

IV. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. LA TITULARIDAD DE LAS CONTRAMEDIDAS EN EL CASO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

1. El Relator Especial Giorgio Gaja, en su sexto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, presentado el 1.º de abril de 2008 (Doc. A/CN.4/597), regula las contramedidas adoptadas contra una organización internacional. Aunque la Comisión de Derecho Internacional (CDI) todavía no ha aprobado dichos artículos y se ha limitado a tomar nota de los mismos en su 2989.ª sesión, de 4 de agosto de 2008, parece de acuerdo con que una organización lesionada (o un Estado lesionado) pueda ejercer contramedidas contra otra organización responsable de un ilícito (Informe de la CDI correspondiente al 60.º período de sesiones [5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008]. Doc. A/63/10). Resulta lógico que una organización pueda «mutatis mutandis» adoptar contramedidas cuando el responsable del ilícito sea un Estado. De hecho, el artículo 19 propuesto por el Sr. Gaja en su séptimo informe, de 27 de marzo de 2009 (Doc. A/CN.4/610), excluye la ilicitud de las contramedidas adoptadas por una organización contra un Estado u otra organización. Cabe preguntarse, eso sí, a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de organización lesionada.

Si bien según el derecho internacional tradicional, donde predominaban las relaciones bilaterales, para conocer quién era el sujeto lesionado bastaba con ver quién había sufrido un daño material o moral; en la actualidad, la identificación del sujeto lesionado se ha convertido en una tarea más difícil.

Superada la compleja aproximación al tema que en su momento hizo el Relator Especial Willem Riphagen, el actual artículo 42 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados establece que un Estado es lesionado por la violación de una obligación: bien cuando dicha obligación existe con relación a ese Estado individualmente; o bien, cuando existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado forma parte o de la comunidad internacional de su conjunto, siempre que la violación i) le afecte especialmente o ii) sea de tal índole que modifique radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que exista esa obligación.

Como establece la propia CDI, «la definición del artículo 42 sigue de cerca el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...]», principalmente en la identificación de tres supuestos: que un Estado tenga un derecho individual al cumplimiento de una obligación, que un Estado esté especialmente afectado por la violación de una obligación en la cual es parte; y, por último, que el cumplimiento de la obligación por el Estado responsable sea una condición necesaria para su cumplimiento por todos los demás Estados.

En su 2971.^a sesión, de 4 de junio de 2008, la Comisión ha aprobado provisionalmente la propuesta del Sr. Gaja de reproducir estas tres hipótesis en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Centrándonos en la organización internacional como sujeto lesionado, ésta tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otra organización si la obligación violada existe bien con relación a la primera organización individualmente; o bien con relación a un grupo de Estados u organizaciones internacionales del que la primera organización forma parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, siempre que la violación de la obligación i) afecte especialmente a esa organización o ii) sea de tal índole que modifique radicalmente la situación de todos los demás Estados y organizaciones internacionales con los que exista esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta.

Entiendo que, recurriendo de nuevo a la analogía con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en este caso a la Convención de 1986, que regula el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre éstas, cuyo artículo 60 faculta a una parte en el tratado [Estado u organización internacional] para suspender su aplicación cuando otra de las partes [Estado u organización internacional] ha cometido una violación grave del mismo), dichos supuestos se aplican igualmente cuando una organización internacional pretende invocar la responsabilidad de un Estado, y no de otra organización. En efecto, y como señala el Sr. Gaja, «los criterios para definir si una entidad ha sido lesionada por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado o de una organización internacional no parecen depender del carácter de esa entidad». De hecho, en la práctica, la invocación de responsabilidad por parte de organizaciones concierne principalmente a violaciones cometidas por Estados.

Tras el asesinato en 1948 del Mediador de Naciones Unidas en Palestina (el Conde Bernadotte) por extremistas israelíes, la Asamblea General de Naciones Unidas pidió a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una opinión consultiva para saber si la organización podía presentar una reclamación internacional para obtener la reparación por los daños causados a sus agentes. La Corte, en su célebre dictamen sobre la Reparación de ciertos daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, afirmó la personalidad de las Naciones Unidas y su posibilidad de invocar la responsabilidad de un Estado como entidad lesionada: «[...] La Organización es un sujeto de Derecho internacional, que tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes internacionales y que tiene capacidad para prevalerse de estos derechos por vía de reclamación internacional.»

También la doctrina ha afirmado el derecho de toda organización lesionada por el ilícito de otro sujeto (Estado u organización) a exigir la reparación de los daños causados (*ad ex*. Pérez González, M.: «Les organisations internationales et le droit de la responsabilité», *RGDIP* vol. XCII, 1988, pp. 63-102).

Finalmente, cabe precisar que, aunque se mantiene una cierta polémica al respecto y así lo refleja la CDI en el Informe correspondiente a su 60.º período de sesiones, las medidas adoptadas por una organización internacional de acuerdo con sus reglas contra el Estado miembro responsable de un ilícito constituyen sanciones y no encajarían en la categoría de contramedidas. El ejemplo más relevante es sin duda el de las sanciones del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta.

2. Por otro lado, debemos plantearnos si una organización internacional no lesionada pero habilitada para reclamar por un ilícito podría adoptar contramedidas contra el sujeto responsable del mismo. Ello nos lleva a analizar en primer lugar los supuestos de invocación de responsabilidad por entidades no lesionadas, para después concluir respecto a la posibilidad de recurrir a las contramedidas en dichos casos:

A. La titularidad para ejercer una acción en materia de responsabilidad era, según el derecho internacional clásico, un concepto restrictivo. Habrá que esperar al célebre dictamen de la CIJ en el asunto de la Barcelona Traction para ver claramente reflejada la existencia de un interés de la comunidad internacional en el cumplimiento de determinadas obligaciones. Y

es que, según la Corte «[...] debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones “erga omnes”».

Esta idea, junto con la de la existencia de obligaciones colectivas que se aplican entre un grupo de Estados y se establecen en interés colectivo, se plasma en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Su artículo 48 establece que los Estados que no sean directamente lesionados podrán invocar la responsabilidad del Estado responsable de un ilícito cuando: la obligación violada exista con relación a un grupo de Estados del que forma parte y haya sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o cuando la obligación violada exista con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

A propuesta del Relator Gaja, la Comisión ha reproducido dichas hipótesis en el proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Así, la invocación de responsabilidad de una organización internacional por otra organización no lesionada será posible en los casos en que la obligación violada exista con respecto a un grupo de Estados u organizaciones del que la organización invocante forme parte y haya sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo y también cuando la obligación violada exista con relación a la comunidad internacional en su conjunto y la salvaguardia de los intereses de la comunidad internacional en que se fundamenta la obligación violada forme parte de las funciones de la organización internacional que invoca la responsabilidad.

