puntos de conexión establecidos en dichas normas, que la ley que debe aplicar para resolver un asunto sea la de otro Estado) se plantea la necesidad de probar la existencia y el contenido del Derecho extranjero.

El Derecho extranjero debe ser objeto de prueba (art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) porque el juez español sólo está obligado a conocer las normas del ordenamiento jurídico español (el principio *jura novit curia* no se aplica, pues al Derecho extranjero). El Derecho extranjero deberá probarse durante la fase probatoria del proceso.

El objeto de la prueba es tanto el contenido como la vigencia de la norma, así como su interpretación correcta y su aplicabilidad al caso concreto, actuando el juez español como espejo de cómo actuaría el juez extranjero para aplicarla. La prueba del Derecho extranjero corresponde a las partes, mediante cualquier medio admitido en Derecho, destacando como medios de prueba mediante documento público:

- Las certificaciones expedidas por el ministerio de Justicia español
- Las certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros acreditados en España
- Las certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el Estado cuyo Derecho es objeto de la prueba

## 5. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, con especial referencia a la normativa europea.

### Introducción

Como hemos estudiado, los Estados limitan su jurisdicción a través de sus normas (autónomas o convencionales) de competencia judicial internacional, de tal manera que facultan a sus jueces y tribunales para conocer de una serie de supuestos con algún vínculo con ese país, pero no de todos los supuestos con ese vínculo. Por ejemplo, se considera un foro exorbitante que un Estado se declare competente para conocer cualquier asunto cuando el demandante, que no el demandado, resida en él, porque ello obligaría a cualquier persona a desplazarse a cualquier otro Estado si otra persona decide demandar allí. Pues bien, la existencia de supuestos en los que un Estado admite que otro Estado juzgue un litigio, a pesar de tener alguna conexión con él, por considerar que ese otro Estado tiene vínculos más estrechos lleva, por definición, a exigir algún sistema de reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera resultante en su territorio, bajo ciertas condiciones. Lo contrario podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que podría haber supuestos para los cuales un Estado no es competente para conocer de un asunto pero tampoco reconoce las sentencias extranjeras que deciden sobre el mismo, de modo que los particulares no tendrían forma alguna de lograr resolver un litigio y de ver los efectos de esa resolución en aquel país.

El reconocimiento de una sentencia extranjera puede ser de dos tipos: incidental (se planea como una cuestión incidental dentro de otro proceso civil) o a través de un procedimiento *ad hoc* de homologación, destinado a que el reconocimiento de la sentencia extranjera sea reconocida con efectos generales y de forma definitiva. Existen dos grandes modelos de reconocimiento: equiparación de efectos (dar a esa sentencia los efectos que hubiese tenido en España una sentencia similar) y extensión de efectos (dar a esa sentencia los efectos que tiene en el Estado del que emana), siendo este último el modelo de reconocimiento que utiliza España.

Además, para que una sentencia extranjera sea ejecutable en España deberá obtener previamente el **exequátur**, un mecanismo jurídico que convierte la decisión extranjera en ejecutable, es decir, en un título ejecutivo susceptible de procedimiento de ejecución como si fuese sentencia española con fuerza ejecutiva. Una vez obtenido el exequátur, se puede proceder al procedimiento de ejecución.

En cuanto al régimen jurídico, destacamos, en primer lugar, varios reglamentos de la Unión Europea, que buscan favorecer la libre circulación de decisiones judiciales en la UE, suprimiendo el exequátur y limitando las causas de denegación del reconocimiento. En segundo lugar, existen acuerdos internacionales, bilaterales o multilaterales (de nuevo, el Convenio de Lugano II de 2007). Y, finalmente, el procedimiento de exequátur establecido en Derecho autónomo español, y regulado en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

*Régimen de la Unión Europea*

Existen distintos reglamentos de la UE destinados a establecer la libre circulación de decisiones judiciales en la UE. El más importante de ellos es, de nuevo, el **Reglamento Bruselas I bis** 1215/2012 que, además de contener las normas de competencia judicial internacional en materia civil y mercantil contiene el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales sobre esas mismas materias dictadas por jueces de Estados miembros. Hay otros reglamentos con normas sobre reconocimiento y ejecución en otros ámbitos (como, por ejemplo, el Reglamento Bruselas II bis en materia de crisis matrimoniales y de responsabilidad parental, o los reglamentos de sucesiones o de alimentos o, con sistemas más avanzados de reconocimiento: el título ejecutivo europeo, el proceso monitorio o el proceso europeo de escasa cuantía).

Debe ante todo señalarse que, si bien los ámbitos material, espacial y temporal del Reglamento Bruselas I bis coinciden con lo estudiado en competencia judicial, en cuanto al ámbito personal no se exige el estudio de si la sentencia se adecúa a los foros del Reglamento, sino que el Reglamento se aplicará a cualquier decisión judicial de una autoridad judicial de la UE relativa a la materia civil y mercantil del Reglamento, confiando en que los jueces habrán apreciado correctamente su competencia y sin exigirse, pues, un reexamen acerca del foro que permitió al juez declararse competente.

El Reglamento Bruselas I bis permite que las sentencias dictadas por un Estado miembro puedan ser reconocidas y ejecutadas en todos los demás Estados miembros. Sin embargo, no establece una eficacia jurídica automática de las resoluciones judiciales, ya que mantiene unos controles legales.

El Reglamento prevé dos modalidades de reconocimiento: incidental o “por homologación” (a través de un procedimiento *ad hoc*). Además, regula también la ejecución de las sentencias y establece un procedimiento de ejecución.

Reconocimiento incidental:

- implica que toda decisión judicial de otro Estado miembro puede ser invocada ante una autoridad de otro Estado miembro sin necesidad de haber superado previamente un procedimiento *ad hoc* de homologación
- los efectos serán incidentales para ese proceso en el que se haga valer la sentencia, no serán efectos *erga omnes*, y deberá instarse el reconocimiento incidental en cada proceso en el cual se quiera hacer valer la decisión
- Cuando se insta el reconocimiento incidental, el juez tan sólo podrá controlar que se trate de una decisión judicial de un Estado miembro sobre una materia del Reglamento Bruselas I bis y, sólo si lo solicita la contraparte, que no concurra un motivo de denegación del reconocimiento previsto en el Reglamento.
- Los motivos de denegación están tasados en el art. 45 del Reglamento:
  - si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido;
  - cuando la resolución se haya dictado en rebeldía, si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma

- tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no haya recurrido contra dicha resolución cuando pudo hacerlo;
- si la resolución es inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido;
  - si la resolución es inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido, o
  - si la resolución ha vulnerado las normas de competencia judicial internacional que establece el Reglamento para proteger a tomadores de seguros, trabajadores o consumidores (foros de protección) o bien los foros exclusivos del art. 24.
- En ningún caso cabe que el juez requerido para reconocer la resolución revise el fondo del asunto, tan sólo siendo posible controlar los requisitos procesales.

#### Reconocimiento por homologación:

- se trata de una acción declarativa de reconocimiento y permite la declaración *erga omnes* de que la decisión judicial de otro Estado miembro no incurre en ningún motivo de denegación.
- Así, se disipa de modo definitivo cualquier duda sobre su reconocimiento y adquiere efectos de cosa juzgada de forma definitiva y *erga omnes*.
- Denegar este reconocimiento sólo será posible si una parte interesada comparece y alega un motivo de denegación previsto en el artículo 45.

#### Ejecución:

- El Reglamento Bruselas I bis elimina el exequátur. La parte interesada puede solicitar directamente a los órganos de un Estado miembro la ejecución de una resolución dictada por los órganos judiciales de otro Estado miembro, de modo que si dicha resolución era ejecutiva en ese Estado lo será también en el resto.
- El procedimiento de ejecución será el que establezca el Estado que debe ejecutarla, y sólo podrán oponerse a la misma las partes cuando concurren causas de denegación de la ejecución del Reglamento o bien causas nacionales.

#### *Régimen de Derecho autónomo español*

En defecto de regulación europea o de acuerdos internacionales, que priman sobre el Derecho estatal, se aplicará, como régimen residual, el contenido en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

El sistema previsto en la Ley no permite la revisión del fondo del asunto sino tan sólo el control de los requisitos de regularidad internacional. Así, recoge unas causas de rechazo al reconocimiento y al exequátur, en lugar de unas condiciones para lograrlo. El enfoque global es pues favorable al reconocimiento de efectos. Aunque se inspira del sistema de la UE, sí mantiene el requisito de exequátur para la posterior ejecución.

La Ley recoge dos procedimientos: el procedimiento para el reconocimiento incidental y un procedimiento, llamado de exequátur, que cumple dos funciones simultáneas: el exequátur en sentido estricto (declaración de ejecutividad de una sentencia extranjera) y el procedimiento de reconocimiento *ad hoc* o por homologación. Es decir, la obtención del reconocimiento *erga omnes* de una sentencia extranjera y la obtención del exequátur para poder ejecutarla en España son un mismo procedimiento.

## 6. Bibliografía

*Compendio de Derecho Internacional Privado* (2019), CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOA GONZÁLEZ, J.

GRUPO PRIMERO  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**Tema 47**

**Ley aplicable a la forma en Derecho Internacional Privado. El valor del documento público extranjero. Legalización, con especial referencia a la apostilla de La Haya. Fuerza probatoria. Acceso al Registro Civil de sentencias, documentos públicos y certificaciones registrales extranjeras.**

**1. Introducción:**

El profesor Alfonso Luis Calvo Caravaca define el **Derecho Internacional Privado** como el sector del ordenamiento jurídico interno de los Estados que regula situaciones privadas con un componente de internacionalidad. Esta disciplina surge con un ánimo facilitador, en la medida en que resuelve las tres cuestiones básicas que se plantean ante una relación privada internacional: 1) qué tribunales estatales van a ser competentes para conocer de un posible litigio; 2) qué ley estatal se va a aplicar para resolver el fondo del litigio; y 3) qué eficacia va a tener en otros Estados la eventual sentencia dictada por el juez que haya conocido del litigio.

Los ordenamientos jurídicos, en su regulación de los actos, negocios o contratos, prevén distintos grados de formalismo: desde la forma ritual como requisito esencial del acto (como ocurre con el matrimonio) hasta la libertad de forma (como se recoge en el artículo 1278 CC con respecto a los contratos).

Como norma general, los actos y negocios jurídicos celebrados en el extranjero van a ser susceptibles de producir efectos en España. Dicha eficacia vendrá subordinada a la satisfacción de una serie de requisitos establecidos por la legislación española, que les permitirá desplegar los efectos asociados a los documentos públicos como el ejecutivo, el probatorio o el registral.

**2. Ley aplicable a la forma en Derecho Internacional Privado.**

En la medida en que cada ordenamiento jurídico contiene su propio catálogo de “actos formales” –aquellos que contienen ciertas solemnidades a cuyo cumplimiento se condiciona la eficacia del acto, negocio o contrato- y “actos no formales” –aquellos cuya forma es libre-, la determinación de la ley aplicable a la forma de los actos reviste una importancia capital.

La “**ley aplicable**” se refiere a la determinación, en supuestos en que existen vínculos de internacionalidad, de qué ordenamiento jurídico rige un determinado acto o contrato, es decir, qué ordenamiento jurídico aplicaría un juez cuando existan dudas o controversias acerca del alcance o eficacia del acto o contrato.

Existen distintas técnicas en Derecho Internacional Privado para determinar la ley aplicable, siendo la más frecuente la norma de conflicto, aquella que contiene un punto de conexión con el ordenamiento del país que tiene un determinado vínculo con el contrato.

### 1. Concepto y funciones de la forma:

La **forma** es la manifestación externa de la declaración de voluntad que constituye el acto y cumple 3 funciones principales:

- Probatoria de la autenticidad y contenido del acto. Es decir, constituye prueba privilegiada acerca de la validez. Ofrece seguridad jurídica, ya que es una garantía frente a terceros de que el acto ha nacido sin vicios ni irregularidades, ofreciendo certitud sobre la fecha y la voluntad auténtica de las personas que intervienen.
- Admonitoria, ya que resguarda a las partes de actuaciones precipitadas. Así, el ordenamiento jurídico español exige que la donación de un inmueble se haga en documento público -una escritura notarial- para proteger al donante de su propia generosidad.
- Economía, ya que contribuye a reducir los litigios.

La determinación de la ley aplicable a la forma debe realizarse de manera distinta a la determinación de la ley aplicable al fondo, y éstas podrán diferir.

### 2. Norma general y residual en Derecho español

En el Derecho Internacional Privado español, cuando se trata de determinar la ley aplicable, se observa la coexistencia de varios regímenes normativos: el Derecho de la UE, las normas convencionales de Derecho Internacional y el Derecho autónomo español.

Este Derecho autónomo contiene la norma general para determinar la ley aplicable a la forma: **el artículo 11 del Código Civil**. Sin embargo, tal y como se observará, el Derecho autónomo tiende a ser residual ya que cuando las normas europeas o internacionales regulan una determinada materia desplazan a las normas estatales. Además, existen junto a las normas internacionales, leyes especiales que también han contribuido a ir desplazando las normas del Código Civil que determinan la ley aplicable.

#### **Artículo 11 del Código Civil**

*1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen.*

*Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan.*

*2. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.*

*3. Será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero.*

Como puede apreciarse, el art. 11.1 trata de favorecer la eficacia del acto o negocio, ofreciendo una variedad de normas de conflicto que permiten considerarlo válido de forma alternativa. Se busca así favorecer la validez del negocio jurídico. Es lo que se conoce como principio espiritualista o de “favor negotii”, que aparece ya reflejado en el **artículo 1278 CC**: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

No obstante, como ya se ha adelantado, debido a la existencia de numerosas normas especiales, tanto en Derecho autónomo español como en convenciones internacionales y en normas de la Unión Europea, el ámbito real de aplicación del artículo 11 es casi residual, limitándose a:

- La forma aplicable al reconocimiento de hijos.
- La forma aplicable a los poderes de representación (por ejemplo, un poder general para pleitos otorgado ante un notario extranjero).

### 3. Normas especiales:

#### a. Contratos civiles y mercantiles

En el ámbito de los contratos internacionales, prevalece sobre el art. 11 CC el **art. 11 del Reglamento Roma I** (Reglamento 593/2008). Este precepto establece una norma general que trata de favorecer la eficacia del contrato o acto a través de una serie de normas alternativas al amparo de las cuales podría ser válido.

#### b. Derecho de familia

En el ámbito del Derecho de Familia existen normas especiales tanto en Derecho autónomo como en Derecho de la UE:

- La ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio viene determinada por los **arts. 49 y 50 del CC**.
- La ley aplicable a la forma del pacto de elección del régimen económico-matrimonial y del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales se regía por los **arts. 9.2 y 9.3**



**CC** respectivamente, que fueron desplazados por el **Reglamento UE 2016/1103**.

### c. Derecho de sucesiones

En el ámbito del Derecho de Sucesiones, las normas de Derecho autónomo han sido totalmente desplazadas por normas especiales internacionales y europeas:

- **Convenio de La Haya de 1961 sobre disposiciones testamentarias** (que desplaza las normas de los artículos 732 y 733 CC sobre testamentos otorgados en el extranjero, salvo la del 734, aplicable a los cónsules de España y que coincide con la ya vista en del artículo 11.3)
- **Reglamento 650/2012** (ley aplicable a la forma de los contratos sucesorios)

## 3. El valor del documento público extranjero en España.

### 1. Documento público: concepto, efectos y clases:

Tal y como señala el art. 1216 CC “son **documentos públicos** los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”.

Con carácter general, sus principales efectos son:

- Probatorio: en línea con lo dispuesto en el art. 1218 CC constituyen prueba del hecho de otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones de las partes contratantes respecto a sus causahabientes.
- Ejecutivo: de las obligaciones en ellos contraídas.
- Protector: ya que los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto frente a terceros (art. 1230 CC).
- Sustantivo: permiten acreditar que la situación jurídica reflejada en el documento es existente y válida en España.
- Registral: permiten la inscripción en los Registros Públicos.

Existen, en Derecho español, varias clases de documentos públicos, clasificados como sigue por el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

#### **Artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Clases de documentos públicos.**

*A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:*

*1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Letrados de la Administración de Justicia.*

*2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho.*

3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho.

4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.

## 2. Documento público extranjero y teoría de la equivalencia de formas:

Un **documento público extranjero** es un documento público que emana de una autoridad judicial, administrativa o notarial de un Estado extranjero (ej. una escritura notarial otorgada ante un notario belga).

