

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

VOLUMEN 70
2018, NÚM. 1
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—
MARCIAL PONS

MADRID-2018

SUMARIO/CONTENTS

	Pág.
Editorial. ANCEL, B., <i>Les cinquante ans de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale</i>	13
 I. ESTUDIOS/STUDIES 	
FAJARDO DEL CASTILLO, T., <i>El acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del Derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos</i>	23
— The Paris agreement on climate change and its contributions to progressive development of international law and the consequences arising from the withdrawal of the United States	
SALINAS ALCEGA, S., <i>El acuerdo de París de diciembre de 2015: la sustitución del multilateralismo por la multipolaridad en la cooperación climática internacional</i>	53
— The Paris agreement of december 2015: the replacement of multilateralism by multipolarity in international climate cooperation	
CERVELL HORTAL, M. ^a J., <i>Sobre la doctrina «unwilling or unable state» (¿podría el fin justificar los medios?)</i>	77
— About the «unwilling or unable doctrine» (could the end justify the means?)	
JIMÉNEZ BLANCO, P., <i>La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales en el marco de los reglamentos europeos</i>	101
— Enforcement of judgments in the framework of the European regulations	
GARRIDO MUÑOZ, A., <i>Los requisitos procesales en serio: la existencia de una «controversia internacional» en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia</i>	127
— Taking procedural requirements seriously: the existence of an «International Dispute» in the case law of the International Court of Justice	
CAMPUZANO DÍAZ, B., <i>La derogatio fori en la Ley Orgánica del Poder Judicial</i>	155
— The <i>derogatio fori</i> in the Judiciary Organization Act	
ELVIRA BENAYAS, M. ^a J., <i>Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017</i>	181
— Transposition into Spanish Law of the 2014/60/EU Directive on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State by the 1/2017 Act	
PINTADO LOBATO, M., <i>Hacia una teoría china de las relaciones internacionales. Evolución, proyectos teóricos y pertinencia práctica</i>	201
— Towards a Chinese theory of international relations. Evolution, theoretical projects and practical appropriateness	

II. FORO/FORUM

LA PERSPECTIVA CHINA DEL DERECHO INTERNACIONAL

DAVIDE FARAH, P., <i>La perspectiva china del Derecho internacional</i>	227
MONTobbio, M., Tianxia, <i>Teoría de las Relaciones Internacionales y ascenso global de China</i>	235

EL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA EN ESPAÑA

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., <i>El nuevo Reglamento europeo de insolvencia y la propuesta de texto refundido de la ley concursal: encuentros y desencuentros</i>	245
TORRALBA MENDIOLA, E., <i>El Reglamento sobre procedimientos de insolvencia y su aplicación en España: algunas adaptaciones necesarias</i>	253

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

PASTOR PALOMAR, A., <i>La solución de controversias de doble imposición en España: una práctica convencional peculiar encaminada al arbitraje</i>	261
REMIRO BROTONS, A. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., <i>La «cuestión catalana». Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho internacional del referéndum de independencia en Cataluña</i>	285
— Statement on the Lack of Foundation in International Law of the Independence Referendum in Catalonia	295

IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY

<i>Recensiones</i>	299
Book reviews	
ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., <i>Las fronteras internacionales de España en África: Melilla</i> , Madrid, Reus, 2016, por José Manuel Sobrino Heredia	299
ÁLVAREZ, J. E., <i>The Impact of International Organizations on International Law</i> , Leiden, Boston, Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law, Brill/Nijhoff, 2017, por Ricardo Arredondo	301
ÁLVAREZ RUBIO, J. y YIANNIBAS, K. (eds.), <i>Human Rights in Business Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union</i> , Routledge, Londres-Nueva York, 2017, 146 pp. [ISBN: 978-1-138-28418-0 (hbk), 978-1-315-26946-7 (ebk)], por Clara Isabel Cordero Álvarez	303
CONDE PÉREZ, E. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (eds.), <i>Global Challenges in the Arctic Region. Sovereignty, environment and geopolitical balance</i> , Londres-Nueva York, Routledge, 2017, X + 464 pp., por Antonio Remiro Brotóns	305
COMBALÍA, Z., DIAGO DIAGO, M. P. y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. (coords.), <i>Derecho e Islam en una Sociedad Globalizada</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, por Carmen Ruiz Sutil	306

	Pág.
GANDÍA SELLENS, M. A., <i>La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de presunta infracción de derechos de patente</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 391 pp. (ISBN: 978-84-9119-927-4), por Pedro Alberto de Miguel Asensio	308
GARCÍA ÁLVAREZ, L., <i>Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades</i> , Granada, Comares, 2016, por Maria Font i Mas.....	310
GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. y LÓPEZ JARA, M., <i>El desarrollo y consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea. La implementación del Programa de Estocolmo</i> , Madrid, Tecnos, 2016, por Cástor Miguel Díaz Barrado.....	312
JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., <i>La dimensión de género en los Tribunales Penales Internacionales</i> , Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, por Isabel Lirola Delgado	314
LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., <i>Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados</i> , Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, 229 pp., por Irene Rodríguez Manzano.....	316
MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), <i>La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: Gestión y Contenido, Cuadernos de la Escuela Diplomática</i> , núm. 55, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2016, por Francisco Jiménez García	318
MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. y PALAO MORENO, G. (dirs.), <i>Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil</i> , Valencia, Registradores de España, Tirant lo Blanch, 2017, por María Ángeles Sánchez Jiménez	320
ORIHUELA CALATAYUD, E. (coord.), <i>Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos</i> , Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, por Julio Jorge Urbina	322
OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (dir.), <i>Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro</i> , Madrid, Dykinson, 2017, por Georgina Garriga Suau	323
RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.), <i>Derecho Internacional Humanitario</i> , 3. ^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, por Montserrat Abad Castelos.....	325
SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), <i>Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional</i> , 2 tomos, 3. ^a ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016, por Santiago Cavanillas Múgica.....	327
SEGURA SERRANO, A. (ed.), <i>The Reform of International Economic Governance</i> , Londres/Nueva York, Routledge, 2016, XVII + 250 pp., por Xavier Fernández Pons	329
SOBRIDO PRIETO, M. (ed.), <i>Espacios polares y cambio climático: desafíos jurídico-internacionales</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 252 pp., por Ana Manero Salvador	331
STRONG, S. I., FACH GÓMEZ, K. y CARBALLO PIÑEIRO, L., <i>Derecho comparado para abogados anglo- e hispanoparlantes. Culturas jurídicas, términos jurídicos y prácticas jurídicas</i> , Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2016, por Carmen Otero García-Castrillón	333
TORRES CAMPRUBÍ, A., <i>Statehood under Water. Challenges of Sea-Level Rise to the Continuity of Pacific Islands States</i> , Leiden-Boston, Brill/Nijhoff, 2016, por Antonio Remiro Brotóns.....	335

EDITORIAL

LES CINQUANTE ANS DE LA CONVENTION DE BRUXELLES DU 27 SEPTEMBRE 1968 CONCERNANT LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE ET L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

«Le 27 septembre 1968, les six Ministres des Affaires étrangères des Etats membres de la Communauté économique européenne, réunis à Bruxelles au sein du Conseil, ont signé la Convention concernant le compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale»¹. Si forte qu'ait pu être la confiance que Georges Droz plaçait dans l'avenir de cet instrument, l'incipit de l'ouvrage qu'il consacrait à ce dernier —et qui était aussi sa thèse de doctorat— avait choisi la sobriété. La fidélité envers cet irremplaçable commentateur suggère d'éviter de célébrer le cinquantenaire de la Convention avec «grand appareil». Au demeurant, l'accueil qui a été réservé à cet instrument au sein de la Communauté économique européenne comme celui que connurent ses différents avatars successifs au sein de l'Union européenne suffisent à assurer son rayonnement. Il s'agit d'un texte fondateur, établissant les bases d'un système de conflit de juridictions toujours actif, toujours actuel et influent après les cinq premières décennies de son existence. En 1968, il représentait déjà une manière d'exploit et les signatures du 27 septembre sanctionnaient l'accomplissement d'un travail considérable et aussi engageaient sur une voie prometteuse, sinon inédite, mais qui, en tout cas, allait être parcourue avec succès.