Entiendo que la invocación de responsabilidad de un Estado por una organización no directamente lesionada por el ilícito también debería ser posible en los supuestos citados. Como señaló el Relator Especial James Crawford al referirse a la violación de obligaciones para la comunidad internacional en su conjunto por parte de Estados, «la comunidad internacional comprende otras entidades, además de los Estados, como por ejemplo las Naciones Unidas, las Comunidades Europeas o el Comité Internacional de la Cruz Roja (...) que pueden invocar la responsabilidad por la violación de dichas obligaciones».

En todo caso, el Relator Especial Gaja insiste en la escasa literatura existente (y lo limitada de la misma a la Unión Europea) respecto a la cuestión de si una organización tendría derecho a invocar responsabilidad en el caso de violación de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto. Y aunque estima que tanto la doctrina como los Estados se muestran favorables a dicha opción, limita la misma a aquellas organizaciones con mandato para proteger los intereses generales de la comunidad internacional. La Comisión precisa, sin embargo, que no será necesario un mandato específico al respecto, siendo suficiente con que la salvaguardia de los intereses de la comunidad forme parte de las funciones de la organización, que vendrán determinadas por sus propias reglas.

B. La posibilidad de que sujetos no lesionados puedan adoptar contramedidas contra el responsable de un ilícito fue aceptada en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados adoptado provisionalmente en segunda lectura en agosto de 2000. No obstante, y debido a la hostilidad de algunos miembros de la Comisión y de varios Gobiernos a dicha disposición, el proyecto de artículos finalmente adoptado en 2001 evita pronunciarse al respecto y se limita a recoger en su artículo 54 la siguiente cláusula de salvaguardia: «este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado de los beneficiarios de la obligación violada». La Comisión estima que no resultaría pertinente regular las contramedidas de Estados distintos a los lesionados puesto que la práctica en la materia es escasa y

existe gran incertidumbre en el estado del derecho internacional sobre las contramedidas adoptadas en interés general.

Un sector doctrinal ha criticado esta decisión final de la Comisión, como por ejemplo C. GUTIÉRREZ ESPADA, autor que considera pese a todo que, a través del artículo 41 del Proyecto de la responsabilidad de los Estados, podría defenderse la existencia del deber de cooperar de todos los Estados ante la violación grave de una norma imperativa, admitiéndose así de forma indirecta e implícita las contramedidas de terceros ante hechos ilícitos de tal gravedad (*La responsabilidad internacional. Las consecuencias del hecho ilícito*, Murcia, Diego Marín Librero-Editor, 2005). El Instituto de Derecho Internacional parece coincidir con esta idea, al afirmar en el artículo 5 de su Resolución de 27 de agosto de 2005 sobre las obligaciones «erga omnes» en Derecho internacional, la facultad de todos los Estados de adoptar contramedidas contra el sujeto responsable de la violación grave de obligaciones de esa naturaleza (texto accesible en http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_01_en.pdf).

Respecto a las contramedidas adoptadas por organizaciones internacionales no lesionadas, el Relator Especial Gaja señala que en la práctica hay diversos ejemplos de medidas tomadas contra un Estado responsable, principalmente en el ámbito de la Unión Europea. Lo ejemplifica con la prohibición por parte del Consejo de la Unión Europea de venta, suministro y exportación a Birmania/Myanmar de equipo que pudiera utilizarse para la represión interna del terrorismo; como respuesta a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en Birmania. No obstante, no encuentra ejemplos de contramedidas adoptadas por una organización no lesionada contra otra organización internacional. Aunque no descarta dicha posibilidad, opta finalmente por una cláusula de salvaguardia que reproduce la del artículo 54 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

La doctrina, en general, consideró ya en su momento que las organizaciones internacionales tienen derecho a responder ante la violación de una obligación «erga omnes» (véase por todos Klein, P.: *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit de gens*, Bruxelles, Editions Bruylant, 1998).

Podríamos concluir, haciendo una interpretación extensiva de la resolución del Instituto de Derecho Internacional anteriormente citada, que las organizaciones internacionales no directamente lesionadas podrán adoptar contramedidas como respuesta a una violación grave de una obligación «erga omnes». De hecho, en dichos supuestos, parece preferible una reacción institucionalizada, frente a contramedidas unilaterales. Eso sí, con base en el artículo 52.3 del proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado provisionalmente por la CDI, considero que la salvaguardia de los intereses en que se fundamenta la obligación violada debe formar parte de las funciones de la organización que pretenda tomar la contramedida (*contra Ehlermann, C.D.*: «Communautés européennes et sanctions internationales— une réponse à J. Verhoeven», *RBDI* vol. XVIII [1984-1985], núm. 1, pp. 96-112).

Cabe también preguntarse si una organización podría adoptar contramedidas cuando ha sido violado el derecho de un Estado miembro. La práctica es demasiado pobre para que pueda darse una respuesta categórica y la doctrina se ha pronunciado al respecto de forma contradictoria (*ad ex.*: J. Verhoeven, «Communautés européennes et sanctions internationales», *RBDI* vol. XVIII [1984-1985], núm. 1, pp. 79-95 *versus* Ehlermann, C.D. cit.).

El Relator Gaja establece [y así lo refleja en su propuesta de artículo 57.2] que las organizaciones de integración económica regional a las que sus miembros han transferido competencias exclusivas en determinadas materias pueden tomar en su representación contramedidas relativas a esas materias. No obstante, el Grupo de Trabajo, presidido por Enrique Candioti, que la CDI estableció en su 2964.^a sesión para que considerara la cuestión de las contramedidas, recomendó que el proyecto de artículos no tratara de la posibilidad de que una organización de integración económica regional tomase contramedidas en nombre de uno de sus miembros lesionados. Así, el texto aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción el 16 de

julio de 2008 omite dicha precisión y se limita a reproducir en el artículo 60 la cláusula de salvaguardia prevista respecto a las organizaciones internacionales no directamente lesionadas (Título y texto de los artículos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción los días 21, 22, 28, 29 y 30 de mayo de 2008, y el día 16 de julio de 2008, A/CN.4/L.725, de 31 de julio de 2008 y A/CN.4/L.725/Add.1, de 31 de julio de 2008).