Cuando el ordenamiento español exige una determinada forma a un acto o contrato, se plantea el problema de si cabe dar por cumplida esa forma mediante un documento público extranjero, y con qué requisitos. En España, debe hacerse referencia a la **teoría de la equivalencia de formas**, que admite que un documento público extranjero sea equiparado a un documento público español si se verifican ciertos requisitos que permitan garantizar que el documento es auténtico y que cumple con las mismas garantías de control de legalidad que los otorgados por autoridades españolas.

Estos requisitos se han establecido jurisprudencialmente por parte del Tribunal Supremo y a través de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes, Dirección General de los Registros y del Notariado):

1. El documento extranjero debe haber sido **autorizado por un funcionario público extranjero** depositario de la fe pública y con atribuciones para controlar la legalidad de dicho documento.
2. El documento **debe haber sido legalizado** y, en su caso, **traducido** (art. 144.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la excepción prevista en el artículo 37 del Reglamento Hipotecario).

### **Artículo 144.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**

*A todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo.*

### **Artículo 37 in fine del Reglamento Hipotecario**

[...] El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir del documento oficial de traducción cuando conociere el idioma, el dialecto o la letra antigua de que se trate.

3. El **grado de intervención** del funcionario público extranjero en el control de la legalidad del documento debe ser equivalente al del funcionario público español.

En esta línea se muestra el **art. 323.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**: “Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

En el ámbito de la UE, algunos documentos públicos gozan de reconocimiento automático entre los Estados miembros:

- **Reglamento Bruselas I bis**: las resoluciones judiciales, las transacciones judiciales y los documentos públicos ejecutivos en materia civil o mercantil
- **Reglamento Bruselas II bis**: en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental
- **Otros reglamentos UE**: alimentos, sucesiones, título ejecutivo europeo, proceso monitorio, proceso de escasa cuantía, insolvencia.

#### 4. Legalización en vía diplomática. La apostilla de La Haya. Otros convenios

##### 1. Legalización en vía diplomática: concepto y proceso:

Se puede definir la **legalización** como el acto administrativo por el que se otorga validez a un documento público extranjero, comprobando la autenticidad de la firma puesta en un documento y la calidad en que la autoridad firmante ha actuado.

Todo documento extranjero deberá estar legalizado para poder desplegar sus efectos en España (igual que todo documento español debe de ser legalizado para surtir efectos en el extranjero), con dos excepciones:

- Dispensa de legalización por normativa específica (ej. Convenio del Consejo de Europa de 1968 que suprime la legalización de documentos extendidos por agentes diplomáticos y consulares).
- Aplicación del trámite de la apostilla previsto en la Convención de La Haya de 1961.

La legalización por **vía diplomática** es el procedimiento a través del cual cada una de las autoridades implicadas ejecuta una legalización a título individual del documento; es, pues, una cadena de firmas que verifica la autenticidad del documento público extranjero a través del control de la firma de la institución anterior (desde la que lo emite en el país de origen hasta la que debe reconocerlo en el país de destino).

*a) Documentos españoles que deban surtir efectos en el extranjero*

Cuando el documento sea originario de una Administración española deberá ser legalizado por el MAEC antes de poder continuar la cadena de legalizaciones por el consulado o embajada en España del país en el que se quiere que el documento tenga efectos.

La parte inicial del trámite varía en función de la administración de la que proceda el documento:

- Si el documento emana de la Administración General del Estado se puede iniciar la cadena directamente en el MAEC.
- Si procede de una Comunidad Autónoma, antes de ser legalizado por el MAEC deberá serlo por la unidad de legalizaciones de esa Comunidad.
- Si procede de una entidad local, deberá serlo por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública (excepto el Ayuntamiento de Madrid).

También se prevén determinadas especificidades en función del tipo de documento. Así, si se trata de un documento notarial, precisa que la firma sea reconocida por el Colegio Notarial correspondiente (de conformidad con lo dispuesto en los arts. 265 a 271 del Reglamento Notarial). A continuación, el documento debe pasar a la Sección de Legalizaciones del Ministerio de Justicia. Posteriormente, se remite a la Sección de Legalizaciones del MAEC.

Una vez legalizados por el MAEC, los documentos podrán ser legalizados por la embajada o consulado del país donde se quiere que surta efectos y, por fin, por el MAE de aquel país.

*b) Documentos extranjeros que deban surtir efectos en España*

Si se trata de un documento expedido por una autoridad no consular en el país de origen del documento, intervendrá únicamente el Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado de origen y la representación diplomática o consular española en dicho Estado.

Si se trata de un documento expedido por una autoridad consular debidamente acreditada en España, intervendrá en la legalización únicamente la sección de legalizaciones del MAEC.

La legalización realizada por la Sección de Legalizaciones del MAEC es un trámite de carácter gratuito, mientras que las que se llevan a cabo en las Representaciones Diplomáticas o Consulares de España en el extranjero requieren el pago de una tasa.

La legalización en ningún caso implica un control material de la legalidad o autenticidad del fondo del documento, sino que tan sólo verifica la autenticidad de la firma que antecede. Así, el MAEC puede denegar la legalización de un documento:

- Cuando no se trate de un documento público, ni de un documento privado elevado a público por Notario.
- Cuando no contenga las necesarias legalizaciones previas, por parte de otras autoridades (en este caso se indicará al interesado la autoridad a la que debe acudir).
- Cuando las firmas que deben legalizarse no se encuentren depositadas en el registro de la Sección de Legalizaciones del MAEC.

## 2. La apostilla de La Haya:

Algunos países han establecido trámites simplificados que sustituyen entre ellos la cadena de firmas de la legalización en vía diplomática. Es el caso de la **apostilla** establecida por la **Convención de La Haya de 1961** (XII Convenio de La Haya), de la que España es parte desde 1978.

El trámite consiste en colocar sobre un documento público una apostilla o anotación que certificará la autenticidad de la firma de los documentos públicos expedidos en un país firmante del convenio.

La apostilla puede colocarse sobre: 1) documentos judiciales, 2) documentos administrativos y 3) certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados.

La apostilla no se aplica sobre:

- Documentos expedidos por funcionarios diplomáticos o consulares
- Documentos administrativos relacionados directamente con una operación comercial o aduanera
- Certificados negativos de antecedentes penales de ciudadanos españoles o documentos de ciudadanos españoles expedidos por el Registro Civil que vayan a surtir efectos en otros Estados de la UE.

En España son autoridades que pueden colocar la apostilla: colegios notariales, la subsecretaría del ministerio de Justicia y las salas de gobierno de los TSJ.

## 3. Otros convenios:

Existen, por otro lado, otros convenios que también sustituyen la legalización:

- El Convenio del Consejo de Europa de 1968 (Convenio de Londres) sobre exención de legalización en documentos expedidos por Agentes Diplomáticos y Consulares.
- Convenios elaborados por la Comisión Internacional del Estado Civil.

- Normas de la UE como el Reglamento 2016/1191 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea.
- Convenios bilaterales (como el Canje de Notas con la URSS de 1984, hoy aplicable a Rusia).

## 5. Fuerza probatoria

Tal y como se ha indicado, en Derecho español, los documentos públicos tienen el efecto probatorio establecido en el **art. 1218 del CC**: *“Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.”*

Además, el **art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** regula en su apartado 2º los requisitos para que un documento público extranjero goce de fuerza probatoria en un proceso judicial en España, y en su apartado 3º señala que: *“cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos”*.

En definitiva, las condiciones para que un documento público extranjero pueda producir efecto probatorio son:

1. Que el contenido del acto o contrato plasmado en el documento público extranjero no sea contrario al orden público español.
2. Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a su ley personal.
3. Que en el otorgamiento se observen las formas y solemnidades establecidas en el país donde se hayan verificado.
4. Que el título que se presenta a la ejecución tenga fuerza ejecutiva en el ordenamiento jurídico español (art. 517.2 LEC).

Cuando se cumplan estos requisitos, los documentos públicos extranjeros “harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella” (**art. 319 LEC**).

## 6. Acceso al Registro Civil de sentencias, documentos públicos y certificaciones registrales extranjeras.

### 1. Concepto y normativa:

El **Registro Civil español** es un registro público encargado de recoger cuantos actos afecten al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la ley, preconstituyendo prueba de los mismos y sirviendo de título de legitimación. Recoge

hechos acaecidos en España, aun a extranjeros, y hechos que afecten a españoles, aun cuando acaezcan en el extranjero.

A la hora de abordar la inscripción en el RC de documentos extranjeros, reviste especial importancia:

- La ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil: arts. 58 a 61 (de la inscripción en Registros públicos).
- La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Así, según el **art. 58 de la Ley 29/2015**, cuando se inscriban documentos extranjeros en los registros públicos españoles, “*el procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español*”.

Debe acudirse, en consecuencia, a la Ley 20/2011 del RC. Si bien, es preciso tener presentes los regímenes especiales UE (crisis matrimoniales, responsabilidad parental, alimentos, sucesión por causa de muerte...), que establecen el reconocimiento automático también a efectos del Registro Civil (reconocimiento ad hoc o incidental).

En cuanto a la **competencia**, según el art. 21.2 LRC, con carácter general la Oficina Central del Registro Civil será competente para practicar la inscripción de los documentos auténticos extranjeros judiciales y extrajudiciales y certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros.

Además, el art. 27 LRC añade que “*el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo, notarial o registral, es título suficiente para inscribir el hecho o acto que accede al Registro Civil. También es título suficiente para practicar la inscripción el documento extranjero que cumpla los requisitos de los arts. 96 y 97*”.

Por último, en lo relativo a los **requisitos generales**, debe acudirse al art. 95 LRC, que señala que:

1. *Los documentos no redactados en una de las lenguas oficiales españolas o escritos en letra antigua o poco inteligible, deberán acompañarse de traducción efectuada por órgano o funcionario competentes. No obstante, si al Encargado del Registro le constare el contenido del documento podrá prescindir de la traducción.*
2. *Todo documento expedido por funcionario o autoridad extranjera se presentará con la correspondiente legalización. No obstante, quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le constare al Encargado del registro y aquéllos que llegaren por vía oficial o por diligencia bastante.*

## 2. Acceso de sentencias:

El **art. 96 LRC** contiene la regulación básica, señalando que:

- Solo procederá su inscripción en el RC cuando las sentencias hayan adquirido firmeza o en el caso de ser resoluciones de jurisdicción voluntaria, cuando sean definitivas. De lo contrario, solo se permite su anotación registral (anotación preventiva).
- La inscripción se podrá instar previa superación del trámite de exequátur y ante el Encargado del RC.

- El Encargado del RC verificará:
  - 1) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.
  - 2) Que el Tribunal de origen hubiese basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
  - 3) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.
  - 4) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.
- El Encargado del RC deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra esta resolución los interesados y afectados podrán solicitar exequátur o bien interponer recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
- Este régimen se aplica asimismo a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales.

### 3. Acceso de documentos públicos:

El **art. 97 LRC** contiene la regulación básica, señalando que en este caso se deberá verificar:

- 1) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.
- 2) Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate.
- 3) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.
- 4) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

En el mismo sentido se expresa el **art. 60 Ley 29/2015**.

Finalmente, debe hacerse referencia al **art. 61 Ley 29/2015**, en virtud del cual:

*“Cuando la resolución o el documento público extranjero ordene medidas o incorpore derechos que resulten desconocidos en Derecho español, el registrador procederá a su adaptación, en lo posible, a una medida o derecho previstos o conocidos en el ordenamiento jurídico español que tengan efectos equivalentes y persigan una finalidad e intereses similares [...]”*

### 4. Acceso de certificaciones registrales extranjeras:

El **art. 98 LRC** contiene la regulación básica, señalando que en este caso se deberá verificar:

- 1) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.



- 2) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.
- 3) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.
- 4) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales.

## **7. Bibliografía**

*Compendio de Derecho Internacional Privado (2019)*, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOA GONZÁLEZ, J.

GRUPO PRIMERO  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

## **Tema 48**

### **La familia en el tráfico externo (I). El matrimonio internacional. Normativa de Derecho Internacional Privado aplicable a la celebración del matrimonio, a sus efectos y a las crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio). Reconocimiento de sentencias extranjeras en materia matrimonial.**

Sumario: 1. La familia en el tráfico externo, 2. El matrimonio internacional. Normativa de Derecho Internacional Privado aplicable a la celebración del matrimonio. 2.1 El matrimonio internacional. 2.2 Normativa de Derecho Internacional Privado aplicable a la celebración del matrimonio. Consentimiento y capacidad: ley rectora. 2.3 Forma de celebración. 2.4 Reconocimiento en España de los matrimonios celebrados en el extranjero. 2.4.1 Inscripción registral y reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero. 3. Normativa de Derecho Internacional Privado aplicable a las crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio). 3.1 Competencia judicial internacional en supuestos intracomunitarios. 3.2 Competencia judicial internacional en supuestos extracomunitarios. 3.3 Ley aplicable: Derecho Conflictual. 3.3.1. Nulidad del matrimonio. 3.3.2 Separación judicial y el divorcio. 3.4 Ley aplicable a la disolución por muerte o declaración de fallecimiento. 4. Reconocimiento de resoluciones en la materia: supuestos intracomunitarios y extracomunitarios. 5. Mediación familiar internacional. 6. Bibliografía.

#### **Resumen:**

En una sociedad cada vez más internacionalizada, son frecuentes las relaciones de pareja estable, ya matrimoniales o no, cuyos miembros pueden tener diversas nacionalidades, con residencia en un país distinto al de su propia nacionalidad y en el caso de las parejas unidas por vínculo matrimonial, muchas veces el matrimonio entre ambos se ha celebrado en el extranjero de acuerdo a la legislación de un estado que ni siquiera es el de la nacionalidad de ambos cónyuges o alguno de ellos ni el de residencia del matrimonio en el momento de acordar su divorcio. En el ámbito de Unión Europea, donde existe libertad de libre circulación de sus ciudadanos y de residencia ha registrado un aumento de matrimonios de nacionalidades intracomunitarias y extracomunitarias y con ello también el aumento de conflictos matrimoniales con el añadido de la internacionalización.

La manifestación del elemento extranjero en estas relaciones obliga a la hora de celebrar o inscribir un matrimonio o en el extranjero o un su divorcio a conocer la normativa de derecho nacional (Código civil, Ley y Reglamento del Registro civil, ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional, etc.) e internacional aplicable a la celebración del matrimonio, a sus efectos y a las crisis matrimoniales a fin de poder determinar la competencia judicial, la determinación del derecho aplicable y la eficacia extraterritorial de decisiones judiciales y no judiciales así como la cooperación internacional entre autoridades. Toda la normativa se ve afectada por cuestiones comunes de interpretación como son la de la nacionalidad o la residencia habitual

Importantísima es la labor de armonización de la Unión Europea sobre los aspectos del matrimonio y las crisis matrimoniales a través de sus Reglamentos: R (UE) 2201/2003, en lo que se refiere al reconocimiento de resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia matrimonial, el R (UE) 1259/2010, sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, el R (UE) 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales o el R (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, que se aplicará a partir del 22 de agosto de 2022 entre otras materias civiles, a las relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, y tiene por finalidad renovar la actual legislación en cuestión de conflictos familiares internacionales, en concreto el Reglamento (CE) n° 2201/2003.

### 1. La familia en el tráfico externo

Es el Derecho de Familia, dentro del ámbito del derecho civil el que regula los principales aspectos de esta institución, (matrimonio y figuras asemejadas al matrimonio con, elementos o no de internacionalidad, la filiación, la tutela y las sucesiones...) complementándose con una serie de leyes específicas promulgadas para adaptar la regulación de esta institución a la realidad social.

Hasta bien entrado el siglo XX esta institución tanto en el derecho nacional como en el internacional se basaban en una concepción de la familia cuyo pilar era el matrimonio y se configuraba como una estructura única, que producía siempre similares efectos. Este concepto estaba influenciado por la concepción del “matrimonio cristiano” y sus elementos procedentes del derecho romano y del derecho canónico.

En la actualidad esta concepción ha evolucionado y no se pueden obviar los grandes cambios en materia de familia, iniciados sobre todo en el último tercio del siglo XX ocurridos, ni obviar la evidente crisis de la institución familiar basada en la figura del matrimonio, como modelo preponderante en torno al cual se organiza la familia de forma duradera, consecuencia de nuevas situaciones sociales que encaminan a un concepto de familia más democrática, multicultural y en definitiva mucho más diversificada (convivientes “more uxorio”, como nuevos modelos de la unidad familiar, con un esquema menos reglado, menos juridificado).