L'origine de la Convention se trouve dans l'article 220 du Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne. Prudemment, ce traité n'abordait pas de front les innombrables problèmes de droit international privé que la libération des activités économiques au sein de l'espace qu'il créait n'allait pas manquer de susciter², il préférerait laisser leur réso-

¹ DROZ, G. A. L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Bibliothèque de droit international privé, vol. XIII, préf. H. Batiffol, Paris, Dalloz, 1972, p. 1.

² SAVATIER, R., «Le marché commun au regard du droit international privé», *Rev. crit. DIP*, 1959, 237, où l'auteur aborde les questions de nationalité, de condition des étrangers et de conflits de lois,

lution à la coopération intergouvernementale; c'est ainsi, que pour répondre aux difficultés qu'il avait repérées, il invitait les Etats membres, notamment, à engager «entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer en faveur de leurs ressortissants [...] la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproque des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales».

Cette disposition annonçait clairement l'objectif poursuivi: faciliter la circulation transfrontière des décisions de justice; il est frustrant, en effet, de bénéficier d'un jugement dont l'exécution se révèle couteuse, peut-être incertaine, voire improbable, parce que le débiteur est abrité par une frontière et le verrouillage juridique de celle-ci peut dissuader l'opérateur économique de développer ses affaires hors de son marché national. Il s'agissait donc d'ajouter aux libertés économiques garanties par le Traité une liberté supplémentaire, la liberté de circulation des décisions judiciaires. L'article 220 visait aussi la circulation des sentences arbitrales, mais l'invitation à entrer en négociations n'était formulée qu' «en tant que de besoin»; or, la richesse du droit conventionnel liant en ce domaine les Etats membres rendait inutile l'élaboration d'un régime particulier pour ces décisions —ce qui conduisit à exclure l'arbitrage du champ de la Convention—. En revanche, il est certain que les formalités requises dans chaque Etat membre pour obtenir la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers constituaient une entrave; la transmission, la légalisation, la traduction des pièces nécessaires représentaient des complications que l'histoire avait précautionneusement façonnées sur l'hypothèse d'une discontinuité soupçonneuse des ordres juridiques, qui ne correspondait pas à la configuration plus ouverte et plus confiante des rapports entre systèmes judiciaires nationaux que demandait le bon fonctionnement du Marché commun. Cependant l'allègement de ces formalités ne méritait sans doute pas huit années de négociations entre les Etats fondateurs. C'est qu'en vérité les auteurs du Traité n'avaient perçu que les obstacles d'ordre bureaucratique à la libre circulation des jugements, tandis que le comité d'experts réuni en 1960 pour préparer la Convention constatait aussitôt que l'objectif assigné par l'article 220 ne pouvait être atteint en l'état des divergences opposant les Etat membres sur les conditions de fond de l'accueil des décisions étrangères dans leurs ordres juridiques respectifs. Aussi la lettre le céda à l'esprit et la fin recherchée l'emporta sur le moyen évoqué. Ce repositionnement orientait dans une direction différente, celle de l'uniformisation du régime d'efficacité internationale des jugements. Or, en ce domaine, l'expérience montrait et les études doctrinales démontraient³ qu'un régime uniforme

pour finir par cette interrogation, p. 257: «Comment une circulation véritablement libre des personnes, des marchandises, des services et des capitaux pourrait-elle longtemps s'accommoder de l'inharmonie de la justice, de la possibilité de décisions contradictoires rendues à l'intérieur de la Communauté, par des juridictions concurrentes, parmi lesquelles des circonstances fortuites détermineront, au hasard, la sentence qui s'exécutera? Décisions contradictoires dont les résultats circuleraient anarchiquement, mais librement de pays membre à pays membre! Tout un droit des conflits de juridiction devra donc être construit!».

³ Spécialement WESER, M., «Les conflits de juridictions dans le cadre du Marché commun. Difficultés et remèdes», *Rev. crit. DIP*, 1959, 613, puis 1960, 21, 151, 313, 533, et 1961, 105.

ne pouvait se contenter d'énoncer des conditions de régularité des jugements; dans la mesure où les critères communs de reconnaissance et exécution ne correspondent pas à la diversité des règles gouvernant l'instance directe dans les Etats concernés, il est inévitable que des décisions rendues dans un de ces Etats conformément à ses règles propres de compétence, de procédure, de conflit de lois, ne répondent pas aux exigences uniformes de reconnaissance et exécution et se heurtent au refus des autres Etats. Il fallait donc repenser le problème en son entier et entreprendre la construction d'un système de conflit de juridiction harmonisant instance directe et instance indirecte. C'est ce qu'entreprit le comité des experts et c'est aussi ce qui explique la durée de la négociation de la Convention.

Mais la constance et la diligence ont été payées de retour. Après un demi-siècle, chacun peut aujourd'hui mesurer l'influence de l'œuvre accomplie. La Convention laissait de côté les conflits de lois, mais à peine était-elle signée que s'engageaient les travaux que conclut la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, devenue, après la communautarisation de la matière, le Règlement Rome I⁴ (précédé par le Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles)⁵; c'est qu'il était admis que si l'harmonisation de l'instance directe et de l'instance indirecte facilite la circulation des décisions, l'uniformité des règles de conflit ne pouvait que renforcer la confiance mutuelle au sein du club européen et ainsi contribuer à l'objectif de la Convention. Aussi bien d'ailleurs ne suffit-il pas aujourd'hui de rattacher à celle-ci les Règlements Bruxelles II et IIbis⁶ qui apportent un traitement spécifique à des questions sur lesquelles les disparités entre Etats membres étaient trop importantes pour être résolues dans ce qui se concevait comme un instrument généraliste, il faut aussi situer dans sa sphère d'influence ces règlements tri- ou multifoliés, plus récents et relatifs à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière d'obligations alimentaires, en matière de successions et en matière de régimes matrimonial et de régime partenarial⁷.

Un rayonnement aussi puissant pose aujourd'hui deux questions. La première est celle du ressort qui a permis à la Convention de développer une telle influence (I). La seconde est celle de sa capacité à survivre dans ce nouveau siècle qui a vu la transformation de la Communauté en Union européenne (II).

I. La Convention a fait la preuve d'une efficacité incontestable et sans doute faut-il imputer ce mérite à la prudence de ses auteurs qui ont coulé leur ambition dans un moule éprouvé, redécouvrant les vertus du modèle classique de circulation des décisions.

⁴ Règlement CE 593/2008, du 17 juin 2008.

⁵ Règlement CE 864/2007, du 11 juillet 2007.

⁶ Règlement CE 2201/2003, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

⁷ Règlement CE 4/2009, du 18 décembre 2008, Règlement UE 650/2012, du 4 juillet 2012, Règlements UE 2016/1103 et 2016/1104, du 24 juin 2016.