3. Si el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados ha servido para dar celeridad al relativo a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, también ha permitido que algunas de sus deficiencias lleguen con él. En concreto, lamentamos la no regulación de las contramedidas por parte de sujetos no lesionados pero habilitados para reclamar. Dada la relevancia cada vez mayor que las organizaciones internacionales desempeñan en la sociedad actual, su posición resulta privilegiada a la hora de exigir al responsable de una violación «erga omnes» que cumpla sus obligaciones de responsabilidad. Parece, por tanto, preferible en dichos supuestos una reacción institucionalizada, frente a las medidas unilaterales estatales.

En base a la Resolución sobre las obligaciones «erga omnes» del Instituto de Derecho Internacional, entendemos que las organizaciones internacionales sí podrán adoptar contramedidas ante las violaciones graves de dichas obligaciones. Y esta facultad se transformaría en un deber si consideramos que a ellas se está refiriendo el artículo 45 del proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, que exige la cooperación para poner fin a una violación grave de una norma imperativa. Eso sí, las organizaciones vendrán condicionadas por sus propias reglas, que limitarán sus facultades.

Virginia GALLO COBIÁN

2. KOSOVO: A CASA, MISIÓN CUMPLIDA

El 19 de marzo de 2009 la Ministra española de Defensa, Carme Chacón, anunciaba durante una visita al contingente español desplazado en la base de Istok (provincia de Kosovo, Serbia) la retirada de las tropas españolas. «Misión cumplida, es hora de volver a casa», afirmaba. La decisión provocó no poco revuelo mediático y puso en jaque algunas de las relaciones que a nivel diplomático mantiene nuestro país, sobre todo con nuestros socios en la OTAN pero, ¿cuáles son argumentos de fondo que justifican la retirada española después de diez años con presencia en la zona? Las líneas que siguen tiene como fin prioritario aclarar estas interrogantes, aunque antes de entrar de lleno a en esta misión la lógica impone remontarnos a los orígenes y recordar el porqué de la presencia española en Kosovo.

El contingente español desplazado en Kosovo encuentra su justificación es la resolución 1244 (1999) de 10 de junio, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que entre otras cuestiones a las que luego haremos referencia, contemplaba (párr. 5) el despliegue, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, de dos fuerzas internacionales, una civil y otra de seguridad, para desarrollar entre otras las acciones (párr. 9) de vigilancia del cese el fuego y de retirada de las fuerzas militares y policiales serbias, la desmilitarización de ELK (Ejército de Liberación Nacional), el establecimiento de un entorno seguro que permitiera el regreso de los refugiados y desplazados, el mantenimiento del orden y la seguridad pública o la remoción de minas. Kosovo pasaba así a ser administrado de manera provisional por la UNMIK (Misión de la Administración provisional de las Naciones Unidas en Kosovo), que asumía la representación del territorio con el objetivo principal de preparar la celebración de elecciones y su posterior autonomía. La resolución también autorizaba la presencia en la zona de la KFOR, el grupo

de seguridad de la OTAN que inspeccionaría la retirada de las fuerzas yugoslavas, la desmilitarización y el mantenimiento del orden en la región hasta que se estableciera una fuerza policial y una administración civil locales.

Las raíces remotas de esta peculiar situación se remontan, como bien sabrá el lector, pues extensas han sido las páginas que doctrina e incluso jurisprudencia han dedicado a la cuestión, a marzo de 1999, fecha en que la OTAN iniciaba el bombardeo sobre territorio de Kosovo (sobre el tema hasta llegar a la actual situación, Bermejo García, R. y Gutiérrez Espada, C.: «La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación», Real Instituto Elcano *DT* núm. 7, 2008; y Gutiérrez Espada y Bermejo García, «Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones», *DT* núm. 41/2008).

El primer contingente español pisó Kosovo en 1999. Actualmente (en los días en que esto se escribe, allí continúa, aunque por poco tiempo) y desde el 15 de mayo de 2007 se encuentra incluido en la Agrupación Oeste, bajo mando italiano. Los 632 militares de Base España (<http://www.nato.int/kfor/>), en la localidad de Istok (noroeste de Kosovo) están integrados en la KFOR y se han ocupado estos años, según información del Ministerio de Defensa (www.mde.es), de acondicionar carreteras, reparar líneas eléctricas, establecer canalizaciones de agua y reformar colegios. Diez españoles han perdido su vida en tierra kosovar.

La independencia de Montenegro en 2006 alentó los deseos independentistas kosovares, al tiempo que en los círculos internacionales iba calando la idea de que debía darse alguna solución a la situación de *impasse* que al amparo de la resolución 1244 vivía la región. El Enviado Especial de Naciones Unidas para Kosovo (nombrado en noviembre de 2005), Martti Ahtisaari, envió al Consejo de Seguridad el 26 de marzo de 2007 un controvertido Informe conteniendo la *Propuesta Integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo*, en la que se indicaba la conveniencia de que Serbia renunciara a esa región proponiendo en consecuencia su existencia separada con el argumento de que la realidad social del país y la presión popular no permitiría otra cosa. El 17 de febrero de 2008 la Asamblea de Kosovo declaraba de manera unilateral su independencia y el 15 de junio de ese año el proceso se consolidaba con la entrada en vigor de la Constitución de la República de Kosovo (<http://www.kushtetutakosoves.info/?cid=2,1>), que reconocía su soberanía (art. 2), su capacidad para concluir tratados internacionales y participar en organizaciones internacionales (art. 17) y contemplaba el establecimiento de misiones diplomáticas y consulares (art. 84.1, 84.7 y 84.24).

Kosovo se vestía así con los ropajes que a todo Estado por derecho pertenece. Sin embargo, la declaración de independencia cuestionaba la vigencia de la resolución 1244 y de las tropas internacionales allí desplegadas: si éstas debían encargarse de estabilizar y asegurar el orden en la provincia hasta que se decidiera su *status* definitivo (que, como señalaremos, no se contempló que fuera más allá de la mera autonomía), la decisión de la Asamblea kosovar de considerar a Kosovo como un Estado y la aceptación que tuvo entre algunos miembros de peso de la sociedad internacional, impedía seguir justificando su permanencia.