Hoy en día, la familia es una institución reconocida en el derecho internacional en materia de DDHH como el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 26 de la DDHH). La CE la garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, sin distinciones según su origen matrimonial o no, al tiempo que se garantiza la igualdad de los hijos ante la ley, independientemente del origen de la filiación, matrimonial, extramatrimonial, biológicos o adoptivos (artículo 39.1).

Elementos definitorios de la familia en la actualidad serían:

1. **Diversidad de “modelos de familia”:** Familia tradicional, basada en el matrimonio; Familias de hecho, en las que los convivientes no están casados entre sí; Familias monoparentales, con un solo progenitor y sus hijos; Familias reconstruidas (stepfamily), formadas por agregación de individuos procedentes de familias anteriores ya disueltas.
2. **Multiculturalidad de la familia:** los flujos migratorios han traído consigo “modelos de familia” extranjeros que reflejan concepciones culturales de la familia propias de otras sociedades, convirtiéndose, la sociedad europea y la española sociedades profundamente multiculturales.
3. **Internacionalización de la familia.** La libre circulación de personas en la UE y el proceso de globalización hacen que sea frecuente familias cuyos miembros

viven en diferentes países, familias que se trasladan de un país a otro y familias formadas por miembros que ostentan diferentes nacionalidades.

## 2. El matrimonio internacional. Normativa de Derecho Internacional Privado aplicable a la celebración del matrimonio.

### 2.1 El matrimonio internacional:

El **derecho a contraer matrimonio** es un derecho fundamental de configuración legal (arts. 16 DUDH I y 32.1 CE), que sitúa la institución matrimonial como un negocio jurídico del Derecho de familia cuya validez está subordinada al cumplimiento de **tres presupuestos**: la **capacidad** para contraerlo, la prestación de un **consentimiento** y **ante** una determinada **autoridad** (art. 49 CC). Los tres presupuestos previstos en la regulación interna (arts. 42 a 80 CC) se proyectan asimismo sobre los supuestos internacionales caracterizados por la presencia de un elemento extranjero.

Además de un derecho fundamental, el matrimonio también se configura como un **acto de estado civil**, fuente de obligaciones tanto de carácter personal como patrimonial entre los cónyuges. El art 44 de CC establece el derecho a contraer matrimonio con los mismos requisitos y efectos, cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

La comprobación de los requisitos relativos para la validez del matrimonio celebrado en España tiene lugar antes de la celebración por el expediente previo. Pero, en los supuestos de celebración en el extranjero, la verificación de la capacidad, y la intervención de una autoridad local en la recepción de los consentimientos tiene lugar en el momento de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil (arts. 256 y 257 RRC). En este último supuesto, el control establecido en el CC, sólo alcanza a la intervención de una autoridad extranjera (art. 49.2 CC), y es la legislación registral y la práctica de la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes Dirección General de los Registros y del Notariado), las establecen el control sobre el consentimiento y la capacidad de los contrayentes, a fin de que no accedan al Registro Civil español matrimonios potencialmente nulos conforme a la legislación española o que infrinjan normas imperativas.

### 2.2 Normativa de Derecho Internacional Privado aplicable a la celebración del matrimonio. Consentimiento y capacidad: ley rectora.

- **El consentimiento matrimonial** es requisito fundamental de validez e implica una declaración de voluntad real, no condicionada y no viciada, (art. 1 de la Convención de Nueva York de 10 de diciembre de 1962 relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos). Se configura como un presupuesto de la institución concebida como acto de estado civil. Como condición sustancial de su validez se rige por la ley nacional del contrayente en el momento de la celebración del matrimonio (art. 9.1. del CC). En la práctica, sin embargo, la apreciación de la validez del consentimiento resulta difícilmente separable de la ley aplicable a la forma en que se celebra, y en la mayoría de las ocasiones, la validez del consentimiento resulta apreciada según la *lex fori*.

- **La capacidad**, con carácter general la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley personal, determinada por la nacionalidad de cada uno de los contrayentes (art. 9. I del CC.): la ausencia de una regla general en derecho internacional privado que la regule esta, lleva a la aplicación de la ley de la nacionalidad de los de los contrayentes. Así los españoles, éstos pueden contraer matrimonio dentro o fuera de España, ante la autoridad señalada por el Código Civil o en la forma religiosa legalmente prevista. También pueden contraer matrimonio fuera de nuestro país con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración. Cuando los contrayentes son extranjeros, puede celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

Ciertamente, hay una serie de elementos, que de facto, condicionan la aplicación de esta norma conflictual respecto de la capacidad, determinando la aplicación de la *lex fori* en detrimento de la personal del contrayente. Esto ocurre cuando entra en juego el orden público: concurrencia de los impedimentos de contraer matrimonio previstos en los artículos 46 y 47 del Código Civil (el impedimento de ligamen previo, el matrimonio poligámico), limitaciones a la capacidad que condicionen el *ius nubendi* sobre presupuestos opuestos a los derechos fundamentales o las libertades básicas en nuestro sistema legal: por ejemplo en sistemas de inspiración islámica la prohibición de contraer matrimonio por una mujer con un varón que no sea musulmán, este supuesto no será admisible en nuestro país por vulnerar dos principios, pilares básicos de nuestro ordenamiento jurídico, el principio de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y el principio de libertad religiosa (art. 16 CE).

Por otro lado, el carácter dispensable de un impedimento de capacidad vendrá determinado por la ley personal de cada contrayente, por ejemplo si se trata de un español resultarán dispensables los impedimentos del artículo 48 del CC.

Por último, también nuestra normativa prevé otros supuestos de matrimonio con elemento extranjero, que podemos encuadrar también dentro de las situaciones jurídicas privadas internacionales, al poner en marcha los mecanismos del Derecho Privado Internacional: los matrimonios de nacionales españoles celebrados en el extranjero en los que la ley local exige un certificado de capacidad matrimonial expedido por la autoridad competente española, (artículo 252 del Reglamento del Registro Civil y Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980, en vigor en España desde 1988, y que nos vincula con Alemania, Austria, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza y Turquía.)

### 2.3 Forma de celebración.

Son el artículo 49 y siguientes del Código Civil los que regulan el matrimonio para que sea válido en cuanto a la forma: se puede celebrar en España o en el extranjero, entre un español y un extranjero o entre extranjeros (si es entre españoles se aplica el Código Civil). El matrimonio es un acto solemne que exige, como condición de validez, el cumplimiento de requisitos “*ad solemnitatem*”, en la forma de manifestar el consentimiento ante determinada autoridad y en presencia de testigos (Convenio de Nueva York de 10 de diciembre de 1962, suscrito por España en 1969, sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios).

Podemos encontrar principalmente cuatro formas de celebración en las que las que se han de tener en cuenta las normas de derecho internacional españolas:

1. **Matrimonio celebrado en España y al menos uno de los contrayentes es español:** debe celebrarse en la forma prevista por la ley española, como ley del lugar de celebración (art. 49 CC), bien civilmente bien en las formas religiosas legalmente previstas, ante las autoridades legalmente previstas (arts. 51.1 y 2 y 52 CC). El matrimonio religioso incluye las formas previstas en los Acuerdos entre el Estado Español y las Confesiones Religiosas inscritas en el Ministerio de Justicia, por lo que en la práctica caben ritos tales como el canónico, el evangélico, el hebraico o islámico (Acuerdo entre España y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, y las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban los acuerdos entre el Estado español con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España, con la Federación de comunidades israelitas y con la Comisión islámica de España y la Orden del Ministerio de Justicia 577/2016, de 19 de abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso).

Solo se admite la celebración en España con arreglo a la ley española, no siendo posible optar por las formas previstas en la ley nacional del contrayente extranjero, quedando así excluido el matrimonio ante el cónsul de un estado extranjero acreditado en España, se corresponda o no con la nacionalidad del contrayente extranjero.

En la celebración del matrimonio en España no se puede pasar por alto el presupuesto de competencia territorial, erigido en criterio de atribución de la competencia internacional de autoridades españolas: la necesidad, según el artículo 57 del CC, de que al menos uno de los contrayentes deba tener su domicilio en España. Esta limitación, determina la imposibilidad de celebrar un matrimonio según la ley española fuera de nuestras fronteras, a no ser a través de la institución del matrimonio consular en las representaciones españolas en el país extranjero. Esta restricción puede ser salvada, en ciertos casos, mediante la figura de la delegación que realice el cónsul, como Encargado del Registro Civil Consular, tras tramitar el expediente de autorización del matrimonio, en favor de una autoridad española, incluso cuando la ley del estado receptor no reconozca la competencia del cónsul español para celebrar el matrimonio.

2. **Matrimonio en España entre extranjeros.** Para determinar la validez formal de dicho matrimonio, de conformidad con el artículo 50 CC, habrá que estar a lo establecido por la ley española por ser la ley del lugar de celebración, en las condiciones analizadas en el supuesto anterior, o bien con arreglo a la ley nacional de cualquiera de los contrayentes. En este caso, respecto de la competencia para celebrar dicho enlace, se admitirá el matrimonio ante el cónsul del estado acreditante extranjero de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges, si se trata de una forma prevista en dicha ley, incluso el matrimonio religioso admitido por la ley de cualquiera de los cónyuges, aún distinto de las formas religiosas admitidas en el derecho español.
3. **Matrimonio celebrado en países extranjeros cuando uno o ambos cónyuges ostentan la nacionalidad española:** el artículo 49 del CC establece que la celebración del matrimonio debe atenderse bien a la ley española, bien a la ley del lugar de celebración. Si sólo uno de los cónyuges es español, no cabe optar por

las formas previstas por la ley nacional del otro cónyuge, al menos que coincida por la ley del lugar de celebración. Ya se trate de un solo contrayente español o ambos sean españoles, existen únicamente dos posibilidades:

- a. Celebrar el matrimonio de conformidad con la forma prevista en las leyes del país de celebración, ya sea de una forma civil o religiosa.
- b. Según la forma prevista en la ley española: matrimonio civil ante el funcionario diplomático español Encargado del Registro civil consular, e incluso ante las autoridades señaladas en el artículo 52 para el matrimonio que se halla en peligro de muerte.

En el caso del matrimonio consular, la competencia del cónsul y, en consecuencia, la propia validez formal del matrimonio, está limitada por las normas de derecho internacional público (art. 5f del Convenio de Viena sobre relaciones consulares, art. 13.b del Convenio Europeo sobre funciones consulares). Es necesario que el estado receptor acepte como forma matrimonial válida el matrimonio consular, aun aceptándola que esta actuación no se oponga **expresamente** por ser a sus leyes y reglamentos (matrimonio igualitario, matrimonio por poder etc.), y siempre limitada a aquellos casos en que ninguno de los contrayentes sea de nacionalidad del estado receptor y al menos uno de ellos sea de nacionalidad española.

4. **Finalmente, el derecho español no contiene regla alguna acerca de la validez formal de los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero:** estos matrimonios sólo acceden en supuestos excepcionales al Registro Civil español. En la práctica es usual el enjuiciamiento de la validez de tales matrimonios ante los tribunales españoles, con ocasión de múltiples acciones legales (alimentos, sucesiones, divorcio, liquidación del régimen económico, etc.) Para suplir dicha laguna habría que acudir a la al artículo 50 del CC, procediendo a considerar la validez formal del matrimonio si se atiene a las formas previstas en la ley del país de celebración o en la ley personal de cualquiera de los contrayentes.

#### **2.4 Reconocimiento en España de los matrimonios celebrados en el extranjero.**

La validez extraterritorial del matrimonio celebrado en el extranjero depende del cumplimiento de una serie de condiciones que determinan su reconocimiento en el país requerido. En primer término, se debe probar que la celebración es conforme a la forma prevista en la ley aplicable al mismo. Teniendo en cuenta la vinculación que existe entre la forma y la prueba del matrimonio, ambas se determinan conforme a la ley aplicable al matrimonio (ley del lugar de celebración o ley personal de cualquiera de los contrayentes, artículos 49-50 CC). Hay, por tanto, dos posibles leyes que rigen el matrimonio celebrado fuera de España, *lex fori* o *lex causae*. La inscripción registral de un matrimonio celebrado en el extranjero, no es constitutiva pues se admite que los efectos derivan del hecho mismo de la celebración, si bien es preceptiva para que el matrimonio produzca plenos efectos jurídicos (art. 61.1 CC).

#### 2.4.1 Inscripción registral y reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero.

Si el matrimonio ha sido celebrado ante autoridad española o ante autoridad extranjera, habiendo obtenido previamente el certificado de capacidad exigido por la normativa de algunos países su acceso al registro civil no plantea dificultad. Sin embargo, en la mayoría de supuestos de matrimonios celebrados ante autoridad extranjera, solo tienen acceso al registro civil español si alguno de los contrayentes es español (ya se rija por la *lex fori* o por *lex causae*) si son conformes con la realidad y se adecuan a la legalidad española. Así, la inscripción en el Registro Civil es el filtro de control de validez del matrimonio, al obligar al Encargado del Registro civil español a controlar legalidad española (art. 23 de la LRC y 85 del RRC).

La inscripción de estos matrimonios se hace normalmente por transcripción de certificación expedida por la autoridad extranjera (art. 23 de la LRC, 85 y 256.3.º y 4.º del RRC), más las diligencias complementarias que el Encargado del RC consular o del Registro Civil Central considere convenientes, siendo excepcional la inscripción en virtud de expediente. Para este control, además de las normas establecidas en el Cc y en la normativa registral, la Orden del Ministerio de Justicia 577/2016, de 19 de abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso, por la que se deroga la Instrucción DGRN, de 10 de febrero de 1993, sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa; la Instrucción-Circular de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo; la Instrucción de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia; además de la Instrucción de 20 de marzo de 2006, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, además de las numerosas resoluciones de la DGRN a recursos interpuestos. En el ámbito UE la Resolución del Consejo de fecha 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos

### 3. Normativa de Derecho Internacional Privado aplicable a las crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio).

#### 3.1 Competencia judicial internacional en supuestos intracomunitarios.

La competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial ha sido objeto de armonización en la UE, en el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, denominado comúnmente Bruselas II bis.

Mencionar que el 2 de julio de 2019 ha sido publicado un nuevo Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como sobre sustracción internacional de menores. Con la nueva normativa, que se aplicará a partir del 22 de agosto de 2022 entre otras materias civiles, a las relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, la Comisión renueva la actual legislación en cuestión de conflictos familiares internacionales, en concreto el Reglamento (CE) nº 2201/2003.



El ámbito de aplicación del R 2201/2003, vigente en la actualidad, engloba todos los Estados parte de la UE, menos Dinamarca. Constituye el régimen preferente para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en las causas matrimoniales de divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio que se hayan iniciado tras su fecha de entrada en vigor. Prevalece sobre cualquier convenio bilateral o multilateral entre los estados miembros de la Unión Europea y equipara a los procedimientos judiciales, los demás procedimientos que reconozcan oficialmente cualquiera de los Estados miembros. De esta manera se engloban dentro del término órgano jurisdiccional todas las autoridades competentes en la materia en los Estados miembros, (por tanto, también los procedimientos administrativos cuando en el estado de origen sean estos órganos, los administrativos, los competentes para conocer de esta materia).

Para determinar la competencia judicial internacional es requisito que el demandado tenga su residencia, nacionalidad o domicilio en un Estado de la UE. En caso contrario, el Reglamento no se aplicará (arts. 6 y 7), y habrá de determinarse la competencia por el tribunal del foro: bien en otro instrumento internacional aplicable en que basar su competencia, ya sea bilateral o multilateral, o bien en defecto de lo anterior, acudir a la norma de origen autónomo que regule sus criterios de atribución de competencia judicial internacional, en nuestro caso la LOPJ.

En el Reglamento, se atribuye la competencia en asuntos relativos al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, a:

- los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges.
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí.
- la residencia habitual del demandado.
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges.
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.
- la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión.
- o bien a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges.

También, se ocupa en su art. 4 y 5 de la competencia para los supuestos, respectivamente, de las demandas reconventionales (correspondiendo la competencia al tribunal que conoció de la demanda originaria), y de los supuestos de conversión de las causas de separación judicial en divorcio (lógicamente conocerá el mismo tribunal que conoció de la separación)

### **3.2 Competencia judicial internacional en supuestos extracomunitarios.**

En los casos en los que no se aplica el Reglamento. Es preciso tener en cuenta la primacía que las normas internacionales respecto de las nacionales en el ordenamiento jurídico español (art. 96 CE. 1.5 del Código Civil, etc.). De tal forma, las normas de competencia judicial internacional del derecho autónomo recogido en los artículos del 22

al 25 de la LOPJ, sólo resultan de aplicación, sin olvidar su aplicación transitoria, cuando no resulte aplicable el juego de los instrumentos internacionales, ya sean convenios, tratados o normativa comunitaria como los reglamentos.