A. Le modèle classique de circulation transfrontière des décisions se caractérise par l'articulation de la compétence (directe) et de la reconnaissance⁸. Apparu aux aurores médiévales du droit des conflits, il se construit sur l'hypothèse d'un pouvoir suprême répartissant la compétence entre les différents systèmes judiciaires sous sa domination; dans ce périmètre, la décision rendue par un tribunal dans les limites de la compétence à lui dévolue vaut à l'égard des autres systèmes. Cette hypothèse d'un pouvoir suprême distributeur des compétences, créateur d'un «espace de compétences coordonnées»⁹ ne s'est dans l'histoire qu'imparfaitement réalisée au Moyen Âge au sein de l'Empire romain germanique; l'efficacité extraterritoriale des jugements y est parfois fragilisée par la procédure de l'*actio iudicati* exposant le juge à qui l'exécution est demandée à la tentation d'un contrôle plus ou moins sévère sous prétexte de vérifier une condition de réciprocité qui n'habillait que le refus d'une sujétion¹⁰. A la même époque, en France et plus précisément dans le ressort du Parlement de Paris qui la reprend pour le compte du roi, «fontaine de toute justice» et «empereur en son royaume», l'hypothèse accède à davantage de positivité; la reconnaissance a lieu de plein droit et la force exécutoire s'obtient «sans connaissance de cause» sur lettres rogatoires ou réquisitoires présentées à la chancellerie de la juridiction du lieu d'exécution. Mais cette simple mécanique dite du *pareatis* est dérangée lorsque s'affirme le modèle de l'Etat-nation, souverain dans et hors de ses frontières, ne connaissant aucune autorité qui lui soit supérieure, et sans que le cloisonnement politique et juridique qui en résulte n'affaiblisse l'essor du commerce juridique international. Se dégageant de l'universalisme qui prévalait pour le traitement des affaires intérieures, la monarchie capétienne s'arroge sur le plan international une compétence exclusive, au delà du contentieux concernant les immeubles situés sur son territoire, sur les procès auxquels sont parties ses sujets, obligeant ainsi ceux qui obtiennent un jugement à l'étranger à «de nouveau débattre leurs droits comme entiers devant [ses] officiers»¹¹. Cette évolution est couronnée au XIX^e siècle, d'un côté, par l'adoption d'un système de compétence pivotant à l'avantage des plaideurs français autour des articles 14 et 15 du Code civil et, de l'autre côté, par l'invention de l'action d'exequatur, procédure subordonnant l'accueil de la décision étrangère à sa révision par le juge français¹². Cette construction s'implante au Luxembourg, mais plus difficilement en Belgique où sa rigueur est atténuée par la loi de 1876; elle ne parvient pas à prendre pied aux Pays-Bas où la compétence fondée sur la nationalité est neutralisée par la jurisprudence et où le particularisme se contente d'imposer à tout jugement étranger l'*actio iudicati*. Une procédure de même type se maintient également en Allemagne et en Italie

⁸ LOPEZ DE TEJADA, M., *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, Paris, LGDJ, 2013, n. 25 et s.

⁹ LOPEZ DE TEJADA, M., *op. cit. eod. loc.*

¹⁰ MEIJERS, E. M., «L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé», *Rec. cours La Haye*, vol. 1934. III. 547, spéc. p. 632.

¹¹ Ordonnance du 15 janvier 1629, art. 120.

¹² Cass. civ. 19 avril 1819, *Parker*, S. 1819.1.129, D. *Jur gén.* V^o *Droit civil*, n^o 442, *Journ. Aud.*, 1819. 257, *Grands arrêts dr. int. pr.*, n^o 2.

avec une condition de réciprocité plus ou moins virulente. La diversité entre les six Etats fondateurs s'aggrave de l'ajout de régimes particuliers qu'apporte un nombre significatif de traités bilatéraux tendant à faciliter la reconnaissance et l'exécution.

L'objectif de libre circulation des décisions à l'intérieur du Marché commun appelait à rejeter cette construction particulariste et aussi ses accessoires conventionnels qui s'efforçaient de rétablir un peu d'universalisme. Il convenait d'effacer autant que faire se pouvait le passé «westphalien». C'était alors s'engager à revenir vers le modèle classique expérimenté à l'intérieur de l'Empire romain germanique et à l'intérieur du royaume de France. Au demeurant, l'articulation compétence-reconnaissance recouvrait depuis quelques temps un certain crédit. Elle avait été reprise par le droit américain des conflits de juridictions à l'intérieur de la fédération, qui ébauchait une nouvelle version de l'«espace des compétences coordonnées», avec la *Full Faith and Credit Clause*, bientôt flanquée de la *Due Process Clause*, tandis que la Cour suprême surveillait attentivement le jeu des règles de compétence¹³. Elle inspirait et structurait de ce côté-ci de l'Atlantique le traité destiné à créer un espace judiciaire commun à la Belgique, aux Pays-Bas et au Luxembourg, signé à Bruxelles le 24 novembre 1961 «sur la compétence judiciaire, la faillite, l'autorité d'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques».

B. Conscient de sa mission, le comité d'experts a estimé que l'innovation que demandait la formation d'un espace judiciaire européen consistait en un retour de cette conception classique, les portant à élaborer une convention multilatérale double, qui s'élevait ainsi au niveau du pouvoir suprême de l'empereur ou du roi distribuant les compétences entre les systèmes judiciaires sous sa domination et garantissant l'efficacité transfrontière des décisions. Et ce ralliement au classicisme ne s'est pas limité à la structure de l'instrument, il conduisit, dans la composition des règles particulières tant de compétence que de reconnaissance, à écarter les solutions qu'avait imposé le particularisme.

1. Ainsi en matière de reconnaissance, disparaissaient le pouvoir de révision du juge *ad quem* et l'exigence de réciprocité. Que cette dernière tende à protéger les intérêts des nationaux ou qu'elle soit vouée à la sauvegarde des intérêts de l'Etat requis, elle n'a de sens que si les règles de conflit de juridictions des Etats concernés diffèrent; or, précisément cette condition devient irréalisable lorsque la convention édicte des règles uniformes. Quant au pouvoir de révision qui suppose que ne sont acceptables que les décisions étrangères correspondant à celles qui auraient pu être rendues par le juge requis s'il avait été directement saisi de la demande au fond, sa rationalité, désarmée par la dialectique de l'identité et de la différence, était particulièrement fragile et l'exposait à une critique unanime.

¹³ KESSÉDIAN, C., *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987, p. 147 et s.

Sur le plan de la compétence, sont exclus les fors exorbitants notamment ceux fondés sur la nationalité et sur la présence de biens du défendeur sur le territoire qui, le plus souvent, ne rencontraient pas l'assentiment du juge *ad quem*. Quoique dans les limites d'un raisonnement purement abstrait le premier puisse échapper à la condamnation de l'article 7 du Traité de Rome interdisant toute «discrimination exercée en raison de la nationalité», une compétence de cette nature, fondée sur un lien d'allégeance politique et pouvant désigner un tribunal sans rapport avec la cause à juger, paraissait hors de propos dans le cadre d'une communauté économique et présentait un caractère idéologique plus que pratique qui accusait une différenciation là où l'assimilation était souhaitable et recherchée. Quant au for du patrimoine, sa fonction primordiale d'assurer au demandeur un accès utile à la justice, pouvait sembler superflue, comme satisfaite par le renfort des règles nationales en cas d'insuffisance des règles uniformes de compétence.

2. Ainsi que suggéré plus haut, ces règles sont classiques. La compétence générale que fixe l'article 2 de la Convention va aux juridictions de l'Etat du domicile du défendeur; revigorant l'adage *actor sequitur forum rei* jusqu'à lui faire traverser les frontières, elle correspond aussi à la vénérable doctrine du juge naturel, mais dépouillée de la dimension publiciste dont l'avait trop longtemps revêtue le particularisme conquérant des temps modernes; le domicile n'est plus l'expression de la soumission au pouvoir judiciaire local, mais plus simplement le lieu où, par la fixation du centre de ses intérêts, la personne indique à quiconque où entrer en contact avec lui. Il faudrait sur ce point relire Savigny¹⁴ qui d'ailleurs justifie aussi les compétences spéciales, ces «fors positifs», et le mécanisme de l'option qui se retrouve dans la convention avec l'article 5; caractéristique de cette emprise savignienne est, par exemple, le choix fait en 1968 en faveur de la solution dite «analytique»¹⁵ pour la compétence en matière contractuelle¹⁶. Bien sûr, dans la seconde moitié du vingtième siècle, ce dispositif classique appelait quelques compléments, tels ces compétences inégales en faveur du consommateur ou du preneur d'assurance, de l'assuré ou du bénéficiaire, ou quelques *aggiornamenti*, telles les conditions de la prorogation de for.