Y sin embargo, las tropas allí seguían (siguen, de hecho), sin que la resolución 1244 haya sido revocada. Es más, parecía que aún había espacio y tareas para otras presencias internacionales, pues en febrero de 2008 (un solo día antes de la declaración de independencia) se autorizó la EULEX (Misión de la UE y el Estado de Derecho en Kosovo, Acción común 2008/124/PESC del Consejo, DO L 42, de 16 de febrero de 2008, p. 92), que se desplegó en diciembre de 2008, con retraso sobre la fecha prevista ante las reticencias rusas y serbias de aceptarla hasta que no se produjera un traspaso formal de Naciones Unidas a la UE, que debería formalizarse en un acuerdo del Consejo de Seguridad que no llegaba. La EULEX sustituiría finalmente a la ONU en algunas de sus prerrogativas (sobre los vetucetos del cambio de estructura de la misión que el Secretario General se vio obligado a adoptar ante el bloqueo del Consejo de Seguridad pueden consultarse los diferentes informes que presentó al Consejo de Seguridad en

esas fechas) y funcionaría bajo la autoridad de Naciones Unidas, encargándose a día de hoy de las áreas de justicia, policía, aduana y fronteras, con el compromiso, ante las presiones serbias, de mantener la más absoluta imparcialidad en la zona.

España se negó desde el primer momento a reconocer la independencia de Kosovo. Lo más congruente con esta negativa y lo más respetuoso con la letra de la resolución 1244 era, pues, la salida de las tropas españolas y, de hecho, desde que la postura española quedó clara voces a nivel interno comenzaron a cuestionar la presencia española en la zona. La precipitada y polémica retirada de España tiene una doble lectura, la jurídica, según la cual España obró adecuadamente, pues legítimas y correctas con el Derecho Internacional fueron las razones que justificaron su conducta, y la política, conforme a la cual la manera de llevar a cabo esa retirada nos colocó en una situación comprometida a nivel diplomático. A las dos haremos referencia, aunque dedicaremos a la primera mayor atención.

1. Respecto de la lectura jurídica, son varias las razones aducidas por el Gobierno español para justificar su retirada:

a) *La independencia de Kosovo es contraria al Derecho Internacional.* La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas afirmaba el respeto la integridad territorial serbia (la provincia de Kosovo y Metohija incluida, por tanto) y sólo contemplaba de la posibilidad de conceder a la primera autonomía (vid. su párrafo 10, tras el preámbulo, en el que se recordaba la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia). Autonomía, pues, sustancial, sí, pero autonomía al fin y al cabo, reafirmada además en el siguiente párrafo (el 11).

Y por si alguna duda queda en el lector, el Anexo 1 a la resolución, que incluye la Declaración formulada por el Presidente al concluir la reunión de Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo de los Ocho (6 de mayo de 1999) y en la que se contienen los principios para una solución pacífica en Kosovo, afirma: «*Un proceso político encaminado al establecimiento de un acuerdo sobre un marco político provisional que prevea un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo plenamente en cuenta los acuerdos de Rambouillet y los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y los demás países de la región, y la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo*» (*cursiva añadida*)

Y aún podríamos seguir reproduciendo textos (vid. en el anexo 2, que contempla los puntos sobre los que se deberá llegar a un acuerdo para solucionar la crisis, sus puntos 5 y 8).

La autonomía era, por tanto, la única opción que se barajó para Kosovo y no fue esta resolución el único documento en el que se reflejó tal compromiso, pues ya con carácter previo la Comisión Badinter (1991) había abogado expresamente por respetar los límites de la ex – Yugoslavia. Cualquier acuerdo, se afirmó, sobre los Balcanes debe respetar las fronteras pre-existentes a la República Federativa de Yugoslavia. No quiero con esto afirmar categóricamente que Kosovo (u otras regiones o pueblos) no tengan derecho a la libre determinación. El Derecho Internacional, sabido es, no niega a los pueblos no coloniales el derecho a la libre determinación, pero sí le confiere un contenido sustancialmente diferente: si para los pueblos coloniales el derecho se identifica con *independencia*, para los no coloniales consiste en el derecho a no ser perseguidos o discriminados en forma alguna por el Gobierno por razones de raza, religión, lengua o costumbres; es decir, a que el Gobierno del Estado en el que se asientan represente a la totalidad de los pueblos que en él habitan, sin discriminación alguna entre ellos. La secesión, por tanto, sería una opción viable si un pueblo está sometido por el Gobierno a una persecución o discriminación sistemática, es marginado en relación a otros o se atenta, por ejemplo, contra su identidad o contra los derechos humanos fundamentales de quienes lo integran.

¿Es Kosovo uno de estos supuestos? La persecución sistemática a la que fue sometida la población albanos-kosovar por el Gobierno serbio se aproxima en gran medida a la excepción

admitida para el principio de integridad territorial de los Estados. Lo creí así en su momento («Montenegro: bienvenido, Estado número 192», *REDI* vol. LVIII, 2006, 2, pp. 1057-1065, p. 1062), pero al parecer me equivoqué. Eran otros tiempos: la bomba de relojería que el Informe Ahtisaari supuso no había estallado y, por tanto, la situación no había dado aún el giro inesperado que luego tendría lugar. Si en un principio hubo razones para considerar que Kosovo podría ajustarse a los cánones fijados para conceder la libre determinación a los pueblos no coloniales (Serbia le arrebató los derechos que la Yugoslavia del mariscal Tito le había concedido e inició además un proceso cuyo desenlace, a juicio de muchos, podría llegar al genocidio), la verdad es que transcurridos diez años en los que esta se ha aplicado en dejar atrás el pasado y reconvertirse en un Estado democrático, respetuoso con los derechos humanos y con espacio para las minorías, parece que el punto de partida debiera ser bien diferente. Con todo, una independencia legítima bajo el punto de vista del Derecho Internacional hubiera sido posible sólo de haberse pactado expresamente con Serbia. Sin embargo, esta no ha renunciado a día de hoy a su soberanía sobre el territorio: su Constitución nunca reconoció esta posibilidad a Kosovo ni hubo consenso alguno, a diferencia de lo previsto para Montenegro, cuya posible independencia sí se contemplaba en un Acuerdo suscrito en 2002 y en la propia Constitución de la entonces Serbia-Montenegro de 2003 (art. 60). No ha habido, para más *inri*, referéndum alguno en Kosovo para decidir esta independencia, como lo hubo el 21 de mayo de 2006 en Montenegro.

