

REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOLUMEN 69  
2017, NÚM. 1  
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—  
MARCIAL PONS

MADRID-2017

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

## DIRECTORA

Araceli MANGAS MARTÍN  
Universidad Complutense de Madrid

## CONSEJO DE REDACCIÓN

José Luis DE CASTRO  
Universidad del País Vasco

Manuel DESANTES REAL  
Universidad de Alicante

Carlos ESPÓSITO MASSICCI  
Universidad Autónoma de Madrid

Federico GARAU  
Universidad de las Islas Baleares

LUIS M. HINOJOSA MARTÍNEZ  
Universidad de Granada

Irene RODRÍGUEZ MANZANO  
Universidad de Santiago de Compostela

José Manuel SOBRINO HEREDIA  
Universidad de A Coruña

Blanca VILA COSTA  
Universidad Autónoma de Barcelona

## CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA  
Universidad de Oviedo

Celestino DEL ARENAL MOYÚA  
Universidad Complutense de Madrid

Antonio A. CANÇADO TRINDADE  
Universidad de Brasilia

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS  
Universidad Complutense de Madrid

José Antonio PASTOR RIDRUEJO  
Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA  
Universidad Nacional de Educación  
a Distancia

Fausto POCAR  
Universidad de Milán

Antonio REMIRO BROTONS  
Universidad Autónoma de Madrid

Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS  
Universidad Complutense de Madrid

Linda SILBERMAN  
New York University

Christian TOMUSCHAT  
Humboldt Universität

Tullio R. TREVES  
Universidad de Milán

## SECRETARÍA DE LA REVISTA

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

### *Redactores*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

## Suscripciones

MARCIAL PONS

San Sotero, 6 - 28037 Madrid

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

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

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

---

## SUMARIO/CONTENTS

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

## II. FORO/FORUM

DESARROLLO SOSTENIBLE Y AGENDA 2030/SUSTAINABLE  
DEVELOPMENT AND AGENDA 2030

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

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

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

## III. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY

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

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

## EDITORIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

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

### 1. INTRODUCCIÓN

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

## 2. LA CUESTIÓN PREVIA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### 2.1. Una aproximación clásica y formal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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