C'est également un retour vers le classicisme universaliste qu'opère le régime de la reconnaissance et exécution; c'est ce que signale en effet la consécration de la reconnaissance de plein droit des décisions dans les autres Etats membres «sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure». Dès lors que les règles communes de compétence directe sont observées dans les différents Etats membres, la dynamique compétence-reconnaissance assure la libre circulation transfrontière des jugements et autorise l'obtention de la

¹⁴ SAVIGNY, K. F. v., *Traité de droit romain*, § 358.

¹⁵ GOTHOT, P., HOLLEAUX, D., *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Editions Jupiter, 1985, n° 64 et s.

¹⁶ SAVIGNY, K. F. v., *Traité de droit romain, op. cit.*, § 370: «Il est de l'essence de l'obligation que le lieu de l'accomplissement soit regardé comme le siège de l'obligation et que dans ce lieu se place la juridiction spéciale en vertu de la soumission libre».

force exécutoire sur simple requête. La décision provenant d'un Etat membre est ainsi présumée régulière dans les autres Etats membres et cette présomption a pour corollaire l'énumération —restreinte et restrictive— non pas des conditions, mais des obstacles à vérifier en cas de contestation de la régularité. S'il n'a pas été possible, malgré la confiance mutuelle que se doivent les Etats membres, d'éliminer, par exemple la conformité à l'ordre public de l'Etat requis ou le respect des droits de la défense, du moins appartient-il à qui s'oppose à la circulation ou à l'exécution du jugement de dénoncer les manquements qui entacheraient celui-ci.

Au 1.^{er} février 1973, date d'entrée en vigueur de la Convention, les six Etats fondateurs de la Communauté disposaient d'un système de conflit de juridictions propre à soutenir, par la libre circulation des décisions judiciaires, la libre circulation des personnes, des marchandises et de services dans le Marché commun. Il est vrai que si cet instrument réduisait le risque de conflit de procédures ou de décisions, il ne le supprimait pas tout à fait. Mais ce risque était affronté par une réglementation des exceptions de litispendance et de connexité, insérée dans le titre consacré à la compétence. Cette localisation était rationnelle; il était expédient de traiter le mal à la racine. C'est une des caractéristiques majeures de la Convention de porter son effort sur une organisation ordonnée de la production des décisions afin de ne pas confronter leur efficacité transfrontière aux difficultés dont est prodigue l'anarchie des compétences.

Après cinquante ans, la sagesse des architectes de ce monument mérite toujours d'être honorée et il faut aussi saluer la modestie et le réalisme de ceux-ci qui suggérèrent aux gouvernements une déclaration appelant à confier à la Cour de justice des Communautés européennes la mission d'assurer une interprétation uniforme de ce «Traité fédérateur»¹⁷, à défaut de laquelle se serait sans doute réintroduite la diversité des solutions. Cet appel aboutit au Protocole signé à Luxembourg le 3 juin 1971 qui est entré en vigueur en même temps que la Convention

II. Aujourd'hui la jurisprudence de la Cour de justice fait corps avec le texte originel, lequel s'est prêté à des amendements et ajustements au fil des arrêts et aussi à l'occasion de l'adhésion de nouveaux membres de la Communauté économique européenne et de la communautarisation de la matière jusqu'à la refonte du Règlement Bruxelles I. L'équilibre de la structure édifiée en 1968 qui garantissait l'efficacité du couple compétence-reconnaissance n'excluait pas une relative plasticité, permettant d'absorber ces modifications sans provoquer de dénaturation. Cependant la mutation de la Communauté en Union européenne opérée par les traités d'Amsterdam et de Lisbonne impose cependant, non pas une simple inflexion, mais bien une réorientation vers un objectif qui dépasse la simple libre circulation des décisions.

¹⁷ GOLDMAN, B., «Un traité fédérateur: La Convention entre les Etats membres de la CEE sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *RTDeur.*, 1971, 1.

A. Les modifications ont été nombreuses et d'importance variable. L'adoption en 2008 du Règlement Aliments¹⁸ a naturellement conduit à retirer l'obligation alimentaire de la «matière civile et commerciale». Ce fut l'un des rares retranchements. En général, les changements ont été positifs. Certains effectuèrent des rattrapages très limités, tel l'accueil des modes de communication électronique (art. 15.1, art. 23, devenus 17.1 et 25) ou encore l'intégration du trust dans l'article 17 (devenu art. 25); d'autres furent plus conséquents, telle, sur une percée de la Cour, relayée par les conventions de Lugano (1988) et de Donostia-San Sebastian (1989), l'attribution d'une section 5 du Titre II, au contrat individuel de travail: celui-ci est désormais assujéti au modèle des compétences dérogoires et inégales conçu pour la protection des «parties faibles». Au demeurant, à partir de la même percée (l'arrêt *Ivenel*)¹⁹ la créativité de la Cour de justice amorça une évolution complexe de l'interprétation de l'article 5.1 et finit par entraîner le semi-abandon de la conception «analytique» du chef de compétence alternatif en matière contractuelle, sanctionné par un ajout apporté par le Règlement Bruxelles I visant les contrats de vente de marchandises et de fourniture de services.

Un autre exemple de coopération entre jurisprudence et règlement est apporté par l'affaire *Owusu*²⁰ dans laquelle la Cour de justice estima notamment que la Convention s'opposait à ce que la juridiction anglaise décline la compétence que lui attribuait l'article 2 pour s'effacer devant la juridiction d'un Etat non contractant jugée mieux placée pour connaître du litige. Cette application de la Convention à une situation litigieuse qui ne s'inscrivait pas dans une relation intra-communautaire impliquant deux Etats européens, était justifiée par avance dans l'exposé des motifs du Règlement Bruxelles I où il est dit qu' «il doit exister un lien entre les litiges couverts par le présent règlement et le territoire des Etats membres qu'il lie. Les règles communes en matière de compétence doivent donc s'appliquer en principe lorsque le défendeur est domicilié dans un des ces Etats»²¹ et n'être pas laissées à la discrétion du juge qu'elles désignent, car elles «doivent présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur et cette compétence doit toujours être disponible». Ce rejet d'une exception de *forum non conveniens* qui aurait profité à une juridiction extra-communautaire garantit que la décision attendue du juge européen jouira de la liberté de circulation à l'intérieur de la Communauté. Cependant, il n'est pas sûr que dans ce cas de figure cet avantage fût réel et que la pleine exécution de la décision extra-communautaire en dépendît. La liaison de l'exigence de prévisibilité et de la compétence domiciliaire paraît plutôt répondre à la volonté de défendre un droit à l'accès à la justice et participer à la promotion d'un droit fondamental, le droit subjectif à une protection judiciaire effective.

¹⁸ Règlement CE 4/2009, du 18 décembre 2008.

¹⁹ CJCE, 26 mai 1982, aff. 133/81.

²⁰ CJUE, 1.^{er} mars 2005, C-281/02, *Owusu c. Jackson*.

²¹ Règlement CE n° 44/2001, du 22 décembre 2000, Préambule, § 8.

Bref, la dynamique compétence-reconnaissance est mise au service des droits fondamentaux.

B. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne confirme cette instrumentalisation du système de conflit de juridictions. Si l'article 81 précise que la coopération développée par l'Union dans les matières civiles habilite le Parlement et le Conseil à adopter, «notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur de mesures visant à assurer: a) la reconnaissance mutuelle entre les Etats membres des décisions judiciaires et extra judiciaires», l'article 67 assigne à l'Union l'objectif de constituer «un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux» et prescrit que «l'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires»²².