### 3.3 Ley aplicable: Derecho Conflictual.

De acuerdo con el sistema autónomo español conflictual para la determinación del derecho material aplicable a las causas matrimoniales, es preciso distinguir según se trate de supuestos de nulidad matrimonial o de separación o divorcio.

#### 3.3.1. Nulidad del matrimonio.

La nulidad del matrimonio entendida como la inexistencia de dicha relación *ab initio*, en nuestro sistema autónomo de derecho internacional privado ha carecido de un régimen específico de localización del derecho aplicable, acudiendo a la hora de establecer la ley rectora acudir a la ley que rige la validez del matrimonio: la ley rectora de la forma de celebración (arts. 49 y 50 del CC), y del consentimiento o capacidad de cada contrayente (ley nacional de conformidad con el art. 9.1.º del CC).

Pero esta laguna desapareció con la reforma el artículo 107 del CC, piedra angular del derecho conflictual español en materia matrimonial en la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* al establecer en su actual apartado I: «La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.»

En realidad, la validez o nulidad del matrimonio es una simple cuestión previa cuya ley reguladora, ya se refiera a la capacidad, el consentimiento o la forma, sólo debe afectar al vínculo matrimonial y no a sus efectos en otros órdenes distintos, pues cada uno de ellos se regirán conforme a la ley que les corresponda. La ley rectora de la nulidad matrimonial se limita, pues, a determinar si el matrimonio es o no válido, pero no se extiende a los efectos sobre la determinación de la filiación, por ejemplo, sea válido o nulo el matrimonio.

#### 3.3.2 Separación judicial y el divorcio

El artículo 107.2 del CC, reformado por el apartado veintiocho de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria vigente desde 23 julio 2015, establece que la separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado.

Las normas UE son, por un lado, el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; y por otro lado, los Reglamentos relativos a la ley aplicable a los distintos efectos del divorcio y la separación

Este Reglamento en su art. 1, establece por un lado que se aplicará en todas aquellas situaciones que impliquen un conflicto de leyes, es decir, que sean situaciones internacionales, y, por otro lado, como el resto de los Reglamentos de ley aplicable, su carácter universal, es decir, sustituyendo a la legislación interna de los Estados miembros.

En su ámbito de aplicación material, no entra aplicación la nulidad matrimonial, y resulta inaplicable a cualquier cuestión derivada del divorcio o la separación; por tanto, únicamente determina la ley aplicable a la disolución del vínculo y sus causas.

En lo que se refiere a la ley aplicable, las partes pueden elegir:

- la residencia habitual.
- última residencia cuando uno de ellos todavía vive allí, o
- la nacional de cualquiera de ellos.

Todas fijadas ellas en el momento de celebración del acuerdo de elección y, finalmente, la *lex fori*. El acuerdo se puede celebrar o modificar en cualquier momento, incluso, cuando la *lex fori* así lo permita, ante el mismo tribunal en el curso del procedimiento. En ausencia de elección de ley por las partes, el art. 8 designa como aplicables las mismas leyes, ahora bien, fijadas en el momento de la demanda y no con carácter alternativo, sino jerarquizado.

Se aplicará la *lex fori*, si no existiera el divorcio en la ley aplicable, será elegida por las partes o designada según el art. 8, o si las causas para obtenerlo fueran discriminatorias en razón al sexo. En el supuesto de la separación sólo se aplicará la ley manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Finalmente, se solucionan los problemas derivados de los Estados plurilegislativos que tengan diversas legislaciones en la materia.

### **3.4 Ley aplicable a la disolución por muerte o declaración de fallecimiento**

Otra causa de extinción del matrimonio es la muerte. La ley española además contempla la disolución del matrimonio por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 85 del CC). La extinción de la personalidad por la muerte física es una cuestión que se rige por la ley personal del sujeto (art. 9.1 CC en relación con el artículo 1 de la LRC), esta ley será la que determine el momento en que ha de entenderse producido el óbito. La declaración de fallecimiento implica la incoación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, siendo competentes los tribunales españoles si la última residencia habitual del sujeto fue dentro del territorio español (art. 22.3 LOPJ), esta declaración que afecta a la personalidad del sujeto y en consecuencia su tramitará conforme a su ley personal (art. 9. 1.º del CC). Los efectos que producen tanto la muerte como la declaración de fallecimiento sobre el matrimonio son aspectos diferenciados. En algunos sistemas nacionales, la muerte implica la disolución del matrimonio, pero no habilita al cónyuge viudo a contraer nuevo matrimonio, o se establece un plazo para recuperar la capacidad nupcial. En el caso de la declaración de fallecimiento, es posible que ni siquiera se prevea la disolución del matrimonio, ni mucho menos la recuperación de dicha capacidad nupcial, o que ésta se someta asimismo a determinados plazos. Se trata de efectos asociados a dicha circunstancia pero que afectan a ambos cónyuges y en especial, sobre todo, en el caso de la muerte, al cónyuge supérstite. Ahora bien, no parece conveniente una única ley que rija la disolución del matrimonio y la recuperación de la capacidad nupcial, aunque la doctrina española mayoritaria opta por esta solución de una única ley, sobre la base de una ley neutral: la que rige las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges (art. 9.2. y 3. del CC), aunque esto no sea lo correcto según la dicción literal de nuestras normas.

### **4. Reconocimiento de resoluciones en la materia: supuestos intracomunitarios y extracomunitarios**

El reconocimiento de las decisiones dictadas en los supuestos de crisis matrimoniales se somete al régimen genérico de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales

extranjeras, procedimiento regulado tanto en instrumentos internacionales, integrantes de nuestro ordenamiento jurídico, como en el régimen autónomo.

En primer lugar, el procedimiento de exequátur es aplicable para reconocer en España, si se ajusta al Derecho español, las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio en forma canónica o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado (arts. 80 del CC y 778 de la LEC en relación con el art. VI del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, y el art. 63 del Reglamento 2201/03).

Una vez más, hay que tener presente que los instrumentos internacionales son de aplicación prioritaria a las normas nacionales, así Reglamento 2201/03 es de aplicación prioritaria para el reconocimiento de las decisiones judiciales, en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial, siempre que el tribunal de origen sea uno de los Estados parte, salvo Dinamarca.

Las resoluciones dictadas en materia matrimonial en un Estado miembro son reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno (reconocimiento incidental sin oposición o reconocimiento registral) y no se requiere ningún procedimiento para la modificación de los datos del Registro civil.

Se garantiza el reconocimiento automático de toda resolución judicial, sin necesidad de procedimiento y limitando los motivos de denegación para las resoluciones en materia matrimonial (art. 22). Sobre las resoluciones en materia matrimonial cualquier parte interesada podrá solicitar a la jurisdicción competente la expedición de un certificado (art. 39)

En cuanto a la Jurisdicción competente para conocer de esta validación o reconocimiento, la competencia funcional corresponderá a la que indicada por cada Estado miembro (en España: Juzgados 1.ª instancia de familia).

En caso de no encontrarnos dentro de los ámbitos de aplicación del Reglamento 2201/2003, o de cualquier otro instrumento, convenio o tratado internacional, multilateral o bilateral en que España fuera parte, entrará en juego el exequátur previsto en nuestro régimen autónomo en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A falta de tratado internacional que establezca otra cosa, además del reconocimiento a través del procedimiento del exequatur en sede judicial, es posible el reconocimiento incidental de la sentencia. Este reconocimiento incidental contemplado ya en la LEC y en otras normas, se constituye como una de las principales vías en el reconocimiento en lo que se refiere a resoluciones extranjeras en materia matrimonial tras la entrada en vigor de ley 15/2015 de la Jurisdicción voluntaria y sobre todos de la ley 29/ 2015 de Cooperación Jurídica Internacional.

Aunque esta última, la LCJI tiene una aplicación subsidiaria, en defecto de norma europea o internacional en la materia o de norma especial del derecho interno, en la práctica su papel es muy relevante, ya que hay muchos Estados con los que España no tiene convenios en la materia, o los convenios sólo alcanzan aspectos muy particulares.

El ámbito de aplicación de la LCJI viene definido por tres elementos: el objeto del litigio; la fecha de la solicitud de exequátur y el tipo de resolución. La LCJI se aplica al reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras en material civil y mercantil. Temporalmente, se aplica a las solicitudes de exequátur posteriores a su entrada en vigor, con independencia de la fecha en que fue dictada la resolución extranjera (DT única). Sólo son susceptibles de reconocimiento y ejecución las decisiones extranjeras *firmes*, o definitivas si se trata de decisiones extranjeras derivadas de procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Siguiendo a los textos supranacionales vigentes en España, esta ley distingue entre el reconocimiento de una sentencia extranjera (art.44-49) y su ejecución (art. 50. Reconocer

una sentencia extranjera supone dejar valer sus efectos. En principio, los efectos procesales más típicos de una sentencia son dos: su eficacia de cosa juzgada, positiva y negativa, y su fuerza ejecutiva. La LCJL prevé que el reconocimiento de una sentencia extranjera, típicamente su fuerza de cosa juzgada puede pedirse a título principal, a través del procedimiento de **exequátur**, o a **título incidental**. La ejecución en sentido propio, en cambio, sólo puede llevarse a cabo una vez concedido el exequátur de la sentencia extranjera.

De acuerdo con el principio de cooperación, las sentencias extranjeras deben reconocerse y ejecutarse en España salvo que incurran en alguna de las causas de denegación recogidas en el art. 46: no cabe denegar el reconocimiento o la ejecución por causas distintas. La Ley aclara, además, que la resolución extranjera no podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo y cabe el reconocimiento parcial: cuando la resolución extranjera se pronuncie sobre varias pretensiones el simple hecho de que unas incurran en alguna causa de denegación del reconocimiento no impedirá el reconocimiento de los demás (Artículo 48 y 49). Se prevén seis causas de denegación del reconocimiento de una sentencia extranjera:

- Cuando sea contraria al orden público.
- Cuando se ha dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes.
- Cuando se ha pronunciado sobre una materia sobre la que son exclusivamente competentes los tribunales españoles o, en las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de dicha conexión razonable cuando el tribunal extranjero haya basado su competencia en criterios similares a los previstos por la legislación española.
- Cuando sea inconciliable con una resolución dictada en España o
- Cuando exista en España un litigio pendiente entre las mismas partes y con el mismo objeto iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

## 5. Mediación familiar internacional

La solución judicial de las crisis matrimoniales no es el único medio para dirimir estas cuestiones que los sistemas nacionales vienen admitiendo, sino que existe otra alternativa que ha experimentado un gran desarrollo en los últimos tiempos, como es la denominada Mediación Familiar, que puede darse tanto a nivel interno como en el ámbito internacional. En la UE su desarrollo es dispar según cada país. Algunos se han dotado de un sistema completo de legislación y normas procesales sobre la mediación, mientras que, en otros, los órganos legislativos han mostrado escaso interés en reglamentar estos procedimientos. Existen, por otra parte, ciertos Estados miembros que tienen una arraigada tradición de mediación, basada esencialmente en la autorregulación. La mediación familiar resulta particularmente recomendable en los supuestos transfronterizos, por su naturaleza y rasgos distintivos respecto de la figura jurisdiccional. Dadas las lagunas operantes en nuestro sistema legal, (la normativa española en materia de Mediación Familiar, carece de una Ley estatal, está constituida en la actualidad por diez Leyes de ámbito autonómico) adolecemos de un régimen jurídico de la mediación familiar consolidado en España, singularmente a nivel estatal, y especialmente faltando una normativa expresa en el sistema de Derecho internacional privado, su funcionamiento en supuestos transfronterizos parte de la autonomía de la voluntad de las partes.

**BIBLIOGRAFÍA:**

- Aguilar Benítez de Lugo. Intervención Consular en el Derecho internacional Privado. Sevilla 2005.
- Antón Juárez, Isabel. Crisis Matrimonial. Divorcio y separación internacional. Competencia judicial internacional. Ley aplicable. Efectos extraterritoriales de decisiones. URL: <http://ocw.uc3m.es/derecho-internacional-privado/derecho-internacional-privado/material-de-clase-1/dip-tema-1.pdf>
- Arenas García, Rafael. “Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo derecho internacional privado español” URL: [https://www.academia.edu/2929152/Crisis\\_matrimoniales\\_internacionales\\_Nulidad\\_m\\_atrimonial\\_separaci%C3%B3n\\_y\\_divorcio\\_en\\_el\\_nuevo\\_Derecho\\_internacional\\_privado\\_espa%C3%Blol](https://www.academia.edu/2929152/Crisis_matrimoniales_internacionales_Nulidad_m_atrimonial_separaci%C3%B3n_y_divorcio_en_el_nuevo_Derecho_internacional_privado_espa%C3%Blol)
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis. Derecho Internacional Privado. Vol. II (18ª edición).2018
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier (autores-editores) Compendio de Derecho internacional privado.2020
- Carrillo Pozo, Luis F. Crisis matrimoniales, Imperatividad de la Norma de Conflicto y Derecho Extranjero” *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2018  
Url: [https://eprints.ucm.es/26672/1/Prueba\\_Derecho\\_extranjero.pdf](https://eprints.ucm.es/26672/1/Prueba_Derecho_extranjero.pdf)
- Diago Diago, Mª del Pilar. “El Matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Sección estudios. 2014. URL:<http://redi.ene-estudio.es/wp-content/uploads/2017/09/2-M.%C2%AA-Pilar-Diago-Diago.pdf>
- Guzmán Zapater, Mónica. “Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil práctica de la Dirección General de los Registros. URL: [http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2017/08/4\\_estudios\\_guzman\\_zapater\\_matrimonios\\_celebrados\\_extranjero.pdf](http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2017/08/4_estudios_guzman_zapater_matrimonios_celebrados_extranjero.pdf)
- Guzmán Zapater, Mónica y Esplugues Mota, Carlos, directores. **Persona y Familia en el Nuevo modelo español de Derecho Internacional Privado**. Valencia 2017.
- Krsnik Castelló, Sergio: Manual de actuación consular respecto de la celebración de matrimonios. Maec 2009
- Orejudo Prieto de los Mozos, Patricia. La Celebración del Matrimonio y el Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en el Derecho Internacional Privado. Aranzadi editorial 2002.
- Orejudo Prieto de los Mozos, Patricia.” Regulación del matrimonio en situaciones internacionales tras la Reforma de la Ley de Registro Civil de 2011.” Anuario español

de derecho internacional privado, vol. 12, 2012 URL:  
<https://eprints.ucm.es/23277/1/Regulaci%C3%B3n%20del%20matrimonio.pdf>

- Orejudo Prieto de los Mozos, Patricia. “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los Reglamentos sobre la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales” URL:  
[https://eprints.ucm.es/26672/1/Prueba\\_Derecho\\_extranjero.pdf](https://eprints.ucm.es/26672/1/Prueba_Derecho_extranjero.pdf)
- Paris Alonso, Juan Antonio. Manual de Registro Civil para los Registros Civiles Consulares. MAEC. 2011
- Rodríguez Vázquez, María Ángeles “Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el derecho internacional privado español” Boletín mexicano de Derecho Comparado.2008 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2783660>

## Tema 49

**La familia en el tráfico externo (II). Protección internacional de menores. Normativa de Derecho Internacional Privado aplicable a la filiación y a los alimentos. La adopción internacional. La sustracción internacional de menores. La gestación subrogada. La sucesión en Derecho Internacional Privado.**

### 1. Introducción:

El profesor Alfonso Luis Calvo Caravaca define el **Derecho Internacional Privado** como el sector del ordenamiento jurídico interno de los Estados que regula situaciones privadas con un componente de internacionalidad. Esta disciplina surge con un ánimo facilitador, en la medida en que resuelve las tres cuestiones básicas que se plantean ante una relación privada internacional: 1) qué tribunales estatales van a ser competentes para conocer de un posible litigio; 2) qué ley estatal se va a aplicar para resolver el fondo del litigio; y 3) qué eficacia va a tener en otros Estados la eventual sentencia dictada por el juez que haya conocido del litigio.

Las funciones estratégicas de la familia han determinado la configuración de una rama del ordenamiento jurídico con un acusado carácter protector denominada **Derecho de familia**, entendida como el conjunto de normas que regulan las relaciones básicas de familia, incluyendo el matrimonio, las relaciones paterno-filiales, las relaciones derivadas de la tutela y todas las relaciones de parentesco. En España, la protección de la familia se ampara en el art. 39.1 CE: “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”.