En definitiva, nunca ha existido acuerdo alguno entre Serbia y su provincia respecto de qué estatuto dar a la zona y mucho menos sobre su posible independencia. De hecho, los diez diputados serbios que componían la Asamblea de Kosovo no asistieron a la sesión en la que 109 diputados dieron su visto bueno a la Declaración de independencia para expresar formalmente sus protestas y el Parlamento serbio precedió a anular la independencia kosovar el mismo día en que se declaró, afirmando su Primer Ministro Vojislav Kostunica que «Serbia no reconocerá nunca el Estado falso de Kosovo en su territorio» (prensa de 18 de febrero de 2008). La secesión fue calificada por el Presidente serbio como impuesta y unilateral, sin efecto jurídico alguno (Informe del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, doc. S/2008/211, 28 de marzo de 2008).

b) *España no reconoce la independencia de Kosovo, luego no es lógico seguir allí cuando la función que se nos encomendó era controlar una situación de mera autonomía.* Aunque, como sabemos, la resolución 1244 contemplaba sólo una autonomía sustancial para Kosovo, sus líderes empezaron a poner sobre la mesa la cuestión de la independencia cada vez de manera más insistente y la presión diplomática que ejercieron dio sus frutos. El espaldarazo definitivo lo constituyó, como sabemos, el Informe Ahtisaari (2007). De hecho la declaración kosovar hace expresa referencia al Informe: «Esta declaración refleja la voluntad de nuestro pueblo y es plenamente acorde con las recomendaciones del enviado especial de las Naciones Unidas, Martti Ahtisaari, y con su propuesta general de establecimiento del estatuto de Kosovo».

El plan que incluía el Informe Ahtisaari y que sirvió como argumento principal para la declaración de independencia, no ha sido respaldado por el Consejo de Seguridad, lo que no permite reconocerle obligatoriedad y refleja la división de los Estados al respecto: seis miembros se mostraron a favor (Bélgica, Italia, Reino Unido, Costa Rica, Estados Unidos y Francia, doc. S/PV.5839, 18 de febrero de 2008), seis se manifestaron en contra (Rusia, China, Indonesia, Vietnam, Sudáfrica y Panamá) y tres callaron (Jamahiriya Árabe Libia, Burkina Faso y Croacia).

Más allá de la legalidad o no de la independencia bajo el Derecho Internacional, en los días en que estas líneas se escriben 60 Estados han reconocido a Kosovo (la información se mantiene al día en la página <http://www.kosovothanksyou>), entre los que figuran nombres del peso de Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Australia, Alemania, Italia, Bélgica, Canadá o Japón. En lo que respecta a nuestro socios europeos, tampoco ellos han escapado de la división que el anuncio kosovar supuso. El Consejo de la UE, consciente de lo espinoso de la situación,

optaba el 18 de febrero de 2008 por dejar libertad a cada Estado miembro para que actuara según creyera conveniente. España es uno de los pocos países de la UE (junto a Chipre, Eslovaquia, Grecia y Rumania) que no reconoce a Kosovo, convirtiéndose así este asunto en uno más que añadir a la larga lista reveladora de la desunión Europa en materia de política exterior común. Mientras tanto, la UE apoya financieramente, a través de la EULEX fundamentalmente la mejora del sistema institucional de Kosovo con lo que todos contribuimos, aceptemos o no la independencia, a que esta se perfeccione.

Si la lista de reconocimientos aumentara considerablemente respecto de su techo actual, ¿habría que claudicar y admitir que Kosovo se ha convertido, transcurrido un año desde su independencia, en un Estado con todas las de la ley? De los criterios tradicionales para determinar su existencia como tal, algunos reúne: territorio (10.887 km², según *The World Factbook* de la CIA) y población (apenas 1.800.000); aunque más dudoso es que pueda hablarse de un Gobierno efectivo y realmente independiente (la UNMIK ejerce aún competencias significativas en nombre de Kosovo). Como el contar con los citados elementos no garantiza plenamente la condición de Estado en el terreno práctico, el reconocimiento de Kosovo ha de considerarse como la auténtica prueba de fuego. Si llega a ser un Estado independiente con todos los privilegios que supone, la lectura final de la situación será que la balanza se ha inclinado definitivamente del lado de considerar el reconocimiento de Estados como una realidad que depende de la discrecionalidad política y no como una situación que debe ajustarse, conforme al Derecho Internacional, a unas reglas y condiciones preestablecidas. Y si un considerable número de Estado (aún más) con cierto peso en la esfera internacional respalda esta situación, nos plazca más o menos, sea ajustado o no a Derecho, Kosovo operará en las relaciones internacionales como un miembro más del club que es, a fin de cuentas, lo que a todo Estado interesa. De hecho, la maquinaria ya se ha puesto en marcha: se ha provisto de una Constitución, ha nombrado representantes diplomáticos en, de momento, diez países, es miembro de tres organizaciones internacionales (el Fondo Monetario Internacional, la Confederación Sindical Internacional y la Federación Sindical Mundial; dos de ellas de poca relevancia, sí, pero organizaciones internacionales al fin y al cabo) y ha solicitado el ingreso en el Banco Mundial. Es más, según rezaba el último Informe del Secretario General sobre la UNMIK, cada vez son más los serbocosovares que se resignan a la idea y comienzan a claudicar, solicitando tarjetas de identidad, permisos de conducir y demás documentos que facilitan, al fin y al cabo, su vida diaria. Voces hay ya en nuestro propio seno que no verían con malos ojos un cambio de política por parte de nuestro Gobierno en este asunto (como el candidato por el PSOE al Parlamento Europeo, Sr. López Aguilar, según recogía la agencia EFE el 13 de mayo de 2009). Pese a todo, no lo tiene fácil, sobre todo si se mira en el espejo de otros pueblos: la ansiada independencia (que el Derecho Internacional, por cierto, avala) no llega, por ejemplo, a la República Árabe Saharaui Democrática, pese a que bastantes más de 60 Estados la reconocieran como tal y a que fuese aceptada como miembro de la por entonces llamada Organización de la Unidad Africana (OUA), hoy Unión Africana.

La última palabra, pese a todo, no se ha dicho aún en Kosovo: el 8 de octubre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaba la resolución 63/3 solicitando al TIJ una opinión consultiva acerca de legalidad, de acuerdo con el Derecho Internacional, de la declaración unilateral de independencia de las Instituciones Provisionales del autogobierno de Kosovo. Treinta y un Estados, entre los que figura el nuestro, habían formulado declaraciones escritas una vez expirado el plazo para ello (17 de abril de 2009). Mucho será (o eso espero y quizás haga mal en hacerlo) lo que revele la decisión del Tribunal de La Haya al respecto y quizás sólo entonces España cuente con un argumento más para apoyar su decisión. Al menos, siempre y cuando el resultado final sea lo suficientemente claro y no un reflejo de una eventual profunda división entre sus jueces, lo que alargaría aún más las dudas acerca del *status* de Kosovo y, en general, de cuestiones claves acerca del reconocimiento de Estados. Otros interrogantes que le

fueron formulados en el pasado han sido respondidos por la Corte con un dictamen controvertido (Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados en 2004, Legalidad sobre la amenaza o el empleo de armas nucleares en 1996, por citar los más recientes) que poca claridad han aportado.