1. En conséquence, le Règlement Bruxelles Ibis s'est employé à développer le droit subjectif à une protection judiciaire effective, auquel la Cour européenne des Droits de l'homme intègre l'exécution du jugement sous le manteau du droit au procès équitable²³. Il supprime ainsi la demande de «déclaration constatant la force exécutoire» ou demande d'exequatur, que le Règlement Bruxelles I exigeait encore pour l'exécution transfrontière, et impose désormais l'«exécution directe» dans l'Etat membre requis de la décision dotée dans l'Etat membre d'origine de la force exécutoire²⁴. Cette décision, sur présentation d'un certificat attestant son origine et sa teneur doit «être traitée comme si elle avait été rendue dans l'Etat membre requis»²⁵. Cette étape du processus de démantèlement du cloisonnement des ordres juridiques européens consomme le retour aux lettres rogatoires et au *pareatis* de jadis.

2. Mais les droits fondamentaux exigent davantage. Ils ne se conçoivent qu'offerts à tous, et non pas réservés aux seuls citoyens européens; très logiquement, dans la préparation de la refonte du Règlement Bruxelles I, il a été envisagé de retirer au domicile du défendeur sa fonction de délimitation du champ d'application du système de compétence et d'outrepasser d'avantage encore le mandat de l'article 220 du Traité de Rome qui n'avait prévu la libre -circulation des décisions qu'au bénéfice des ressortissants des Etats membres; il était projeté de procéder à une internationalisation ou extension de la dynamique compétence-reconnaissance à des situations externes.

La réalisation de ce programme a été sérieusement freinée par la considération que, faute de maîtriser les compétences et qualités des juges des Etats tiers, il convenait de contrôler leur production, c'est-à-dire de renforcer les précautions ou les obstacles à l'efficacité transfrontière de celle-ci. En

²² TFUE, art. 67, § 1, § 4.

²³ CEDH, 19 mars 1997, req. n° 18357/91, *Hornsby c. Grèce*, 18 novembre 2010, req. n° 7618/05, *Romanczyk c. France*.

²⁴ Solution déjà retenue par les Règlements CE n° 805/2004, du 21 avril 2004 (titre exécutoire européen), CE n° 1869/2006, du 12 décembre 2006 (Injonction de payer européenne), CE n° 861/2007, du 11 juillet 2007 (Petits litiges). Sur la suppression de l'exequatur v. M. LOPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, *Passim*.

²⁵ Règlement UE 12715/2012, du 12 décembre 2012, Preamble, § 26.

définitive, le Règlement Bruxelles I bis n'accepte cette extension que dans deux cas de figure. D'abord, l'article 25 actuel, relatif à la prorogation volontaire de compétence, n'exige plus que la clause désignant le tribunal d'un Etat membre soit convenue entre deux personnes dont l'une au moins est domiciliée dans l'espace judiciaire européen. Cet élargissement s'explique par le fait que la décision attendue du for convenu sera nécessairement rendue par un tribunal opérant dans le cadre de la confiance mutuelle. Ensuite, l'internationalisation a touché le conflit de procédures en autorisant, dans le cas de litispendance ou de connexité extra-européenne, le juge européen compétent sur la base du règlement à s'effacer devant le juge d'un Etat tiers premier saisi, mais seulement après toute une série de vérifications dont l'issue laisse raisonnablement augurer que la décision attendue sera susceptible d'être reconnue et exécutée; la circonspection supplée l'absence de confiance mutuelle. Préservant la dynamique compétence-reconnaissance, ces solutions démontrent que la Convention, en dépit de son âge vénérable, est toujours vive, active et actuelle.

Bertrand ANCEL

Profesor emérito Universidad Panthéon-Assas (Paris II)
Director de la *Revue critique de droit international privé*
Ex-Presidente del Comité Français de Droit International Privé

EL ACUERDO DE PARÍS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO: SUS APORTACIONES AL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS CONSECUENCIAS DE LA RETIRADA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Teresa FAJARDO DEL CASTILLO *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO DE PARÍS Y EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL.—2.1. El consenso como procedimiento de adopción del Acuerdo de París.—2.2. Un «protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal».—2.3. Un *Pacto de Contrahendo* para el desarrollo de la Convención Marco sobre el Cambio Climático.—2.3.1. La diferenciación de las obligaciones: las contribuciones determinadas a nivel nacional.—2.3.2. Estados Unidos frente al Acuerdo de París: quien puede lo más puede lo menos —o no— de conformidad con el art. 4.11 del Acuerdo de París.—3. EN DEFENSA DEL *SOFT LAW* Y DE LA *SOFT GOVERNANCE* EN EL ACUERDO DE PARÍS.—4. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES CAUSADOS POR EL CAMBIO CLIMÁTICO.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático fue adoptado —contra todo pronóstico—¹ el 15 de diciembre de 2015 en la 21.^a Conferencia de las Partes de la Convención Marco sobre el Cambio Climático, gracias a la acción colectiva de todos los países del planeta y a la movilización del sistema institucional vinculado a esta convención. Las negociaciones de las que resultó el Acuerdo de París son también deudoras del compromiso del Presidente norteamericano Barak Obama y del empeño de la Unión Europea (UE), que desplegó con éxito una de las *démarches* diplomáticas más importantes de su historia². Su entrada en vigor tuvo lugar el día 4 de noviembre de 2016,

* Profesora Titular de Derecho internacional público en la Universidad de Granada (fajardo@ugr.es).

¹ Así lo consideró Jorge Viñuales en uno de los primeros análisis del Acuerdo y de sus negociaciones finales: véase VIÑUALES, J. E., «The Paris Climate Agreement: An Initial Examination», *C-EENRG Working Papers*, 2015, núm. 6.

² La UE ha desarrollado una amplia acción diplomática desde la adopción de la Convención sobre el Cambio Climático en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo

en un periodo récord, tras ser abierto a la firma el 22 de abril de 2016³. Las negociaciones que desembocaron en su adopción barajaron hasta el último momento cuál sería la forma jurídica que debía adoptar el instrumento internacional que diera continuidad a los compromisos de la Convención Marco y sustituyera al Protocolo de Kyoto. La fórmula finalmente elegida, para sorpresa de todos los que siguieron las negociaciones en los últimos años⁴, fue la de un tratado internacional que, no obstante, se caracteriza por tener grandes zonas de penumbra⁵ en las que es difícil distinguir el carácter normativo de sus disposiciones. El carácter *soft* de gran parte de ellas es lo que hizo posible inicialmente que Estados Unidos se convirtiera en uno de sus Estados parte, ya que como afirmara el entonces Secretario de Estado norteamericano John Kerry, el Acuerdo carecía de valor vinculante en sí mismo y las obligaciones asumidas traían su fuente de la Convención Marco sobre el cambio climático (Convención Marco). La decisión de Estados Unidos de abandonar el Acuerdo tras la elección del Presidente Trump, abre un periodo de incertidumbre sobre su futuro, su naturaleza jurídica y su eficacia. No obstante, el abandono

celebrada en Río de Janeiro en 1992 que se articula ahora con la denominada Diplomacia del Clima. Tras la Conferencia de París de 2015, la UE puso esta diplomacia del clima al servicio del proceso de ratificación del Acuerdo con el fin de conseguir el mayor apoyo posible para su pronta entrada en vigor. Esta iniciativa europea obedece también a la existencia de un sector específicamente definido dentro de la diplomacia multilateral. En el caso de la Diplomacia del Cambio Climático, el liderazgo de la UE antes y durante la CoP21, en particular mediante las gestiones diplomáticas conjuntas llevadas a cabo en el marco del Plan de acción para la diplomacia climática de 2015, contribuyeron a alcanzar la mayor parte de los objetivos de la cumbre, incluido el carácter vinculante del instrumento adoptado. Las instituciones de la UE, la Comisión Europea, la Alta Representante y también y aún las Presidencias rotatorias junto con sus Estados miembros supieron aprovechar su sólida trayectoria de acción por el clima dentro de sus fronteras y de ayuda internacional fuera de ellas para establecer una amplia «coalición de gran ambición» entre diversas agrupaciones regionales. Véase COMISIÓN EUROPEA, «Historic climate deal in Paris: EU leads global efforts», en http://ec.europa.eu/news/2015/12/20151212_en.htm (consultada el 6 de octubre de 2017). Véase igualmente OBERTHÜR, S. y GROEN, L., «Explaining goal achievement in international negotiations: the EU and the Paris Agreement on climate change», *Journal of European Public Policy*, 2017, en <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13501763.2017.1291708?needAccess=true> (consultada el 6 de octubre de 2017). Sobre la diplomacia de la UE para el cambio climático, véase JORGENSEN, K. E., «The European Union in Multilateral Diplomacy», *The Hague Journal of Diplomacy*, vol. 4, 2009, pp. 189-209.