En concreto, las relaciones familiares han sido objeto de una profusa regulación en el Derecho Internacional Privado, especialmente en el de la UE, que en los últimos años ha ampliado considerablemente el elenco de normas relativas a la competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento.

### 2. Protección internacional de los menores:

#### Contexto y normativa:

La protección de los menores es un deber constitucional, y de acuerdo con el **art. 39.4 CE**: “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. La **LO 1/1996**, de protección jurídica del menor y la **LO 8/2021**, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia responden a ese mandato.

En lo relativo a los tratados internacionales, cabe destacar:

- Convención sobre los Derechos del Niño de NN.UU (1989).



- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).
- Otros convenios internacionales de DDHH (el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Carta de DDFF de Niza de 2000).

Siguiendo esta lógica, el Derecho Internacional Privado se caracteriza por su carácter puerocéntrico, que aspira a proteger el interés superior del menor.

Concepto de menor:

El **art. 12 de la CE** señala que “*los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.*” La norma de conflicto española para determinar la mayoría de edad de los extranjeros es el art. 9.1 CC, que remite a su ley nacional y resuelve el posible conflicto móvil señalando que “*El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior*”.

Competencia judicial internacional:

Esta cuestión se regula en:

- **Reglamento 2019/1111** del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre sustracción internacional de menores, que sustituye desde agosto de 2022 al Reglamento 2201/2003 (conocido como Bruselas II bis).
  - Desde un punto de vista material (art. 1), este Reglamento entiende por responsabilidad parental “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor”. Aquí se incluye:
    - El derecho de custodia y el derecho de visita.
    - La tutela, la curatela y otras instituciones análogas.
    - La designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia.
    - El acogimiento de un menor en un establecimiento de acogida.
    - Medidas de protección ligadas a la administración de sus bienes.
  - Desde el punto de vista espacial, el Reglamento se aplica a todos los EE.MM menos a Dinamarca.
  - Desde el punto de vista material, se aplica a aquellas situaciones en las que el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro.
- **Convenio de la Haya de 1996**, se aplicará cuando el menor no tenga su residencia en un Estado miembro de la UE pero sí en un Estado parte del Convenio.
- El **art. 22 quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)** se aplicará en defecto de los anteriores.

Según el Reglamento 2019/1111, serán competentes:

- I. Con carácter general, los tribunales del Estado miembro del lugar de residencia habitual del menor (art. 7). Aquí el Reglamento prevé 2 excepciones:
  - a. Cuando el menor cambie legalmente de residencia habitual, seguirán siendo competentes los tribunales del Estado de residencia anterior durante los 3 meses siguientes al cambio (art. 8).

- b. En caso de traslado o retención ilícitos del menor, serán competentes los tribunales del Estado donde residía inicialmente.
2. Los tribunales del Estado al que el menor esté estrechamente vinculado o del Estado que libremente hayan convenido las partes atendiendo al interés superior del menor (art. 10).
3. En defecto de los anteriores, serán competentes los tribunales del Estado donde se encuentre el menor (art. 11). Esta competencia será extensible a los menores refugiados y a los desplazados internacionalmente.
4. Finalmente, se prevé la posibilidad de que los tribunales competentes remitan la competencia a los tribunales de otro Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho y que estén mejor situados para conocer el asunto. Estos últimos deberán aceptar dicha remisión (plazo de 7 semanas).
5. Se incluye asimismo una cláusula residual en caso de que ningún tribunal sea competente atendiendo a las anteriores reglas. En estos casos la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a sus leyes.

#### Ley aplicable:

La ley aplicable a las medidas de protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya de 1996 (al que remite el art. 9.6 CC) que entró en vigor en 2011 y tiene carácter *erga omnes* (se aplica aun cuando sus normas de conflicto dirijan al ordenamiento de un Estado que no sea parte).

#### Reglas:

1. Se aplica, como regla general, la ley del lugar de residencia habitual del menor.
2. Si bien, las autoridades de protección de menores aplicarán su *lex fori* a la hora de adoptar medidas de protección de menores en su territorio.
3. Además, se podrá tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho.

Además, el Convenio excluye el reenvío y añade que el Derecho extranjero no se aplicará si es contrario al orden público del foro.

#### Reconocimiento y ejecución de sentencias:

En lo relativo al reconocimiento de medidas adoptadas por autoridades extranjeras, el Reglamento 2019/1111 establece un sistema de reconocimiento sin necesidad de procedimiento alguno, más allá de presentar la copia de la resolución y un certificado específico (art. 36).

En cuanto a la ejecución, las resoluciones dictadas en un Estado miembro que fueren ejecutivas en dicho Estado, serán ejecutivas en otro Estado miembro sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva.

No obstante, se prevén 6 motivos de denegación del reconocimiento o la ejecución:

1. Que el reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público del Estado en el que se invoca.
2. Si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa (salvo que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución).

3. A petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiera dictado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída.
4. Si la resolución fuere irreconciliable con otra dictada posteriormente en el Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento.
5. Si la resolución fuere irreconciliable con otra dictada posteriormente en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, y ésta resolución posterior reúna a su vez las condiciones para ser reconocida en el Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento.
6. Cuando no se respete el procedimiento del art. 82 (acogimiento del menor en otro Estado miembro).

En los casos no cubiertos por este reglamento será aplicable el **Convenio de La Haya de 1996** si la decisión proviene de un Estado parte.

Si el Estado de origen de la decisión tampoco es parte del convenio, serán de aplicación los convenios bilaterales, y en ausencia de éstos, los arts. 41-61 de la **Ley de 2015 de Cooperación Jurídica Internacional**, que prevé un procedimiento de exequátur.

### 3. Normativa de Derecho Internacional Privado aplicable a la filiación y a los alimentos:

#### FILIACIÓN:

##### Competencia judicial internacional:

Aquí debe acudir a la **LOPJ**, ya que se trata de una materia no regulada por instrumentos internacionales. Así, los jueces españoles serán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España (foro general del art. 22 ter.) así como en los siguientes foros especiales (art. 22 quáter d):

1. Cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al interponerse la demanda
2. Cuando el demandante sea español
3. Cuando el demandante resida habitualmente en España o bien resida en España desde seis meses antes de la presentación de la demanda

De acuerdo con el art. 22 c) LOPJ, cuando se cuestione la validez de inscripción de filiación en un registro público español sólo serán competentes los tribunales españoles.

##### Ley aplicable:

Siguiendo lo dispuesto en el **art. 9.4 CC**, deben distinguirse dos ámbitos:

- ❖ La determinación y el carácter de la filiación (y acciones de filiación según antigua DGRN): la ley aplicable será:
  1. La de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación.
  2. En su defecto, por la ley nacional del hijo en ese momento.
  3. En su defecto, por la ley española.
- ❖ El contenido de la filiación: la ley aplicable vendrá determinada por el **Convenio de la Haya de 1996**.

Además, cabe recordar que no se aplicarán las normas extranjeras cuando vulneren el orden público español (art. 12.3 CC en conexión con el art. 39.2 CE). Así, en ningún caso cabe aplicar, por ejemplo, las normas que impidan la acreditación de la filiación de un hijo habido fuera del matrimonio por no existir dicha filiación en ese ordenamiento.

#### Reconocimiento y ejecución de sentencias:

Una filiación determinada en virtud de sentencia extranjera puede acceder al RC español previo reconocimiento de tal sentencia en España (art. 59 Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional y arts. 81-83 Reglamento del RC). Este reconocimiento se puede obtener a través del procedimiento de exequátur (arts. 41-61 Ley 29/2015).

Por otra parte, también se puede obtener el reconocimiento de la filiación mediante la transcripción de una certificación registral extranjera a un RC español, lo cual exigirá el previo control de legalidad de la misma (Capítulo VI Ley 29/2015, DA 3ª Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria y Art. 81 Reglamento RC).

#### ALIMENTOS:

##### Contexto y normativa:

El TJUE ha definido las obligaciones alimenticias como “todas aquellas prestaciones cuyo objeto sea satisfacer las necesidades socio-económicas del individuo a partir de una relación de familia”.

Estas obligaciones están sujetas a normas especiales de Derecho Internacional Privado desvinculadas de las relaciones familiares de las que traen causa (como la filiación o el matrimonio). Dentro de estas normas cabe destacar:

- **Reglamento (CE) 4/2009** del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.
- Convenio de la Haya de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños, que incluye un **Protocolo sobre Ley Aplicable a las obligaciones alimenticias**.
- Residualmente, el **art. 9.7 CC** (que remite al anterior protocolo).

##### Competencia judicial internacional:

Esta cuestión aparece regulada en el **Reglamento 4/2009**, que prevé 4 foros alternativos:

1. Los tribunales del lugar de residencia habitual del demandado.
2. Los tribunales del lugar de residencia habitual del acreedor.
3. Los tribunales competentes para conocer de una acción de estado civil (si la obligación de alimentos es accesoria a ésta).
4. Los tribunales competentes para conocer de una acción de responsabilidad parental (si la obligación de alimentos es accesoria a ésta).

El Reglamento también prevé la posibilidad de sumisión expresa o tácita ante un tribunal, y la posibilidad de acudir a los tribunales que presenten un vínculo más estrecho con las partes.

Ley aplicable:

El Reglamento 4/2009 remite al **Protocolo de La Haya de 2007**, en vigor desde 2013 y del que forman parte todos los Estados Miembros de la UE salvo Dinamarca.

Es un texto *erga omnes* que señala que la ley aplicable a la obligación de alimentos será:

1. Aquella pactada por las partes.
2. En su defecto, la del lugar de residencia habitual del acreedor.

Reconocimiento y ejecución de sentencias:

En cuanto al reconocimiento de decisiones extranjeras, el **Reglamento 4/2009** distingue:

- Si el Estado está vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007, el reconocimiento es automático.
- Si el Estado no está vinculado por el Protocolo (Dinamarca), se aplicará el procedimiento de exequátur del Reglamento.

Por su parte, cuando la decisión provenga de un tercer Estado no miembro de la UE pero que sí sea parte del **Convenio de La Haya de 2007**, se aplicará el sistema previsto en este Convenio.

**4. La adopción internacional:**Contexto y normativa:

La adopción tendrá vínculos de internacionalidad cuando se constituya en el extranjero o cuando se constituya en España y el adoptante o el adoptando sean extranjeros. El régimen aplicable a la adopción internacional es el siguiente:

- ❖ Si se constituye en España, la **Ley 54/2007**, de adopción internacional y el **RD 165/2019**, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional.
- ❖ Si se constituye en el extranjero y es una adopción transnacional, el **Convenio de La Haya de 1993** sobre cooperación en materia de adopción internacional entre Estados parte, los **Convenios bilaterales** firmados por España (ej. Bolivia, Vietnam...) y, en último término, el régimen supletorio de la **Ley 54/2007**.

**RÉGIMEN LEY 54/2007**

La LAI señala en su art. 1 que se entiende por adopción internacional “aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España”.

Competencia judicial internacional:

Las autoridades españolas serán competentes para constituir la adopción si:

1. El adoptante es español o reside habitualmente en España.
2. El adoptado es español o reside habitualmente en España.

Antes de poder iniciar el procedimiento judicial será necesario desarrollar una fase administrativa en la que Entidad Pública autonómica competente controle la idoneidad de los adoptantes y formule una propuesta previa de adopción.

Los cónsules de España pueden constituir adopciones internacionales siempre que:

- El Estado que recibe no se oponga a ello ni su ordenamiento lo prohíba (art. 5.f CV63).
- El adoptante sea español.
- El adoptando tenga residencia habitual en la demarcación consular.

Ley aplicable:

Se aplicará la ley española si el adoptado tiene o va a tener tras la adopción su residencia habitual en España. No obstante, en materia de capacidad y consentimiento, se aplicará la ley nacional del adoptado si: 1) tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de constituirse la adopción o 2) el adoptado no adquiere la nacionalidad española, aunque resida en España.

El juez denegará la adopción en España de menores cuya ley nacional no contemple la adopción (ej. ordenamientos islámicos, como el marroquí o el argelino, que sólo prevén una forma de acogimiento conocida como *kafala*).

Reconocimiento y ejecución de sentencias:

El régimen de reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero de la LAI (arts. 25-30) es residual, ya que priman el Convenio de La Haya de 1993 y los convenios bilaterales. El Encargado del RC deberá verificar, en el control de legalidad:

1. Que haya sido constituida por autoridad competente (vínculos razonables).
2. Que no vulnere el orden público.
3. Si el adoptante o el adoptado es español, que la adopción surta efectos jurídicos sustancialmente equivalentes a los que tiene la adopción en el ordenamiento jurídico español:
  - a. Que se extingan los vínculos con la familia anterior.
  - b. Que establezca los mismos vínculos que una filiación por naturaleza.
  - c. Que sea irrevocable.
4. Si el adoptante es español y reside en España, se requiere una declaración previa de idoneidad de la entidad pública española.
5. Si el adoptando es español, se requiere el consentimiento de la entidad pública competente.

### RÉGIMEN CONVENIO DE LA HAYA DE 1993

La mayoría de las adopciones internacionales se constituyen en el extranjero, y son objeto de un posterior reconocimiento por las autoridades españolas. Cuando ambos Estados, el de origen del menor y el de su futura residencia habitual, son parte en el Convenio de La Haya de 1993, éste será el régimen que prevalezca.

El convenio regula, exclusivamente: una fase administrativa previa y el reconocimiento de las adopciones constituidas. No regula la competencia judicial internacional para constituir una adopción ni la ley aplicable.

- El procedimiento administrativo previo consiste en un mecanismo de cooperación entre las autoridades de ambos Estados que alcanzan un acuerdo favorable al proceso de adopción.
- El reconocimiento “de pleno derecho” de las adopciones constituidas conforme al convenio será automático.

## 5. La sustracción internacional de menores:

### Concepto y normativa:

La sustracción internacional de menores es el fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción de las disposiciones legales. En general, es uno de los progenitores el que lleva a cabo este traslado, privando al otro del ejercicio del derecho a custodia que tiene reconocido.

Esta cuestión está regulada fundamentalmente en dos textos:

- Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores.
- Reglamento 2019/1111.

### Convenio de La Haya de 1980:

Este convenio se aplica cuando un menor de dieciséis años con residencia en un país ha sido retenido o trasladado ilícitamente a otro país donde no tiene su residencia habitual, siempre que ambos sean Estados parte del convenio.

El convenio prevé:

- Una autoridad central en cada Estado (en España es el Ministerio de Justicia).
- Una acción directa ante las autoridades del Estado donde se encuentra el menor para su retorno inmediato al país de su residencia habitual.  
Esa acción puede ejercerla cualquier persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención ilegal.  
La regla general será la restitución del menor al país de su previa residencia habitual:
  - Si ha transcurrido menos de un año desde el traslado sólo se podrá denegar la restitución:
    1. Cuando la custodia no era ejercida de hecho o el traslado ha sido consentido.
    2. Cuando el menor se opone a su restitución.
    3. Cuando la restitución vulnera principios fundamentales del Estado requerido en materia de DDHH.
    4. Cuando se aprecia un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico.
  - Si ha transcurrido más de un año desde el traslado, a las anteriores causas se añade la prueba de que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

### Reglamento 2019/1111:

Este Reglamento complementa el Convenio de La Haya de 1980 para el caso de comunicaciones entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Se prevé un procedimiento judicial acelerado (los órganos jurisdiccionales distarán sentencia en un plazo máximo de 6 semanas desde la iniciación del procedimiento).

## 6. La gestación subrogada:

Los ordenamientos establecen soluciones divergentes para la determinación de la filiación de los nacidos mediante “gestación por sustitución” o “maternidad subrogada”:

- Hay países que permiten y regulan esta práctica, como los Estados de Florida o California en EEUU.
- Hay países que la prohíben y castigan penalmente, como Francia.
- Hay países que, como España, no la prohíben, pero consideran que el contrato que la acuerde es nulo de pleno Derecho y, el nacido, hijo de la gestante. Así, el art. 10 de la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción asistida señala:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

### Ley aplicable:

En un proceso judicial en España encaminado a determinar la filiación de un nacido por gestación subrogada, la Ley aplicable a la filiación se determinará según el art. 9.4 1º CC.

### Reconocimiento y ejecución:

El caso más habitual y problemático, sin embargo, es el que se da cuando la filiación tras un proceso de gestación por sustitución ha sido determinada en el extranjero y las autoridades de ese país establecen que la filiación corresponde a los padres de intención y no a la gestante. Se plantea, en estos casos, la cuestión del reconocimiento que dicha filiación deba tener en Derecho español.