c) *La declaración unilateral de independencia crea un peligroso precedente*, no tanto puertas adentro (que también) cuanto con referencia a regiones más cercanas a los Balcanes donde el independentismo ha prendido una peligrosa mecha en los últimos tiempos. Siguiendo la estela kosovar, Abjasia y Osetia del Sur declaraban el 21 de agosto de 2008 su independencia respecto de Georgia. Aunque la escasa acogida (Rusia, por razones claramente partidistas, Nicaragua, Bielorrusia y Venezuela han reconocido hasta la fecha) calma los peores presagios, la declaración de estas dos nuevas repúblicas confirma lo que ya se intuía: Kosovo ha sido la primera ficha en caer, pero no sabemos si será la última Y eso, pese a que se ha insistido hasta la saciedad de que se trataba de un caso *sui generis*, que no podría trasladarse a ningún otro, como el Informe Ahtisaari recogió en su Preámbulo, afirmaron las Conclusiones del Consejo sobre Relaciones Exteriores de la Unión Europea de 18 de febrero de 2008 y el párrafo 10 de la Declaración de independencia kosovar declara de manera expresa. La cuestión es, ¿tendrán esto en mente quienes tomen a Kosovo de modelo? ¿Quién cerrará esta caja de Pandora que algunos se han empeñado en abrir? Al permitir la independencia kosovar hemos lanzado el mensaje de que si un pueblo consigue crear una situación de presión suficiente en el Estado que lo alberga y hacerla perdurar el tiempo necesario, es probable que al menos parte de la comunidad internacional oiga sus plegarias.

2. En lo que se refiere a la segunda lectura de la retirada que nos comprometimos a llevar a cabo (la política), lo cierto es que la decisión estuvo rodeada a nivel interno de gran polémica. Si el Derecho Internacional no apoya la independencia kosovar y España no la reconoce, la retirada española sólo puede calificarse de congruente y acertada. Esa es la opinión, por si sirve de consuelo, de un 71% de los españoles, que valoran positivamente el anuncio (según se publicó en el Eurobarómetro del Real Instituto Elcano el 24 de abril de 2009).

En definitiva, la retirada de Kosovo ha sido respetuosa con el Derecho Internacional en general y con la postura de nuestro país respecto de su unilateralmente declarada independencia. Haber continuado hubiera sido prolongar una situación difícilmente calificable desde el punto de vista jurídico y permitir que «de facto» se consolidara una situación que «de iure» no es aceptable. Dicho esto, también es de recibo reconocer que las maneras, tan importantes en un ordenamiento jurídico peculiar como es el Derecho Internacional y en un ámbito, las relaciones internacionales, en las que los formalismos imperan, no han sido las más adecuadas y los medios de comunicación dieron sobrada cuenta al respecto en los días que siguieron al anuncio conforme salían a la luz los detalles del proceso. La orden de retirada *inmediata* hubo de corregirse, pasando a hablarse de repliegue «gradual y ordenado» según palabras de la titular de Defensa (prensa de 22 y 23 de marzo de 2009). Las razones de la premura en el anuncio pueden tener origen (publicaban los Medios) en la posibilidad de que en la cumbre de la OTAN celebrada los días 3 y 4 de abril se acordaran nuevas misiones para la KFOR que España no estaba dispuesta a asumir. De hecho, nuestro país ya no participaba en las últimas que se fijaron como fin la formación de la Fuerza de Seguridad de Kosovo y la construcción de un organismo equiparable a un Ministerio de Defensa, por considerar que se trataba de funciones que apoyaban la construcción un Estado independiente.

Al margen de las disputas entre la clase política, la retirada española supuso un revuelo considerable en los círculos diplomáticos (las idas y venidas a Washington del secretario general de la Presidencia, Bernardino León, para intentar suavizar la tensión creada, son acaso el más claro ejemplo) e impidió además una tranquila retirada a Jaap Hoop Scheffer, a punto de dejar su cargo como secretario General de la OTAN (en la cumbre de 3 y 4 de abril de 2009

se nombró como sucesor al danés Anders Fogh Rasmussen). Y si la decisión causó «profundo malestar» entre algunos de nuestros socios europeos (Alemania e Italia así lo expresaron), fue decepción lo que Estados Unidos, y en su nombre el portavoz del Departamento de Estado, Robert Wood, expresó ante la decisión (*El Mundo*, 20 de marzo de 2009) de la que, por cierto, había sido informado escasos momentos antes de que fuera hecha pública, oscureciendo así (esperemos que temporalmente) el feliz horizonte que en teoría se atisbaba para las relaciones España-Estados Unidos con la llegada de Barack Obama a la Casa Blanca.

La crítica más generalizada hacia la decisión española fue su carácter unilateral, inusual en operaciones de este tipo en las que los Estados, aunque como soberanos que son tienen todo el derecho a decidir qué hacer con sus tropas fuera del territorio nacional, suelen ajustarse a la pauta de hacerlo de manera consensuada (incluso Javier Solana señalaba que lo conveniente hubiera sido tomar decisiones colectivamente en el marco de las instituciones oportunas, *El Mundo*, 20 de marzo de 2009), sobre todo en el marco OTAN en el que resulta fundamental la consulta entre países aliados antes de tomar una decisión que pueda afectar al resto (si *entramos juntos, salimos juntos*).

A nivel interno se ha abierto un interesante debate que, por su relación con el Derecho Internacional, merece la pena reseñar aquí. El primer gobierno socialista bajo la presidencia de José Luis Rodríguez Zapatero se comprometió a exigir una autorización del Congreso cuando hubiera de enviarse tropas a misiones en el extranjero (¿cómo no hacerlo tras las polémica sobre la presencia española en Irak!) y la Ley Orgánica 5/2005 de 17 de noviembre de Defensa Nacional (art. 17) se encargó de cumplir el compromiso. La lógica parece aconsejar que si la autorización es necesaria para el despliegue, también lo será para el repliegue, pero lo cierto es que la citada ley no lo contempla y, por tanto, no ha sido este formalismo cumplido en el caso de Kosovo (prensa de 25 de marzo de 2009), pero las críticas que la omisión suscitó seguramente forzará al Gobierno a actuar de manera diferente (o, al menos, clarificar qué procedimiento seguir) en supuestos futuros repliegues de misiones y en la lista de reformas legislativas pendientes ya debe haberse hecho un hueco a la Ley de 2005.

Quizás haya que esperar (y acaso la opinión de la Corte se convierta en el punto de partida) a ver qué decide el todavía considerable grupo de Estados que «no sabe no contesta» respecto de la Declaración de independencia y que fueron, de hecho, los que votaron en la Asamblea General por que fuera el Tribunal quien dilucidara la cuestión.