³ No podemos olvidar que el Protocolo de Kyoto firmado en 1997 entró en vigor en el año 2005 cuando el cambio de las circunstancias habían alterado ya profundamente el mapa de las emisiones de CO₂ que había inspirado su adopción. Véase BODANSKY, D. y RAJAMANI, L., «The Evolution and Governance Architecture of the Climate Change Regime», en SPRINZ, D. y LUTERBACHER, U. (eds.), *International Relations and Global Climate Change*, 2.^a ed., Cambridge, MIT Press, 2013, pp. 3-14.

⁴ La página web «Sentinelle» dirigida por el Profesor Philip Weckel ha abierto un dossier con toda la información pertinente sobre las negociaciones y sus resultados pueden consultarse en Internet en <http://www.sentinelle-droit-international.fr/> (consultada el 6 de octubre de 2017). Igualmente, con una óptica desde los Estados Unidos, las revistas online *EnergyWire* y *ClimateWire* han recogido diariamente en los últimos años todas las incidencias del proceso, en Internet en http://www.eenews.net/leep/learn_more/about_energywire/ (consultada el 6 de octubre de 2017). El Real Instituto Elcano también ha habilitado una web dedicada al cambio climático que puede consultarse en su página web <http://www.realinstitutoelcano.org/> (consultada el 6 de octubre de 2017)

⁵ Los detractores de la *soft law* se refieren a ella en ocasiones como una zona de penumbra, o una zona de sombra en la que conviven disposiciones vinculantes y no vinculantes. Véase PELLET, A., «Le bon droit et l'ivraie - Plaidoyer pour l'ivraie. Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement», en *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes; Méthodes d'analyse du droit international - Mélanges offerts à Charles Chaumont*, París, Pedone, 1984, p. 465-493.

solo se podrá hacer efectivo en 2020, de acuerdo con el régimen de denuncia previsto en el Acuerdo. Mientras tanto, la presencia de Estados Unidos en las instituciones vinculadas a la Convención Marco y al Acuerdo de París puede ser nociva y truncar el desarrollo de los objetivos acordados en París. Será necesario que el Presidente Trump acate el principio de buena fe durante este periodo, como ya hiciera en su momento el Presidente Bush con la retirada del instrumento de firma del Protocolo de Kyoto⁶.

Cualquiera que sea el destino que la denuncia de Estados Unidos pueda deparar al Acuerdo de París, no hará sino magnificar su papel para el futuro del planeta y de los seres humanos. Como afirmó el Presidente Obama, este Acuerdo, aunque no sea el mejor acuerdo, sí es el mejor acuerdo posible y constituye la última oportunidad para revertir el proceso de cambio climático y evitar el desastre⁷. Si no se alcanzara el objetivo de su art. 2 de impedir que las temperaturas lleguen a superar el incremento previsto de dos grados centígrados en relación con el periodo pre-industrial, la mayor parte de las especies del planeta desaparecerían al igual que los ecosistemas tal y como los hemos conocido⁸.

El Acuerdo de París ha sido objeto ya de importantes estudios y reflexiones que han abordado: la evolución del régimen de la Convención Marco sobre el Cambio Climático⁹, el desarrollo por etapas de su largo proceso de negociación y sus principales actores¹⁰, los instrumentos económicos y los mecanismos de financiación que han de sustentar sus compromisos. También se han estudiado las oportunidades perdidas en la medida en que para facilitar el resultado final alcanzado se expurgaron todos aquellos aspectos que podrían obstaculizar su adopción. Los estudios y reflexiones también obedecen a las distintas misiones que ha de cumplir el Acuerdo de París: desde la comunicación de expectativas normativas hasta la promoción de un nuevo *ethos* en las relaciones internacionales. En ellos también se discute la

⁶ Véase al respecto KAHN, G., «The Fate of the Kyoto Protocol under the Bush Administration», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, 2003, pp. 548 y ss.

⁷ Véanse las declaraciones de Barak Obama a la CNN, «Obama: Climate agreement “best chance we have” to save the planet», disponible en <http://edition.cnn.com/2015/12/12/world/global-climate-change-conference-vote/> (consultada el 6 de octubre de 2017).

⁸ Por la gravedad de este problema compartido por todos, la Conferencia de París convocó a más de 150 jefes de Estado y de Gobierno que estuvieron asistidos por más de 19.000 representantes gubernamentales así como, en reuniones paralelas, más de 6.000 representantes de ONG y empresas, con la cobertura mediática de más de 2.800 periodistas. Véase UNFCCC, «Historic Paris Agreement on Climate Change: 195 Nations Set Path to Keep Temperature Rise Well Below 2 Degrees Celsius», disponible en <http://newsroom.unfccc.int/unfccc-newsroom/final-COP-21/> (consultada el 6 de octubre de 2017).

⁹ Véase CAMPINS ERITJA, M., «De Kioto a París: ¿Evolución o Involución de las Negociaciones Internacionales sobre el Cambio Climático?», *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2015, núm. 15, p. 10; BERGKAMP, L. y STONE, S. J., «The Trojan Horse of the Paris Agreement on Climate Change: How Multi-Level, Non-Hierarchical Governance Poses A Threat to Constitutional Government», disponible en <https://ssrn.com/abstract=2715145> (consultada el 6 de octubre de 2017).

¹⁰ Véase ALLAN, J. et al., «Summary of the Paris Climate Change Conference: 29 November - 13 December 2015», *Earth Negotiations Bulletin*, vol. 12, 2015, núm. 663, disponible en <http://www.iisd.ca/climate/cop21/enb/> (consultada el 6 de octubre de 2017).

idea de justicia ambiental¹¹ en un nuevo escenario mundial en el que los países menos desarrollados han de abordar un futuro lleno de incertidumbres y desastres. Asimismo se ha estudiado cómo este Acuerdo debe contribuir con fórmulas eficaces a luchar contra el cambio climático que no es solo un problema ambiental sino también un problema de desarrollo y una consecuencia del modelo económico y social actual¹².

El Acuerdo de París refleja una sociedad internacional profundamente dividida, en la que el consenso para su adopción se alcanza porque la flexibilidad de sus obligaciones lo permite y porque las cuestiones más conflictivas se proyectan en el futuro ya que se planifica su resolución una vez cruzado el límite crítico del año 2020. En cualquier caso, el Acuerdo de París consiguió inicialmente un apoyo unánime a nivel mundial para combatir un problema cuya existencia al menos ya no se cuestiona¹³, aunque su flexibilidad permite a cada una de las Partes llevar a cabo una interpretación de la carga obligacional asumida que puede llegar a diferir sobre la naturaleza del Acuerdo. Este es el caso de los Estados Unidos que lo calificaría de no vinculante, con el fin de que no tuviera que ser sometido a la aprobación de sus cámaras y pudiera ser adoptado por una orden ejecutiva del Presidente Obama¹⁴.

El Acuerdo de París también ha supuesto una segunda oportunidad para la Convención Marco sobre el Cambio Climático, a la que se remite en su articulado no solo como fuente normativa sino también para señalar que uno de los objetivos que persigue es mejorar su aplicación¹⁵. A esta Convención Marco se le ha otorgado la ocasión única de adaptarse a un cambio de cir-

¹¹ GARDINER, S., «Ethics and Global Climate Change», *Ethics*, vol. 114, 2004, pp. 578-583.