Esta cuestión ha sido abordada por la DG de Seguridad Jurídica y Fe Pública:

- En lo relativo a las **sentencias extranjeras** (Instrucción de 5 de octubre de 2010) el encargado del RC controlará:
  1. La autenticidad formal de la resolución judicial extranjera.
  2. Que el tribunal hubiera basado su competencia en criterios equivalentes a los contenidos en la legislación española.
  3. Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes (y, en particular, los de la gestante).
  4. Que se respete el orden público internacional español, es decir, que no se hayan vulnerado los derechos ni del menor ni de la gestante, y que el consentimiento de esta última haya sido obtenido de forma libre y voluntaria.
  5. Que la resolución judicial sea firme y los consentimientos manifestados irrevocables conforme al Derecho extranjero aplicable.



- En lo relativo a las **certificaciones registrales extranjeras** (Resolución de 18 de febrero de 2009) el encargado del RC controlará:
  - Que el documento haya sido otorgado por una autoridad extranjera competente según su Derecho.
  - Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones similares a las que desarrollaría una autoridad española.
  - Que el acto sea válido conforme a la Ley aplicable que designen las normas españolas de Derecho Internacional Privado.
  - Que la inscripción no sea contraria al orden público internacional español.

Finalmente, hay que tener en cuenta las posiciones divergentes del TS y el TEDH en lo relativo al orden público internacional:

- ❖ Tribunal Supremo: considera que el reconocimiento en España de la filiación acreditada en el extranjero tras un proceso de gestación por sustitución vulnera, siempre, el orden público internacional español (STS de 6 de febrero de 2014) y que, por ello, dicha filiación no podrá acceder al RC español, para el que la madre del menor será la mujer que da a luz.
- ❖ TEDH: considera que el orden público internacional de un país no debe impedir sistemáticamente los efectos de la filiación, dado que prevalece el interés superior del menor (STEDH de 26 de junio de 2014 frente a Francia y la STEDH de 27 de enero de 2015 frente a Italia).  
Además, debe tenerse en cuenta que el principio del interés superior del menor tiene rango constitucional y se encuentra recogido los tratados internacionales de DDHH de los que España forma parte, mientras que la nulidad del contrato de gestación subrogada en Derecho español tan sólo tiene rango de Ley.

## 7. La sucesión en Derecho Internacional Privado:

### Contexto y normativa:

En el ámbito de la sucesión *mortis causa* debe acudir al **Reglamento UE 650/2012**, que regula las tres cuestiones básicas en la materia (CJI, LA y RyE).

- Ámbito de aplicación material: sucesiones por causa de muerte (exceptuando las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas).
- Ámbito de aplicación territorial: EEMM excepto Irlanda y Dinamarca.
- Ámbito de aplicación temporal: fallecimientos después del 17 de agosto de 2015.

### Competencia judicial internacional:

El concepto de “tribunales” del Reglamento se refiere a los órganos que desarrollan funciones jurisdiccionales en el ámbito sucesorio, lo cual en España no se limita a los jueces, sino que incluye a los notarios.

Los foros están organizados en “cascada”, de modo que prevalece el anterior al posterior y sólo se debe acudir al siguiente en defecto del anterior.

1. La regla general es la competencia de los tribunales del Estado donde el causante tuvo la última residencia habitual. Se prevén dos excepciones:

- a. Cuando el causante hubiera elegido la ley de su nacionalidad como rectora de la sucesión, se permite la sumisión expresa a los tribunales de dicha ley.
  - b. Cuando el causante hubiera elegido la ley de su nacionalidad como rectora de la sucesión, el juez del lugar de residencia habitual puede declinar su competencia a favor de los tribunales de esta ley.
2. Se prevé un foro subsidiario que alude a los vínculos más estrechos (ej. lugar donde se encuentran los bienes de la herencia).

Ley aplicable:

1. El Reglamento establece como regla general la aplicación de la ley del Estado en el que el causante tuviera su **residencia habitual** en el momento del fallecimiento (art. 21).
2. Y prevé como alternativa la aplicación de la ley del Estado con el que el causante mantuviera un **vínculo manifiestamente más estrecho**. Además, como el Reglamento es de aplicación universal, se desplaza la regla del art. 9.8 CC (que remite a la Ley de nacionalidad del causante).
3. Por último, se permite la elección de la ley aplicable de cualquier persona, siempre y cuando esta ley sea la del **Estado de su nacionalidad** (art. 22).

La ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias se sigue rigiendo por el Convenio de La Haya de 1961 sobre ley aplicable a las disposiciones testamentarias, que trata de favorecer la validez de testamento.

Reconocimiento y ejecución:

Los tribunales españoles aplicarán el sistema de reconocimiento incidental y directo previsto en el Reglamento de Sucesiones de la UE siempre que la decisión provenga de otro Estado miembro, así como el sistema de reconocimiento por homologación previsto por el mismo.

Además, el Reglamento crea un “**certificado sucesorio europeo**”, de carácter voluntario, que acredita la cualidad de heredero, legatario, administrador de la herencia, etc., ante cualquier autoridad de un Estado miembro. El certificado goza de presunción de veracidad y legalidad.

## 8. Conclusión:

En definitiva, se observa una doble tendencia en las nuevas regulaciones de Derecho Internacional Privado sobre relaciones familiares: por un lado, de *reprivatización*, ya que cada vez se reconoce una mayor autonomía de la voluntad a las personas a la hora de acordar la jurisdicción a la que acudir o el Derecho que aplicar y, por otro lado, de *publicación*, es decir, de un mayor control de la protección de intereses públicos, sobre todo en lo referido a los menores de edad.

Bibliografía

*Compendio de Derecho Internacional Privado* (2019), CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.

## Tema 50

### **Los contratos internacionales. La determinación de la ley aplicable a la celebración del contrato, al fondo de la relación jurídica y a la ejecución de las prestaciones contractuales. La responsabilidad por daños.**

#### Introducción: los contratos internacionales

Los contratos internacionales son el instrumento jurídico que articula la economía globalizada, tanto los flujos de comercio como los de inversión. Son un instrumento cotidiano de la vida económica tanto de particulares, empresas y Estados.

Un contrato será internacional cuando presente algún elemento de extranjería: nacionalidad, domicilio o residencia habitual de alguna de las partes, lugar donde se deben ejecutar las obligaciones, jurisdicción a la cual las partes se someten, pacto de elección de Ley aplicable, etc.

Antes de estudiar la ley aplicable al mismo, conviene recordar la normativa que regula la **competencia judicial internacional**, es decir, en qué supuestos nuestros jueces y tribunales serán competentes para conocer de una demanda basada en una obligación contractual. Ello se regula (salvo algunas exclusiones materiales), para jueces y tribunales de Estados miembros de la UE en el **Reglamento 1215/2012 Bruselas I bis**, que resultará aplicable siempre que el demandado tenga domicilio en un Estado miembro. Estos son los foros del reglamento:

- Foro general del domicilio del demandado (art. 4)
- **Foro concurrente en materia de obligaciones contractuales** (art. 7): los tribunales del lugar donde deba cumplirse la *obligación que sirve de base a la demanda*. Cuando se trate de una compraventa de mercaderías, será el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías; cuando se trate de una prestación de servicios, será el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios.
- Sumisión expresa o tácita de las partes (art. 25-26): prevalece a los anteriores

Cuando no resulta de aplicación el reglamento, por no tener el demandado su lugar de residencia habitual en un Estado miembro de la UE o por quedar el contrato fuera de su ámbito material, se aplicarán las reglas de competencia del instrumento europeo o internacional aplicable, si existiere, o en su defecto, de la **LOPJ**: sumisión, el foro general de domicilio del demandado y, en el **art. 22 quinquies a)**: “*En materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España.*”

La determinación de la ley aplicable a la celebración del contrato, al fondo de la relación jurídica y a la ejecución de las prestaciones contractuales

Existen dos tipos de iniciativas destinadas a dotar a los contratos internacionales de un marco jurídico previsible y cierto. Por un lado, la de los Estados, mediante la creación de instrumentos internacionales. Algunos de ellos, como el **Convenio de Viena de 1980 de compraventa internacional de mercaderías (CISG)**, contienen una regulación material uniforme. Otros, como el Reglamento UE Roma I, contienen normas de conflicto. Y, por otro lado, la iniciativa de los propios comerciantes, a través de la elaboración de una *lex mercatoria* internacional.

La **lex mercatoria internacional** es un conjunto de normas de producción extraestatal creadas por los comerciantes para regular los contratos propios del comercio internacional. Estas normas son operativas en tanto las partes de un contrato incluyan en él una referencia a las mismas, pero si un juez o tribunal (no así un árbitro, que no está sujeto a un ordenamiento estatal) conoce de un litigio relativo a un contrato, sólo serán de aplicación las reglas de la *lex mercatoria* en la medida que lo permita la Ley que resulte aplicable al fondo del contrato según las normas de Derecho Internacional Privado de ese juez o tribunal.

La norma fundamental para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales, en la que nos vamos a centrar en este tema, es el **Reglamento 593/2008 “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales**. Estudiaremos, en primer lugar, su ámbito:

- **Ámbito material:** las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil que se planteen en un contexto de conflicto de leyes, es decir, que haya un elemento de extranjería o un vínculo de internacionalidad (ello es así aun cuando el único elemento extranjero sea la elección por las partes de una Ley extranjera como Ley aplicable al contrato, pero en ese supuesto sólo en la medida que esa elección no impida la aplicación de las normas imperativas que hubieran resultado aplicables de no existir el pacto de elección de Ley; es decir, se evita el fraude de Ley, ex art. 3.3 y 3.4).
- **Ámbito espacial:** aplicarán el reglamento los jueces y tribunales de todos los Estados miembros de la Unión Europea.
- **Ámbito personal:** es un reglamento **erga omnes**, es decir, que los jueces y tribunales españoles (y del resto de Estados miembros de la UE) aplicarán el ordenamiento jurídico que resulte de las normas de conflicto previstas en el reglamento aun cuando sus puntos de conexión apunten hacia el Derecho de un Estado no miembro de la UE. Por ello, queda totalmente desplazado el art. 10.5 del CC.
- **Ámbito temporal:** el ámbito temporal es de enorme importancia porque, a diferencia de lo que ocurre con las normas de competencia judicial o de reconocimiento, que derogan a sus predecesoras, las normas en materia de ley

aplicable conviven con éstas. Así, Roma I será aplicable a los contratos celebrados con posterioridad al 17 de diciembre de 2009; para los litigios que surjan de contratos celebrados anteriormente sigue en vigor su predecesor: el *Convenio de Roma de 1980*.

#### *Ley aplicable a la celebración del contrato*

La validez y existencia de un contrato se determina de acuerdo con la *lex contractus*, es decir, la ley aplicable al fondo de la relación jurídica que estudiaremos en el siguiente epígrafe. Sin embargo, existen ciertas excepciones sobre la ley aplicable a la celebración del contrato que no se rigen por la *lex contractus* sino por otras normas de conflicto:

- **Capacidad:** la capacidad está excluida del ámbito material del Reglamento (art. 1.2.a) y, por ello, se rige por la Ley nacional de cada contratante (art. 9.1, para personas físicas y 9.11 CC, para personas jurídicas). No obstante, el **art. 13 del Reglamento** contiene una cláusula de excepción por interés nacional: “*En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la Ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.*”
- **Consentimiento:** cuando se cuestiona la validez o existencia del contrato, la Ley aplicable para determinar si hay o no contrato será la *lex contractus*; es decir, se procederá como si existiese el contrato para determinar la Ley aplicable al fondo y, conforme a dicha Ley, se estudiará si el contrato es válido. Sin embargo, el Reglamento contiene, en su **art. 10.2**, la llamada **cláusula de la relevancia del silencio**, que señala que cualquiera de las partes, para establecer que no ha dado su consentimiento, podrá referirse a la Ley del país en que tenga su residencia habitual, si de las circunstancias resulta que no sería razonable haber previsto la aplicación de la *lex contractus* al efecto del comportamiento de tal parte. Esto sólo se aplica, en la práctica, al silencio, y significa que no sería razonable exigir a una parte conocer el valor jurídico de su silencio en el ordenamiento del lugar de residencia habitual de la otra parte, ya que supondría imponer a quien recibe una oferta de contratar la obligación de informarse sobre los efectos de su silencio en otro ordenamiento jurídico distinto al suyo.

#### **Artículo 10. Consentimiento y validez material**

1. La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos.
2. Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado 1.

- **Forma:** el art. 11 del Reglamento busca favorecer la validez formal de los contratos ofreciendo puntos de conexión alternativos para contratos a distancia:

**Artículo 11. Validez formal**

1. Un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado.

2. Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en distintos países, o por medio de representantes que estén en distintos países, en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento.

3. Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones formales de la ley que rija o regirá el fondo del contrato en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país en el que se realizó dicho acto, o de la ley del país en que la persona que lo realizó tuviera su residencia habitual en ese momento.

4. Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo no se aplicarán a los contratos que entren en el ámbito de aplicación del artículo 6. La forma de estos contratos se regirá por la ley del país en que tenga su residencia habitual el consumidor.

5. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 a 4, todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley:

- a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y
- b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo.

*Ley aplicable al fondo de la relación jurídica (lex contractus)*

Salvo en lo relativo a consentimiento, capacidad y forma, el Reglamento Roma I determina la Ley aplicable al contrato (*lex contractus*) de forma unitaria. Esa Ley será la que determine, entre otras cosas: si existe el contrato; el margen de autonomía de las partes (incluyendo su remisión a la *lex mercatoria*); y la norma reguladora del fondo en ausencia de pacto en contrario.

El primer punto de conexión al que se refiere el reglamento es la **Ley elegida por las partes**. La elección puede hacerse en el propio contrato o bien en un pacto distinto que resulte válido en cuanto a capacidad, fondo y forma. Para que un tribunal dé validez a la cláusula debe hacerse en favor de un ordenamiento estatal; las partes pueden hacer

referencia a la *lex mercatoria* en el contrato pero ello no constituye una cláusula de elección del Derecho aplicable (que será el Derecho que utilice el juez que conozca del litigio para estudiar el valor y alcance que pueda tener la referencia a la *lex mercatoria*), salvo cuando el contrato esté sometido a arbitraje.

Las partes pueden elegir un ordenamiento que carezca de vínculos con el contrato, pero en ese supuesto no dejarán de resultar de aplicación las normas imperativas del país que tenga los vínculos con el contrato (**art. 3.3, cláusula anti-fraude nacional**) o, si las partes ha elegido un Estado no miembro de la UE, las normas imperativas de la UE que hubiesen resultado de aplicación sin esa elección (**art. 3.4, cláusula anti-fraude europeo**).

### **Artículo 3. Libertad de elección**

1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad (...)

3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo. (...)

A defecto de lo anterior, el reglamento prevé (**art. 4**) para ocho tipos de contrato una serie de puntos de conexión rígidos basados en la Ley del lugar de residencia habitual de la parte que debe ejecutar la prestación característica del contrato.

1. **Compraventa de mercaderías**: la Ley del país de residencia habitual del vendedor
2. **Prestación de servicios**: la Ley del país de residencia habitual del prestador
3. **Derechos reales o arrendamiento**: la Ley del lugar de ubicación del inmueble
4. **Arrendamientos de temporada (hasta 6 meses)**: el lugar de residencia del propietario si coincide con el lugar de residencia del arrendatario y éste es una persona física
5. **Franquicia**: la Ley del país de residencia habitual del franquiciado
6. **Distribución**: la Ley del país de residencia habitual del distribuidor

7. **Subasta:** la Ley del país donde tiene lugar la subasta, si puede determinarse

8. **Mercados financieros:** la Ley rectora de dicho mercado

Para otros contratos distintos de estos (por ejemplo, un contrato de opción), o para contratos mixtos (es decir, con elementos de más de uno de los anteriores), la norma conflictual obliga al juez a buscar la Ley del país donde el **prestador característico** tiene su residencia habitual. Solemos entender por prestador característico el que ejecuta la obligación que caracteriza al contrato, que suele ser el que realiza la prestación no dineraria o, si ninguna lo es, la más compleja. El antiguo Convenio de Roma de 1980 partía de la lógica contraria: establecía como regla la del lugar de residencia del prestador característico y establecía a continuación meras “presunciones” para la compraventa, los servicios, etc. El Reglamento Roma I da la vuelta a esta técnica y parte de 8 puntos rígidos y, para el resto, remite al prestador característico.

En defecto de los anteriores (por ejemplo, si no es posible determinar la residencia habitual de prestador característico, o no es posible determinar cuál de las partes lo es), regirá la Ley del país con el que el contrato presenta los **vínculos más estrechos** (cláusula de cierre).