Qué consecuencias tendrá para España a nivel internacional será algo aún por ver. Es de esperar que ninguna, pero mentes maliciosas, amparadas quizás en la cercanía de las fechas, ya han creído ver una respuesta a nuestra retirada en la firma entre Estados Unidos y Gibraltar el 31 de marzo (*ABC*, 4 de mayo de 2009) de un acuerdo de intercambio de información en materia fiscal materializado ante la sola presencia de la bandera estadounidense y la gibraltareña. España, de momento, ya ha tramitado la protesta formal oportuna.

Mientras tanto, la UNMIK, la KFOR y la EULEX continúan en territorio de Kosovo, pese a que este ya ha comenzado a declarar (con mayor insistencia en los últimos meses) que la continuación, sobre todo de la primera, es un obstáculo a su soberanía y le impide desplegar sus capacidades como Estado y que la resolución 1244 (1999) ya no es pertinente. El Consejo de Seguridad, a quien correspondería la decisión de darla por terminada, prefiere callar, seguramente como otros a la espera de la opinión consultiva del TIJ. La más perjudicada en la reconfiguración del mapa balcánico ha sido, qué duda cabe, Serbia, que ha pagado caro sus errores del pasado y, lo que es más que injusto, deberá seguir haciéndolo al parecer y a un precio mayor después de haberse reintegrado en el club de los Estados que se rigen por el principio democrático, el del Estado de Derecho y la salvaguardia de los derechos y libertades del ser humano.

3. LA DOBLE DECLARACIÓN DE LUGARES DE INTERÉS COMUNITARIO (LIC) Y LA SUPERPOSICIÓN DE ZONAS MARINAS PROTEGIDAS EN AGUAS DE GIBRALTAR ¿UNA NUEVA CONTROVERSIAS?

Los problemas medioambientales se han venido últimamente incrustando en las controversias relativas a Gibraltar, agudizando las tensiones entre los agentes implicados, y dificultando el proceso de normalización canalizado desde 2004 mediante el Foro de Diálogo sobre Gibraltar. La secuencia de graves accidentes marítimos en torno a la Roca ha suscitado la necesidad de proteger un entorno marino que es extraordinariamente valioso. No obstante, las partes implicadas no sólo no han sido capaces de poner en marcha un marco coordinado y adecuado de protección, sino que al superponer las zonas de protección medioambiental en el ámbito marino utilizando instrumentos comunitarios han podido abrir un nuevo escenario de controversia. Efectivamente la designación por parte de la Comisión Europea de dos Lugares de Interés Comunitarios (LIC) en 2006 y 2008, el primero a propuesta del Reino Unido, el segundo a propuesta de España –solapándose el primero sobre el segundo, abarcando los espacios marinos en torno a Gibraltar–, añade nuevos niveles de conflicto en torno a la delimitación de competencias en materia de protección ambiental de estas aguas sobre las que se viene proyectando tradicionalmente diversas manifestaciones de las controversias sobre Gibraltar.

Indudablemente la razón última de la presente situación es la falta de un acuerdo relativo a la delimitación de espacios marinos en la Bahía de Algeciras entre el Reino Unido y España y los criterios de interpretación discordantes de los términos de cesión territorial comprendidos en el artículo décimo del Tratado de Utrecht que tiene como consecuencia una falta total de coordinación en la vigilancia y control de las actividades marítimas que se realizan en la Bahía de Algeciras.

Es bien conocido que España ha mantenido tradicionalmente que la interpretación literal del Tratado de Utrecht implica que no se reconoce la cesión de espacios marinos al Reino Unido (principio de «la costa seca»). Mientras que, por el contrario, el Reino Unido defiende que la posición española es incompatible con el vigente Derecho Internacional del Mar en cuanto que en virtud del principio «la tierra domina el mar» la cesión de un territorio implica necesariamente la proyección de soberanía sobre los espacios marinos adyacentes. Dicho en otras palabras, no es necesaria la inclusión específica de espacios marinos en un título jurídico de cesión de territorios.

En cualquier caso, lo cierto es que en la actualidad no existe, ni ha existido, por parte española ningún ejercicio de competencias soberanas en las aguas circundantes a Gibraltar y que reclama como suyas, produciéndose en consecuencia una clara contradicción entre teoría y práctica. La falta de actuación por parte española con motivo de los accidentes marítimos en aguas próximas al Peñón es manifiestamente clara en este sentido, especialmente la ostensible inhibición con motivo de la colisión entre los buques *New Flame* con el petrolero *Torn Gertrud* el 12 de agosto de 2007 a resultas del cual el *New Flame* quedó encallado al sur de Punta Europa, creando una situación de un evidente complejidad ambiental, es un claro paradigma de la ausencia de ejercicio de competencias en aguas gibraltareñas.

En la práctica existen dos zonas bien diferenciadas en aguas de la Bahía de Algeciras/Gibraltar. Una de ellas, básicamente la mitad oriental dentro de la Bahía, queda «de facto» bajo el control gibraltareño mientras que la mitad occidental es administrada y controlada por las autoridades españolas. Uno de los grandes problemas derivados de esta situación es la realización de prácticas de enorme riesgo ambiental en el «sector» gibraltareño, destacando en un lugar preferente el *bunkering* o suministro de combustible de autopropulsión existiendo un riesgo potencial de accidentes en cuanto que los buques que entran a ser suministrados de combustible en aguas de Gibraltar no comunican sus movimientos a las autoridades portuarias

españolas. En muchos casos además, fondeando en el lado Este del Peñón abierto al mar tratan de eludir las inspecciones, al parecer más rigurosas, que se realizan tanto en puertos españoles como en otros puertos europeos, al cobijo de unas inspecciones más laxas en aguas gibraltareñas, tal y como ha sido denunciado en reiteradas ocasiones por grupos ecologistas. En consecuencia, no es extraña la presencia habitual de buques subestándar en aguas adyacentes a Gibraltar.

La situación de riesgo ambiental es especialmente preocupante en cuanto que la Bahía de Algeciras representa una zona de un intenso tráfico marítimo ya que por una parte el Puerto de Algeciras, cuyas instalaciones ocupan prácticamente todo el arco norte de la bahía, es uno de los puertos de mayor tráfico marítimo de España en prácticamente todas las categorías y por otra, como venimos reiterando, Gibraltar recibe una cantidad considerable de buques que acuden a suministrarse de combustible de autopropulsión, además de los que acuden rutinariamente a su puerto, principalmente militares así como buques de crucero. A todo ello debemos añadir una relativamente importante flota pesquera y barcos de recreo.