¹² En este sentido, Ulrich Beck subrayaba que: «*The global distinction and inequality between those who produce the risks and those who are afflicted and threatened by them becomes visible —against the institutionalized politics and law, which are nationally organized—. Thus their politics of visibility is twofold: its goal is to make the invisible threat to humanity visible. With that they create a Cosmopolitan Outlook which makes the social structure of power and inequality visible*». Véase BECK, U., *The Metamorphosis of the World*, Cambridge, Polity Press, 2016. Esta monografía es uno de los resultados del Proyecto de investigación *Methodological Cosmopolitanism in the Laboratory of Climate Change*, financiado por el *European Research Council*, p. 112.

¹³ A pesar de que durante las elecciones presidenciales de Estados Unidos el ahora Presidente Trump designara como responsable del diseño de su política medioambiental a Myron Ebell, que en su día cuestionó el cambio climático, finalmente el elegido para dirigir la Agencia de Protección del Medio Ambiente ha sido Scott Pruitt, que no cuestiona la verdad científica sino el impacto sobre la economía norteamericana del Acuerdo de París. Véase FOUNTAIN, H., «Trump's Climate Contrarian: Myron Ebell Takes On the E.P.A.», *The New York Times*, de 11 de noviembre de 2016.

¹⁴ Se ha señalado que: «*Both the EU and the United States were instrumental in brokering the Paris deal, even though their objectives were not aligned. The European Commission has presented the agreement as the "first universal, legally binding" climate agreement, calling it "ambitious and balanced". But the US government takes the position that the agreement is voluntary and imposes only reporting obligations - and no sanctions. That these two protagonists can give such different interpretations to the agreement is the result of the linguistic message that was necessary to reconcile their conflicting objectives, but doubtlessly complicated the negotiations*». Véase LEWIS, M., «Obama Claims the Paris Climate Agreement Is Not a Treaty Huh?», *Competitive Enterprise Institute*, de 18 de diciembre de 2015, <https://cei.org/blog/obama-claims-paris-climate-agreement-not-treaty-huh> (consultada el 6 de octubre de 2017).

¹⁵ El art. 2 señala que: «El presente Acuerdo, al mejorar la aplicación de la Convención, incluido el logro de su objetivo, tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza».

cunstances que había hecho que su vigencia fuese cuestionada desde el punto de vista de las posibilidades de la consecución de sus objetivos. El cambio en el mapa mundial del desarrollo ya en el nuevo siglo había llevado a que la responsabilidad del problema del cambio climático ya no estuviera en manos de los países europeos. Estos habían liderado los procesos negociadores durante la década de los noventa y confiaban en revertir el proceso del cambio climático porque eran responsables de un 30 por 100 del problema¹⁶.

Una década más tarde, Estados Unidos y China y las nuevas potencias emergentes son los principales responsables de las emisiones mundiales de CO₂ y los que en última instancia podrían encontrar una solución a este problema mundial, que solo podrá ser revertido si ellos asumen los necesarios compromisos de mitigación, reduciendo sus emisiones. El cambio de responsables supuso inicialmente un cambio de enfoque normativo del problema. Así Estados Unidos, una vez que decidió involucrarse en el proceso de negociación internacional, aportó la fórmula del instrumento no vinculante¹⁷ del Acuerdo de Copenhague adoptado en la 15.ª Conferencia de las Partes de 2009¹⁸. Desde entonces, el Acuerdo de Copenhague se convirtió en el instrumento voluntario de referencia, con el que hubo de conformarse la UE, tras perder el liderazgo mundial de las negociaciones a favor de Estados Unidos¹⁹. La UE que había sido la gran valedora de la fórmula de un instrumento vinculante, desplegaría a partir de entonces una acción diplomática dirigida a la adopción de un nuevo convenio, en la que ha sabido «comprender las preferencias y las políticas domésticas de los terceros Estados»²⁰.

Tras un proceso de negociación dilatado más allá del calendario que se había previsto para la revisión del Protocolo de Kyoto, el carácter vinculante

¹⁶ Véase BRETHERTON, Ch. y VOGLER, J., *The European Union as a Global Actor*, Abingdon, Routledge, 1999; USI-RAUVA, Ch., «The EU Energy and Climate Package: a Showcase for European Environmental Leadership?», *Env. Pol. Gov.*, vol. 20, 2010, pp. 73-88; ZITO, A., «The European Union as an environmental leader in a global environment», *Globalizations*, vol. 2, 2005, pp. 363-375.

¹⁷ Para Daniel Bodanski, el «*real paradigm shift occurred at the 2009 Copenhagen Conference, when states abandoned the Kyoto Protocol's architecture in favor of a more flexible approach*». Véase igualmente DOELLE, M., «The Legacy of the Climate Talks in Copenhagen: Hopenhagen or Brokenhagen?», *Carbon & Climate Law Review*, vol. 4, 2010, p. 86.

¹⁸ El Acuerdo de Copenhague traslada mejor su naturaleza no vinculante en la versión inglesa de su título, «Copenhagen Accord», de 18 de diciembre de 2009. Véase Informe de la COP núm. 15, Decisión 2/CP.15, UN Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1, de 30 de marzo de 2010.

¹⁹ Véase sobre el liderazgo —y su pérdida— por la UE en la lucha contra el cambio climático: VAN SHAIK, L., «The Sustainability of the EU's Model for Climate Diplomacy», en OBERTHÜR, S. y PALLEMAERTS, M., *The New Climate Policies of the European Union: Internal Legislation and Climate Diplomacy*, Bruselas, VUB Press, 2009; OBERTHÜR, S. y ROCHE NELLY, C., «EU Leadership in International Climate Policy: Achievements and Challenges», *The International Spectator*, vol. 43, 2008, núm. 3, pp. 35-50; COSTA, O., «Puestos a liderar. Unidad e influencia de la UE en la política internacional del clima», en BARBÉ IZUEL, E. (coord.), *Cambio mundial y gobernanza global: la interacción entre la Unión Europea y las instituciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 124-141, *id.*, «Después de Kyoto, Beijing: la UE ante las nuevas negociaciones del clima», *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 2014, núm. 108, pp. 23-41; VERDÚ BAEZA, J., «Cambio climático y la Unión Europea: desde el liderazgo al riesgo de la irrelevancia», *RDCE*, vol. 17, 2013, núm. 45, pp. 659-687.

²⁰ Véase TORNEY, D., «Challenges of European Union Climate Diplomacy: The Case of China», *European Foreign Affairs Review*, vol. 19, 2014, pp. 119-134.

del instrumento fue hasta el último momento el objetivo más difícil de alcanzar. Sin embargo, dadas las características de sus disposiciones, su laxitud nos lleva necesariamente a examinar su intensidad normativa. Así cabe distinguir una amplia variedad de normas entre las que no faltan las meras recomendaciones o las obligaciones *de contrahendo* que suponen que los Estados parte a través de sus «contribuciones determinadas a nivel nacional» explicitan su compromiso individual, así como sus planes para la aplicación y cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito doméstico.

Asimismo, el Acuerdo de París otorga un papel importante a los agentes sociales que han de soportar una parte considerable de la carga del cumplimiento cuando en el ámbito doméstico se pongan en marcha los distintos procesos de transición hacia un modelo económico no dependiente de los combustibles fósiles. La relevancia de la acción de estos actores puede ahora revisarse al alza a la vista de las iniciativas que se han puesto en marcha en Estados Unidos por parte de Estados como California o Washington y de ONGs y de empresas norteamericanas que han abierto, en un ejercicio de paradiplomacia sin precedentes²¹, un proceso de negociación con el secretario general de las Naciones Unidas para formalizar su compromiso con el Acuerdo de París, al margen de la decisión de abandonar el acuerdo del Presidente Trump²².