Existe, además, una cláusula de excepción a las normas anteriores que permitirá al juez aplicar la Ley del país con el que el contrato presente **vínculos manifiestamente más estrechos** cuando no sea la Ley a la que apunta el punto de conexión aplicable.

Junto con estas normas, el Reglamento Roma I prevé ciertas **normas de conflicto especiales de carácter tuitivo**, que buscan proteger a la parte débil de la relación: **consumidores pasivos** (es decir, aquellos que no se han desplazado a otro país para contratar sino que han sido captados en su lugar de residencia, que será la Ley aplicable); **trabajadores** (se protege la aplicación de las normas imperativas y a falta de pacto se establece la Ley del lugar donde trabajan como Ley aplicable); **tomadores de seguro**; **pasajeros**. Los tres primeros, consumidores, trabajadores y tomadores de seguros coinciden, además, con las partes protegidas mediante foros especiales de protección por el Reglamento Bruselas I bis.

Por fin, hay que hacer una breve referencia a la relevancia de las llamadas “**leyes de policía**” (normas imperativas), reguladas en el art. 9 del Reglamento:

#### **Artículo 9. Leyes de policía**

1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.

2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro.

3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en



*la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.*

#### *Ley aplicable a la ejecución de las prestaciones contractuales*

De conformidad con el art. 12.1 del Reglamento, la *lex contractus* se aplicará:

- A la **interpretación** del contrato
- Al **cumplimiento de las obligaciones** que genere el contrato
- A las **consecuencias de su incumplimiento** (incluida la evaluación del daño) dentro de los límites procesales que imponga al tribunal su propia *lex fori*
- A los modos de **extinción de las obligaciones**, incluyendo, **prescripción y caducidad**
- A las **consecuencias de la nulidad** del contrato.

No obstante, el art. 12.2 señala que, “*en lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento.*” Es decir, el reglamento no crea vías procesales.

#### La responsabilidad por daños

En este epígrafe estudiaremos la responsabilidad por daños, es decir, la responsabilidad civil que nace de ilícitos cometidos en perjuicio de un tercero y no en el marco de una relación contractual previa. Al ser la fuente del daño un acto ilícito se habla también cuasidelitos. Así, los daños generan obligaciones “extracontractuales”, si bien no todas las obligaciones extracontractuales nacen de daños (también de enriquecimiento injusto, culpa *in contrahendo*, etc.).

Por lo que respecta a la **competencia judicial internacional**, acudiremos nuevamente al Reglamento Bruselas I bis, que resultará de aplicación, en lo relativo a daños, cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro de la UE.

Junto con los foros habituales (foro general del domicilio del demandado; sumisión expresa o tácita) existen dos foros especiales concurrentes aplicables a la responsabilidad por daños.

El primero de ellos está recogido en el art. **art. 7.2**: “*en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del **lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso***”

¿Qué debemos entender por *lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso* cuando el comportamiento que causa el daño se produce en un Estado y el resultado dañoso en otro? Por ejemplo, un vertido en un río transfronterizo o la publicación de un artículo difamatorio en un periódico de tirada internacional. El Reglamento no da una respuesta clara para estos casos de *ilícito a distancia* o *curso causal no homogéneo*.

Por ello, al no poder favorecer una interpretación frente a otra, en su jurisprudencia, el TJUE opta por permitir a la víctima del daño demandar tanto en el Estado donde se desarrolla el comportamiento generador del daño como en el Estado donde tiene lugar el resultado dañoso (**tesis de la ubicuidad, STJUE “Minas de Potasa de Alsacia” de 1976**). Esta jurisprudencia fue matizada posteriormente: si el demandante opta por demandar en el lugar donde se produce el resultado dañoso y no en el lugar donde se desarrolla la conducta que origina el daño, sólo podrá demandar por la cuantía de los daños que se hayan producido en dicho país, mientras que si demanda en el lugar de la conducta que origina el daño podrá demandar por los daños producidos en cualquier país (**STJUE “Shevill” de 1995**).

En cuanto a las acciones cubiertas por este foro especial concurrente son, entre otras: acción de resarcimiento o indemnización; acción de cesación; acción preventiva; etc.

En segundo lugar, para daños causados por un acto que dé lugar a responsabilidad penal, el **art. 7.3** del reglamento prevé un segundo foro especial concurrente que permite la **acumulación de la acción civil ante el órgano judicial que esté conociendo del proceso penal**, pero sólo si su *lex fori*, es decir, su propio Derecho procesal, lo permite.

Exclusivamente cuando estemos fuera del ámbito personal del Reglamento Bruselas I bis (es decir, cuando el demandado *no* tenga su domicilio en un Estado miembro) resultará de aplicación el **art. 22 quinquies de la LOPJ**, que atribuye competencia judicial a nuestros jueces y tribunales cuando “**el hecho dañoso se haya producido en territorio español**”.

Por lo que respecta a la **ley aplicable**, la norma fundamental de referencia será el **Reglamento 864/2007, Roma II, sobre Ley aplicable a obligaciones extracontractuales**.

- **Ámbito material:** litigios con algún elemento de extranjería entre particulares relativos a obligaciones extracontractuales en materia civil o mercantil, con algunas exclusiones:
  - o Las que deriven del Derecho de Familia y del Derecho de Sucesiones
  - o Las que deriven de ciertos instrumentos de pago
  - o Las que deriven del Derecho de Sociedades y de los *trusts*
  - o Las que deriven de daños nucleares
  - o Las que deriven de daños al honor y a la intimidad (la difamación).
- **Ámbito espacial:** aplicarán el reglamento todos los Estados miembros salvo Dinamarca.
- **Ámbito personal:** se trata de un reglamento *erga omnes*, por lo que determinará la Ley aplicable aun cuando el resultado de aplicar sus normas de conflicto apunte hacia un ordenamiento jurídico de un Estado que no aplica el reglamento.
- **Ámbito temporal:** daños producidos a partir del 11 de enero de 2009.

En cuanto a las normas de conflicto previstas por el reglamento, son:

- **Elección de las partes** (art. 14): sólo si la elección se produce con posterioridad al hecho dañoso o bien si las partes tenían suscrito anteriormente un pacto y todas las partes desarrollan una actividad comercial.

- **Ley del país de residencia habitual común** en el momento de producción del daño (art. 4.2). La residencia debe ser común entre, por un lado, **la persona cuya responsabilidad se alega**, independientemente del autor material de la conducta dañosa o de la parte procesal demandada y, por otro, **la persona perjudicada**, independientemente del demandante (que podría ser, por ejemplo, su tutor legal).
- En defecto de lo anterior, **Ley del país “donde se produce el daño”** (art. 4.1): se quiere evitar la ubicuidad y se opta por el lugar de producción del “resultado dañoso”, con independencia del lugar donde ocurre el comportamiento causal.
- Cláusula de excepción (art. 4.3): país con **vínculos manifiestamente más estrechos**.

#### *Normas específicas para cierto tipo de daños*

Tanto el Reglamento Roma II como ciertos convenios de La Haya de los que España es parte contienen reglas especiales para cierto tipo de daños:

- Daños causados por productos: se aplica el **Convenio de La Haya de 1973**, que desplaza tanto la norma específica del art. 5 del Reglamento Roma II como el art. 10.9 del CC. Se trata de un convenio *erga omnes* y su principal punto de conexión es: el Derecho del lugar de producción del daño, con ciertas condiciones y excepciones.
- Accidentes de circulación: se aplica el **Convenio de La Haya de 1971**, que desplaza tanto la norma específica de Roma II como el art. 10.9 del CC. Se trata de un convenio *erga omnes* y su principal punto de conexión es la Ley del lugar del accidente.
- Otros: los **arts. 7 y ss. del Reglamento Roma II** contienen puntos de conexión específicos para: **daños medioambientales, propiedad intelectual, enriquecimiento injusto, gestión de negocios ajenos, culpa in contrahendo, competencia desleal**, etc.

Residualmente, cuando no sea de aplicación ningún instrumento internacional, quedará el punto de conexión del art. **10.9 CC**: “*la Ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho*”. En la práctica, se aplica, entre otros casos, a derechos de la personalidad (**honor, intimidad**, etc.).

#### Bibliografía

*Compendio de Derecho Internacional Privado* (2019), CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.

GRUPO PRIMERO  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**Tema 5 I****Cooperación jurídica internacional y funciones consulares. Cooperación internacional en materia penal. La extradición y su régimen jurídico. La Orden Europea de Detención y Entrega. Las comisiones rogatorias.**

Sumario: 1. Contextualización. 2. Cooperación jurídica internacional y funciones consulares. 3. Cooperación internacional en materia penal. 4. La extradición y su régimen jurídico. 5. La Orden Europea de Detención y Entrega. 6. Las comisiones rogatorias. 7. Bibliografía.

**I. Contextualización**

La existencia de procesos judiciales, tanto civiles como penales, con vínculos de internacionalidad (por ejemplo, el lugar de residencia o estancia de alguna de las partes o testigos, el lugar en que se deberá ejecutar la sentencia, el Derecho aplicable al caso, el lugar donde debe practicarse una prueba, etc.) requiere, para lograr una tutela judicial efectiva, de la cooperación entre órganos judiciales pertenecientes a distintos Estados.

Por lo general, los requerimientos de cooperación entre órganos judiciales de Estados distintos se llevan a cabo a través de las misiones diplomáticas y oficinas consulares, que servirán de conducto de comunicación entre los ministerios de Asuntos Exteriores de los Estados, quienes a su vez comunicarán, normalmente a través de los ministerios de Justicia, con los órganos judiciales requeridos o requirentes. No obstante, en ciertos ámbitos geográficos o materiales se han puesto en marcha instrumentos internacionales que superan esta vía, a través de convenciones multilaterales o bilaterales que designan “autoridades centrales”, o incluso permiten la cooperación directa entre jueces de distintos Estados, particularmente en el ámbito de la Unión Europea.

**2. Cooperación jurídica internacional y funciones consulares**

La vía consular o diplomática ha sido tradicionalmente el conducto utilizado para tramitar ante tribunales de los distintos Estados las solicitudes de asistencia judicial internacional, es decir, el auxilio que entre sí se otorgan los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados a través de notificaciones, citaciones, exhortos, comisiones rogatorias o práctica de pruebas en el extranjero.

**El apartado j) del artículo 5 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares** contempla entre las funciones consulares la de *comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales* y *diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales*

en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor.

Las dos intervenciones consulares más habituales **en materia civil** son la **notificación de actos** y la **obtención de pruebas** en el extranjero. Vamos a estudiar la intervención de agentes diplomáticos o funcionarios consulares en los distintos regímenes jurídicos que regulan estas cuestiones, debiéndose recordar que prevalecerá siempre el de la Unión Europea entre Estados miembro; cuando no se trate Estados miembro prevalecerá el régimen previsto en los tratados y acuerdos internacionales; a falta de tratado, se aplicarán las disposiciones del Derecho autónomo español.

#### *Régimen de la Unión Europea*

En el ámbito de la Unión Europea cabe destacar el **Reglamento 1393/2007** relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (**notificación y traslado de documentos**). Este reglamento prevé que cada Estado designe organismos transmisores y receptores de documentos y a una autoridad central, superando la intervención de los cónsules, si bien no se excluye del todo, pues recoge como **algo excepcional la facultad de los Estados para seguir notificando por vía consular o diplomática** los documentos judiciales, eso sí, directamente a las personas interesadas.

El **Reglamento 1206/2001** del Consejo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la **obtención de pruebas** en materia civil o mercantil, prevé distintos mecanismos de cooperación judicial para la obtención de pruebas en el proceso civil o mercantil, pero ninguno de estos mecanismos prevé ya la intervención de agentes consulares.

#### *Acuerdos internacionales*

Existe una pluralidad de acuerdos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, que prevén mecanismos de cooperación jurídica en materia civil (notificaciones y prácticas de prueba) en los que aún intervienen los agentes consulares.

- **Convenio de La Haya de 1954 relativo al procedimiento civil.** Artículo 1: “En materia civil o comercial, la **notificación de documentos** a personas que se encuentren en el extranjero, se hará en los Estados contratantes, **a petición del cónsul del Estado requirente, dirigido a la autoridad designada** al efecto por el Estado requerido. (...) **Esta última deberá enviar al cónsul el documento que acredite la notificación** o que indique el motivo que no ha permitido hacerla.” Artículo 9: “Las **cartas rogatorias** deberán ser **transmitidas por el cónsul del Estado requirente a la autoridad designada** por el Estado requerido. Esta autoridad deberá enviar al cónsul un documento demostrando la ejecución de la carta rogatoria o indicando el hecho que impidió su ejecución.” Por tanto, **el convenio permite al cónsul dirigirse directamente a una autoridad central designada que deberá realizar la notificación o la obtención de pruebas.**
- **Convenio de La Haya de 1965 sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil** (reemplaza al anterior entre Estados que sean parte de ambos

instrumentos). **Artículo 8:** *Cada Estado contratante tiene la facultad de **realizar directamente, por medio de sus agentes diplomáticos o consulares, sin medida de compulsión alguna, las notificaciones o traslados de documentos judiciales a las personas que se encuentren en el extranjero.*** Por tanto, es un instrumento más avanzado aún que el anterior, ya que **permite al cónsul ejecutar directamente la notificación a la persona concernida**, sin implicar a las autoridades locales.

- **Convenio de La Haya de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil** (reemplaza al anterior entre Estados que sean parte de ambos instrumentos). Prevé la designación de una autoridad central, si bien en su **artículo 15 permite al cónsul la obtención de pruebas, sin compulsión alguna, en su circunscripción nacional**, de sus connacionales o que correspondan a un procedimiento incoado en su país. El convenio permite a los Estados imponer autorizaciones previas para la obtención de pruebas y, de hecho, **España exige autorización previa**, así como **que se practique en los locales de la misión diplomática u oficina consular**.
- **Convención Interamericana de Panamá de 1975** sobre exhortos o cartas rogatorias. Permite a los agentes diplomáticos o funcionarios consulares diligenciar exhortos que contengan notificaciones, citaciones o emplazamientos, así como cartas rogatorias para la obtención de pruebas (art. 13).

A esta lista debe añadirse una amplia red de **tratados bilaterales**.

#### *Derecho autónomo español*

A falta de tratado internacional que establezca otro mecanismo, se aplicarán las disposiciones contenidas en la **Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil**. La misma prevé dos posibles intervenciones consulares: la transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional (arts. 9 y 12) y la ejecución de diligencias (art. 15).

#### **Artículo 9. Transmisión de las solicitudes.**

*Las solicitudes de cooperación jurídica internacional en materia civil podrán transmitirse, siempre que estuvieran previstas en el ordenamiento jurídico de ambos Estados, por cualquiera de las siguientes vías:*

- a) **Por la vía consular o diplomática.** (...)

#### **Artículo 12. Tramitación.**

*1. Las solicitudes de cooperación jurídica internacional acordadas por las autoridades españolas se enviarán mediante oficio a la autoridad central española que las transmitirá a las autoridades competentes del Estado requerido, **bien por vía diplomática o consular**, bien a través de la autoridad central de dicho Estado si existiere y a ello no se opusiere su legislación. Podrán asimismo remitirse directamente por las autoridades españolas a las autoridades competentes del Estado requerido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9, si ello estuviere previsto en su legislación.*  
(...)

### **Artículo 15. Ejecución por funcionarios diplomáticos y consulares españoles de diligencias procesales.**

*1. Las diligencias que resulten de un procedimiento tramitado ante la autoridad judicial española **podrán ser ejecutadas en el extranjero por funcionario diplomático o consular español siempre que no impliquen coacción, la ley española no requiera de modo inexcusable la presencia de autoridad judicial, hayan de realizarse en la demarcación consular y a ello no se oponga la legislación del Estado receptor.***

*2. En estos casos, la autoridad judicial española elevará oficio a la autoridad central española para que ésta traslade la solicitud al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, que la hará llegar al funcionario diplomático o consular español encargado de su ejecución.*

### **Artículo 21. Medios de comunicación, notificación y traslado al extranjero.**

*1. Los órganos jurisdiccionales españoles podrán transmitir solicitudes de notificación y traslado de documentos al extranjero:*

*a) A través de la autoridad central española, que las hará llegar a las autoridades competentes del Estado requerido **por vía consular o diplomática**, o a través de su autoridad central, conforme a lo previsto en el artículo 12.1. (...)*

En **materia penal**, sin embargo, estas funciones no han sido encomendadas a los funcionarios consulares, sino que, como veremos en los epígrafes siguientes, los convenios de asistencia prevén una relación directa entre autoridades centrales designadas por los Estados, o bien la presencia en la obtención de pruebas de funcionarios de policía del país requirente, pero no de funcionarios consulares, cuya acción se limita, por tanto, a atenderles y ponerles en contacto con sus homólogos. Ni siquiera en las solicitudes de extradición intervienen los cónsules sino que las mismas se trasladan exclusivamente a través de las misiones diplomáticas. Al final del tema estudiaremos el régimen jurídico de las comisiones rogatorias en materia penal.

### **3. Cooperación internacional en materia penal.**

Existe una pluralidad de instrumentos de cooperación judicial internacional en materia penal. El régimen más avanzado, y que se aplica desplazando a todos los demás, es el de la Unión Europea. Cuando se trata de Estados que no forman parte de la Unión Europea, se aplican los tratados internacionales de los que España es parte (en especial, el **Convenio de Estrasburgo de 1959** sobre asistencia judicial en materia penal, así como los tratados bilaterales). Por último, a falta de tratado, se aplica el Derecho español.

#### *Unión Europea*

La Unión Europea tenía como principal instrumento de cooperación penal el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea del año 2000, pero desde entonces ha avanzado aún más en la integración a través del **principio de reconocimiento mutuo** (art. 82 del Tratado de Funcionamiento de la UE), consagrado en el **Consejo Europeo de Tampere de 1999** como la «piedra angular» de la cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea. Este principio supone que aquella resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, lo que sustituye las antiguas

comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales. El reconocimiento mutuo es de aplicación en cada una de las fases del proceso penal, tanto antes, como durante e incluso después de dictarse la sentencia condenatoria.

Como veremos, la consecuencia práctica más importante, especialmente para España y la lucha contra el terrorismo, fue la sustitución, en una serie de supuestos, de la extradición (regulada hasta entonces en el ámbito comunitario por el Convenio de Dublín de 1996) por la **Orden europea de detención y entrega (Decisión Marco 2002/584/JAI**, incorporada al Derecho español a través de la Ley 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003). Esta misma técnica jurídica se ha utilizado posteriormente en instrumentos como la **Orden europea de protección** o la **Orden europea de investigación**, que veremos al final del tema.

El reconocimiento mutuo en materia penal se ha articulado, desde 2002, a través de un gran número de **Decisiones Marco**, destacando el paquete normativo adoptado en el año **2008**: entre otras, **sobre reconocimiento mutuo de sentencias por las que se imponen penas privativas de libertad, sobre libertad vigilada y penas sustitutivas, sobre el exhorto europeo para la obtención de pruebas**. Ya con el Tratado de Lisboa en vigor el instrumento legislativo en este ámbito pasó a ser la Directiva, estrenado con la **Directiva de 2011 sobre la orden europea de protección**. La **Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea** ha sido el instrumento que ha traspuesto todas estas normas europeas al ordenamiento español, habiendo sido reformada en 2018 para trasponer la **Orden europea de investigación**.

Además, la UE ha creado una serie de organismos de cooperación policial y judicial en materia penal (**Eurojust, Europol, Red Judicial Europea y**, más recientemente y mediante cooperación reforzada, **la Fiscalía europea**).

#### *Acuerdos internacionales*

La creación del **Consejo de Europa** en 1949 representó un punto de inflexión en la cooperación jurídica en materia penal en el ámbito europeo. Entre los tratados internacionales en materia de cooperación jurídica penal que ha promovido hay algunos generales o transversales, como el Convenio Europeo de Extradición de 1957 o el **Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal hecho en Estrasburgo en 1959** (con un Protocolo Adicional de 1978 y un Segundo Protocolo Adicional de 2001), y otros relativos a una materia delictiva específica pero que incorporan mecanismos de cooperación (por ejemplo, el Convenio europeo para la represión de infracciones de seguridad vial de 1964, el Convenio europeo sobre imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de 1974, el Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1977, el Convenio de derecho penal sobre corrupción de 1999 o el Convenio sobre lucha contra la trata de seres humanos de 2005).

Además, España ha concluido **acuerdos bilaterales** con más de veinte países.

Por otro lado, a nivel internacional, los Estados han promovido la creación de diversos tratados y organismos internacionales de cooperación penal, específicamente en la lucha contra el crimen internacional y otros delitos particularmente graves.



En cuanto a los tratados internacionales, destaca la **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional hecha en Palermo en el año 2000**, en vigor desde 2003, y sus tres protocolos:

- Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la **trata de personas, especialmente mujeres y niños**
- Protocolo de las Naciones Unidas contra el contrabando de **migrantes** por tierra, mar y aire.
- Protocolo de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícito de **armas de fuego**

Igualmente, cabe mencionar la **Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003** (en vigor desde 2005) y la existencia de un amplísimo conjunto de tratados específicos de lucha contra el narcotráfico y los estupefacientes, entre los que destaca específicamente la **Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988**.

En cuanto a los organismos, destacan:

- La **Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito**, creada en 1997, con sede en Viena y oficina de enlace en Nueva York
- La **Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol)**, creada en 1923, con sede en Lyon
- El **Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)**, creada en el año 1989 por el (entonces) G-8 para luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Su secretaría es la OCDE, en París.

*Derecho autónomo español*

En cuanto al Derecho autónomo español, éste regula el sistema general de cooperación judicial, a falta de tratado internacional, en la **Ley Orgánica del Poder Judicial**. Como veremos, el sistema se basa en la reciprocidad.

#### **Artículo 276**

***Las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las Autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática o bien directamente si así lo prevén los Tratados internacionales.***

#### **Artículo 277**

***Los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, en razón de reciprocidad según lo previsto en el artículo siguiente.***

#### **Artículo 278**

**1. Si se acredita la existencia de reciprocidad o se ofrece ésta por la autoridad judicial extranjera requirente, la prestación de cooperación internacional sólo será denegada por los Juzgados y Tribunales españoles:**

**1.º Cuando el proceso de que dimana la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española.**

**2.º Cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida.** En tal caso, ésta remitirá la solicitud a la autoridad judicial competente, informando de ello a la autoridad requirente.

**3.º Cuando la comunicación que contenga la solicitud de cooperación no reúna los requisitos de autenticidad suficiente o se halle redactada en idioma que no sea el castellano.**

**4.º Cuando el objeto de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público español.**

**2. La determinación de la existencia de reciprocidad con el estado requirente corresponderá al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia.**

Por tanto, en los casos en que no exista convenio, el criterio es la reciprocidad, y se hace valer la tradicional norma de enviar las comisiones rogatorias (*vid. infra*) por vía diplomática (no consular, al estar en materia penal).

#### 4. La extradición y su régimen jurídico

La **extradición** es el acto por el que un Estado solicita de otro la entrega de un inculpado, o de un condenado, u ofrece entregar éstos al Estado requirente para hacer posibles así los fines del proceso penal declarativo o la ejecución de la sentencia.

La doctrina distingue, según cual sea la posición que ocupe en cada momento el Estado que solicita o realiza la entrega, dos clases de extradición:

- **Extradición activa:** la solicitud de entrega del presunto delincuente o condenado se dirige al Estado en el que se encuentra.
- **Extradición pasiva:** la solicitud de entrega realizada por otro Estado se recibe en el Estado en el que se encuentra.

La extradición activa sería, por tanto, desde la óptica española, la solicitada por España; mientras que la pasiva sería la solicitada a España por otro Estado. Respecto a esta última, el **artículo 13.3 de la Constitución española** señala que: “**La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad.** Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.”

### Normativa aplicable

Existen distintos regímenes internacionales y autónomos relativos a la extradición. En ningún caso se produce una intervención consular, ya que incluso la remisión de las solicitudes se hace exclusivamente por vía diplomática.

#### *Unión Europea*

En el ámbito de la UE, la **Orden europea de detención y entrega** (*vid. infra*) ha reemplazado la extradición, antes regulada en el **Convenio de Extradición Simplificada de 1995** y en el **Convenio de Dublín de 1996**.

#### *Convenio Europeo de Extradición*

El principal instrumento internacional relativo a la extradición del que forma parte España es el **Convenio Europeo de Extradición hecho en París en 1957** al amparo del Consejo de Europa (en vigor para España desde 1982) y sus Protocolos Adicionales. **El convenio sigue en vigor pero sólo se aplica entre Estados parte que no sean miembros de la Unión Europea**, ya que la Orden de entrega reemplaza la extradición. El convenio hace obligatoria la extradición salvo para penas inferiores al año de prisión, cuando se trate de un “delito político” o cuando no se respete la reciprocidad.

#### *Tratados bilaterales*

Con países que no formen parte ni de la UE ni del Convenio Europeo de Extradición la norma a aplicar en primer lugar será, en su caso, el tratado bilateral de extradición. Las **Naciones Unidas han elaborado un tratado modelo de 1990**.

#### *Derecho autónomo español*

En defecto de tratado internacional aplicable, las normas de Derecho autónomo español que rigen la extradición son la **Ley 4/1985, de Extradición Pasiva**, y los artículos 824-833 de la **Ley de Enjuiciamiento Criminal**, para la extradición activa.

### Principios que rigen la extradición

Tanto la normativa internacional (en particular, el Convenio Europeo de Extradición de París y el Convenio de Dublín de 1996) como el Derecho autónomo (Ley de Extradición Pasiva y Ley de Enjuiciamiento Criminal) se inspiran en una serie de principios que permiten sintetizar las normas que rigen la extradición:

**Legalidad.**- Las causas de extradición deben estar previstas de manera expresa en los tratados y en las leyes.

**Doble incriminación.-** El hecho origen de la extradición tiene que estar tipificado como delito tanto en la legislación del Estado requirente como en la del requerido, y ello con una pena privativa de libertad de no menos de un año, o de cuatro meses cuando la extradición se solicite para el cumplimiento de una condena ya impuesta.

**Non bis in ídem:** No se concederá la extradición cuando la persona reclamada haya sido juzgada (cosa juzgada) o lo esté siendo (litispendencia) en España por los mismos hechos que sirvan de base a la solicitud de extradición.

**Especialidad.-** La persona entregada sólo podrá ser enjuiciada o condenada por los mismos hechos por los que se solicitó y concedió la extradición. En cuanto a la **reextradición** a un tercer Estado, requiere el consentimiento del Estado que acordó en primer lugar la extradición.

La extradición no será posible si el hecho estuviera castigado con la **pena de muerte** en el país que la solicita, o si la persona reclamada pudiese ser sometida a penas que atenten contra su **integridad corporal**, o a **tratos inhumanos o degradantes**.

La extradición podrá denegarse cuando se haya solicitado para ejecutar una sentencia condenatoria dictada en ausencia si el proceso no respetó los **derechos mínimos de defensa** (incluyendo notificación).

No se extraditan a **menores de edad** y podrá denegarse la extradición cuando la persona reclamada hubiese sido menor de dieciocho años en el momento de la solicitud y tenga residencia habitual en España. No se concederá la extradición de beneficiarios de **asilo**. Los Estados *pueden* denegar la extradición de sus propios **nacionales**.

## 5. La Orden Europea de Detención y Entrega

La Orden europea de detención y entrega (conocida como *Euroorden*) es un instrumento de **reconocimiento mutuo** que supera el procedimiento de extradición entre países miembros de la Unión Europea y permite la solicitud y ejecución de entregas **directamente entre autoridades judiciales**, sin intervención de los gobiernos.

Fue aprobada por la **Decisión Marco 2002/584/JAI** (incorporada al Derecho español a través de la Ley 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003), modificada posteriormente por otra Decisión Marco de 2009. En su artículo 1 define la Orden como **una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro, de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad**.

Se puede dictar una orden de detención europea por hechos para los que la Ley del Estado miembro emisor señale una **pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de 12 meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena no inferior a 4 meses**.

Si la **persona buscada consiente su entrega**, la decisión sobre la ejecución de la orden deberá tomarse en el **plazo de los 10 días** siguientes a la emisión de su consentimiento.

**En los demás casos**, la decisión sobre la ejecución de la orden de detención europea deberá tomarse en el **plazo de los 60 días** siguientes a la detención de la persona.

También distingue la entrega de la extradición el hecho de que **es de obligado cumplimiento también para nacionales del Estado requerido**.

En cuanto a las causas de denegación, las mismas son:

- **Principio non bis in idem**: la persona ya ha sido castigada por ese hecho
- **Amnistía**: la persona ha sido amnistiada por ese hecho
- **Irresponsabilidad penal** de la persona

Como vemos, otra distinción respecto a la extradición es que la orden puede ejecutarse, **sin que sea necesario control de la doble tipificación**. Ello es así sólo para una serie de delitos contenidos en el artículo 1.2 de la Decisión Marco, entre otros: **pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas**, etc., y ello **siempre y cuando estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena de no menos de 3 años**.

En España, la Orden es emitida directamente por el juez, y los requerimientos a España son tratados por la Audiencia Nacional.

## 6. Las comisiones rogatorias.

Las comisiones rogatorias en **materia penal** (pues en materia civil ya hemos estudiado que las comisiones rogatorias son diligenciadas a través de los cónsules para la notificación de documentos o la obtención de pruebas) permiten la realización de cualquiera de los actos de instrucción en el marco de una investigación o procedimiento judicial penal (como citaciones, notificación de documentos judiciales, obtención de pruebas, etc.) en el extranjero. En cuanto a la competencia para solicitar el auxilio judicial en materia penal, en España le corresponde a la autoridad judicial que sigue el procedimiento, si bien la forma de transmisión varía según la normativa aplicable.

### *Unión Europea*

La comunicación entre los Estados Miembros de la Unión Europea se canaliza con carácter general directamente entre Autoridades Judiciales, siendo cada vez más limitada la intervención de la Autoridad Central.

Tradicionalmente, el marco jurídico lo constituían el **Convenio Europeo relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000** y las **Decisiones Marco 2003/577 y 2008/978 relativas al aseguramiento de pruebas y al exhorto europeo de obtención de pruebas**, un marco demasiado fragmentado que se propuso mejorar y unificar la UE en su Programa de Estocolmo.

El resultado es la **Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal**. Esta Directiva, que fue propuesta por la presidencia española de la UE, ha sido

traspuesta a nuestro país por la *Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación*. La Directiva reemplaza las Decisiones Marco citadas y sustituye los anteriores mecanismos por la **Orden Europea de Investigación**.

La Orden europea de investigación es una resolución penal emitida por la autoridad competente de un Estado miembro, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal. La solicitud y práctica de una medida de investigación se podrá llevar a cabo en cualquiera de las fases del procedimiento penal, incluida la de la vista, si es preciso con la participación del interesado, a efectos de la obtención de pruebas. Puede emitirse, por ejemplo, una orden europea de investigación a efectos del traslado temporal de la persona en cuestión al Estado de emisión. No obstante, si se debe trasladar a la persona a otro Estado miembro a efectos de su enjuiciamiento, deberá emitirse una Orden europea de detención y entrega.

#### *Acuerdos internacionales*

En el caso de la mayoría de los convenios bilaterales o multilaterales se suele establecer una Autoridad Central como órgano canalizador de las solicitudes. En el caso de España, esta Autoridad Central es el Ministerio de Justicia a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional.

Además de los numerosos convenios bilaterales, cabe destacar el ya mencionado **Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959** (del Consejo de Europa) y especialmente su **Segundo protocolo adicional**, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001.

Existen, además, previsiones relativas a las comisiones rogatorias en algunos convenios internacionales sobre delitos específicos:

- Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (Consejo de Europa)
- Convenio penal sobre la corrupción hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (Consejo de Europa)
- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003
- Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y firmado en Palermo el 13 de diciembre de 2000
- Convenio internacional de Naciones Unidas para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999
- Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros, hecho en París el 17 de diciembre de 1997
- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988

Cabe, por último, destacar en el ámbito iberoamericano el **Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia**, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010.

#### *Derecho autónomo español*

En el caso de que se invoque el **principio de reciprocidad** (según hemos estudiado en los **artículos 276 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial**), la forma de transmisión será la vía diplomática (nunca, en materia penal, los funcionarios consulares), si bien el Ministerio de Justicia, a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, canaliza igualmente dichas solicitudes. La vía diplomática supone que la remisión de la solicitud se efectúa a través del Ministerio de Asuntos Exteriores (que, a su vez, dará traslado al ministerio homólogo a través de su embajada respectiva), y que debe ser devuelta por el mismo conducto.

### **7. Bibliografía**

**“La función consular en el Derecho español”**. NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J. y MARTÍ MARTÍ, X. 3ª edición. Ministerio de Asuntos Exteriores