En este estudio, abordaré el Acuerdo de París con un enfoque que valorará su contribución al desarrollo progresivo del Derecho Internacional (DI) general y, en especial, del DI del medio ambiente²³. El Acuerdo de París ejemplifica los rasgos característicos de un régimen sectorial y el triunfo de la flexibilidad en un sector normativo del DI donde los Estados han de trasladar el cumplimiento de las obligaciones asumidas al marco doméstico. Para llevar a cabo esta labor, los Estados exigen flexibilidad para concretar sus compromisos y obligaciones y que se consideren sus circunstancias nacionales a la hora de hacerlo. Con este fin, el Acuerdo de París se ha distanciado de los enfoques previos que habían guiado el desarrollo normativo de la Convención Marco sobre el Cambio Climático: del más rígido encarnado por el Protocolo de Kyoto —con su carga obligacional que solo pesaba sobre los países desarrollados de su Anexo I— y del más *soft* del Acuerdo de Copenhague. Ahora, el Acuerdo de París desarrolla la Convención Marco apoyándose en un cuerpo normativo complejo y heterogéneo que da cabida a disposiciones con distinta intensidad normativa que vincula por igual a países desarrollados y en desarrollo a través de un mecanismo voluntario de compromisos determinados a nivel nacional

²¹ Sobre el concepto de paradiplomacia: véase CORNAGO PRIETO, N., «Paradiplomacy-Protodiplomacy», en MARTEL, G. (ed.), *The Blackwell-Wiley Encyclopedia of Diplomacy*, Londres, Blackwell-Wiley, 2017.

²² Véase la Declaración del Presidente Trump sobre el Acuerdo de París sobre el cambio climático de 1 de junio de 2017, disponible en <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/06/01/statement-president-trump-paris-climate-agreement> (consultada el 6 de octubre de 2017).

²³ Aunque haya autores que han considerado la posibilidad de desligar el cambio climático del Derecho internacional del medio ambiente, debido a que opinan que dada la gravedad del problema debería abordarse desde fórmulas más revolucionarias de las que puede aportar este sector; en este sentido véase CARLARNE, C., «Delinking International Environmental Law & Climate Change», *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, vol. 4, núm. 1, 2014, pp. 1-60.

que, en última instancia, marca la identidad del Acuerdo. Estos compromisos voluntarios constituyen una nueva expresión de la flexibilidad y la diferenciación asimétrica que inspiran la mayoría de los tratados internacionales del medio ambiente, siempre bajo el tamiz de la naturaleza *soft* de las obligaciones que las Partes han aceptado. Lo que no han aceptado, y ello constituye una ominosa elipsis, es la incorporación de normas que articulen el régimen de la responsabilidad internacional, ni tan siquiera en una manifestación *soft*.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO DE PARÍS Y EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Manuel Díez de Velasco ya señaló que «el medio ambiente en tanto que “nuevo” ámbito del DI público, necesita nuevas técnicas jurídicas de formación de normas. Estas deben, por otra parte, ser capaces de tener en cuenta las posibilidades de evolución ya sea de las situaciones dadas ya sea de los conocimientos»²⁴. Por ello el DI del medio ambiente ha impulsado cambios en los procesos de creación de normas que se han manifestado a través de nuevas técnicas de negociación, que, a la postre, han dado lugar a la aparición de cambios en sus normas, de intensidad normativa diversa, de manera que el resultado último se critica por su cercanía al *soft law* y la flexibilidad²⁵, y por la asimetría de las obligaciones de los instrumentos normativos, cuyo ejemplo más significativo fue el Protocolo de Kyoto²⁶. En el caso del Acuerdo de París, pueden identificarse nuevas fórmulas ahora adaptadas a lo que están dispuestos a aceptar los Estados como limitaciones de su soberanía, lo que lleva a proyectar en el futuro el desarrollo normativo de sus compromisos, caracterizados como pactos *de contrahendo* y con un perfil individualizado en razón de las contribuciones determinadas a nivel nacional que han de ser propuestas por ellos.

El Acuerdo de París es, sin duda alguna, un tratado internacional que debe apreciarse desde la óptica de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pero igualmente está profundamente marcado por el *soft law*²⁷ y

²⁴ Díez de Velasco, M., «Réponse au questionnaire», *Annuaire IDI*, vol. 67, 1997, núm. 1, p. 422.

²⁵ Pablo Martín Rodríguez considera que «[s]i la flexibilidad se define como la cualidad de doblarse con facilidad o sin romperse, aplicada a la norma convencional, la flexibilidad parece consistir, pues, en la facultad del tratado de adaptar o de modular los efectos jurídicos que despliega a las necesidades jurídicas o fácticas demandadas por la diversidad o por el cambio de la realidad social regulada». Véase Martín Rodríguez, P., *Flexibilidad y Tratados Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 15.

²⁶ José Juste Ruiz describió la «asimetría convencional» como una «técnica consistente en la diversificación de las obligaciones y derechos de las partes, que deben responder a sus responsabilidades diferenciadas según el respectivo grado de desarrollo económico y científico. Esta técnica, basada en el establecimiento de incentivos para determinados Estados, derogaciones particulares, obligaciones diferenciadas, periodos de gracia, regionalización, etc., ha tenido también su campo de aplicación preferente en la protección del medio ambiente atmosférico»: véase Juste Ruiz, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, McGraw Hill, 1999, p. 60.

²⁷ Sobre el *soft law*, véase Fajardo del Castillo, T., «Soft Law», en *Oxford Bibliographies*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 1-40.

sus formas de manifestar compromisos jurídicos embrionarios o, incluso, simples expectativas normativas que están llamadas a ser objeto de una concreción futura en el seno de la Conferencia de las Partes (COP) del Acuerdo de París con la asistencia del Grupo de Trabajo Especial creado para asistirle en esta función legislativa dinámica. La necesidad de garantizar la consecución del Acuerdo de París ha guiado y justificado estas técnicas normativas.

2.1. El consenso como procedimiento de adopción del Acuerdo de París

Aunque el consenso como resultado que dio lugar al Acuerdo de París se haya quebrado con la manifestación por parte del Presidente Trump de su decisión de abandonar el Acuerdo, ello no puede llevar a olvidar su importancia como procedimiento, que ha tenido una contribución fundamental en la adopción del acuerdo y al que le ha sido concedido un papel muy medido para su desarrollo y reforma, a prueba de deserciones, como la de Estados Unidos.

Entendiendo el consenso como el procedimiento y no como el resultado, se define en tanto que «técnica de negociación y de toma de decisiones caracterizada por la ausencia, a lo largo de todo el proceso, del recurso al voto —aunque pueda haber sondeos informales— así como la ausencia de objeciones fundamentales»²⁸. Como señala Eric Suy, «[o]casional en sus orígenes, el procedimiento del consenso ha llegado a ser hoy práctica corriente en la búsqueda de soluciones para los grandes problemas internacionales, sobre todo —y son muy numerosos— los que dividen el mundo según la distinción ya sea este-oeste [...] ya sea norte-sur [...]. Puede decirse que en un mundo dividido, el consenso es probablemente el único método que permite llegar a acuerdos, aunque ello sea al precio de la precisión y de la claridad de los textos. ¿Pero no se ha dicho que es mejor tener un acuerdo defectuoso que ningún acuerdo?»²⁹. Todo ello se aplica de manera ejemplar a la lucha contra el cambio climático y al Acuerdo de París.

En el Acuerdo de París se ha llevado a cabo un recurso al consenso como medio de adopción de decisiones que ejemplifica lo que significa para el DI del medio ambiente, aunque ello también se haya considerado como una razón de la debilidad de su naturaleza normativa y como una de las razones de las potenciales deficiencias de su aplicación. Considero que en el caso del Acuerdo de París, se ha conseguido un resultado positivo de especial interés por las razones que paso a explicar, a pesar de que no se haya incorporado el consenso como fórmula para la enmienda futura del Acuerdo como se había propuesto durante el proceso de las negociaciones³⁰. De esta manera se

²⁸ SUY, E., «Rôle et signification du consensus dans l'élaboration du droit international», en *VVAA, Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 22-25.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ El Texto de la Negociación incorporó en su propuesta sobre el derecho de voto las siguientes posibilidades: «220 [Votación/Derecho de voto (sobre la base del art. 18 de la Convención):