La inexistencia de controles de tráfico marítimo y coordinación entre las partes ha sido indudablemente uno de los factores que subyacen detrás de una secuencia de accidentes marítimos acaecidos recientemente en aguas de la Bahía de Algeciras (la del *Spetses* –cargado con 139.000 toneladas de crudo– con el crucero *Van Gogh* el 24 de septiembre de 2004, la colisión del *New Flame* con el petrolero *Torn Gertrud* –con 37.000 toneladas de crudo– el 12 de agosto de 2007, el 14 de agosto de 2008, el buque portacontenedores *Verónica B* al entrar en la Bahía colisionó con el buque *Ginga Saber*). Esta secuencia pone de manifiesto que la situación actual genera un escenario de riesgo sobre el conjunto de la Bahía de Algeciras y que, por tanto, la coordinación entre las autoridades portuarias españolas, británicas y gibraltareñas deviene esencial para la prevención, control y reacción ante los importantes flujos marítimos presentes, los episodios de contaminación marina por hidrocarburos y la correcta aplicación de las normas internacionales y europeas en esta materia.

Es bien conocido que la Bahía de Algeciras y su entorno, a pesar de las múltiples agresiones y amenazas, alberga ecosistemas de un extraordinario valor ambiental, consecuencia directa, en gran parte, al ser un lugar de encuentro de dos mares y dos continentes. Además de ser una zona de paso de movimientos migratorios de primer orden de aves y especies marinas, existen zonas de biodiversidad sorprendentemente valiosas.

Siendo un espacio natural continuo, parece evidente que las medidas unilaterales de protección no alcanzarán objetivos globales y optimizados sin coordinación entre las partes implicadas. Por parte de Gibraltar, la práctica totalidad de las aguas que reconoce como suyas han sido protegidas desde 1991 mediante la figura de reserva natural de acuerdo con su legislación interna (*The Nature Protection Ordinance*, publicada en el *Gibraltar Legal Notice* número 11 de 1991 desarrollada por la norma *Marine Nature Reserve Regulation*). No obstante, entendemos que es de enorme interés el hecho de que Gibraltar haya conseguido por parte de las autoridades europeas la declaración de Lugar de Importancia Comunitaria (LIC) de la zona denominada *Southern Waters of Gibraltar*, que comprende la mayor parte de sus aguas adyacentes, mediante la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2006, 2006/613/CE de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 92/43/CEE, conocida como Directiva Hábitats.

Debemos remarcar que tal declaración, más allá de contenidos programáticos presentes en instrumentos internacionales medioambientales, implica la asunción por parte de los Estados que han propuesto sus zonas especiales de protección de compromisos jurídicos efectivos precisados en la Directiva que pivotan en torno a la figura de los planes de gestión, lo que indudablemente implica un control efectivo del territorio. En este sentido Gibraltar ha presentado ya a la Comisión un informe sobre el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva en los dos lugares designados, detallando los planes de gestión y otros instrumentos de planeamiento, pormenorizando las medidas adoptadas y la legislación interna aplicable.

En el lado español, a pesar de los valores naturales extraordinarios de los ecosistemas marinos no existían figuras de protección ambiental que incluyeran las aguas bajo control español. Nos encontramos con espacios descoordinados salpicados en el entorno de la Bahía de Algeciras reconocidos como LICs. Entre ellos, el Parque Natural del Estrecho (Decreto número 57/2003, de 4 de marzo, de la Consejería de Medio Ambiente). El Parque Natural del Estrecho establece una zona de protección marina dentro de la Bahía de Algeciras, en concreto el espacio marino que se sitúa entre Punta Carnero y Punta San García adentrándose una milla en el mar cubriendo una franja que llega hasta Punta Camarinal.

Este espacio protegido se solapa al norte con el Parque Natural de Los Alcornocales, declarado además Zona de Especial Protección de las Aves (ZEPA) conforme a la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. Al norte de la Bahía de Algeciras se encuentra situada otra pequeña área protegida, el Paraje Natural de las Marismas del Río Palmones.

La respuesta española a la propuesta británica de incluir las aguas gibraltareñas como LIC ha sido doble; por una parte, al parecer, se ha presentado una objeción por escrito por parte del Ministerio de Medio Ambiente a instancias del Ministerio de Asuntos Exteriores a modo de cláusula de salvaguardia preservando la interpretación española del Tratado de Utrecht, sin que figure en las decisiones de la Comisión. De mayor trascendencia ha sido la segunda reacción: la iniciativa de incluir en el listado de LICs de la UE una zona marítima bajo la denominación de Estrecho Oriental, solapándose sobre el LIC gibraltareño al comprender prácticamente en su casi 34.000 hectáreas la totalidad de las aguas bajo control gibraltareño (Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2008 y publicada en el *DO L* 43/393 de 13 de febrero de 2009).

Parece obvio que las razones de la presentación de tal propuesta no son en absoluto las relativas a protección ambiental al no tener en principio ninguna justificación la protección exclusivamente de las aguas adyacentes al Peñón, excluyendo las aguas de la Bahía bajo jurisdicción y control español, quedando incluso fuera de la zona protegida la franja de mar que a modo de corredor conectaría el LIC Estrecho Oriental con el LIC Parque Natural del Estrecho.

A nuestro entender la decisión española presenta, además de la incongruencia ambiental, serias incoherencias que no descartan un escenario de futuras dificultades ante las autoridades europeas. Parece bien difícil cumplimentar las diferentes obligaciones jurídicas dimanantes de la Directiva Hábitat si no se ejerce «de facto» ningún control de la zona. Llama poderosamente la atención que España haya incluido entre las aguas que se compromete a proteger toda la fachada marítima al este de la Roca, zona que presenta serios problemas ambientales.

En primer lugar, tal zona es el lugar preferido de fondeo por los buques que esperan a ser suministrados de combustible en aguas bajo control gibraltareño de la Bahía a fin de evitar el pago de tasas portuarias, controles e inspecciones. La acumulación de buques (que ha llegado en ciertas ocasiones incluso hasta las costas malagueñas) junto a las peculiaridades climatológicas del Estrecho son factores que están detrás de recientes accidentes marítimos sucedidos en la zona como el encallamiento del *Samothraki* y el *Fedra* en Punta Europa. Pues bien, estando en vigor el reconocimiento del LIC Estrecho Oriental, España ha pedido formalmente al Reino Unido que refuerce la seguridad en el fondeadero este de Gibraltar ante los riesgos existentes, hecho que muestra claramente las incoherencias de planteamiento al comprometerse en un ámbito europeo a proteger una zona sobre la que no se ejerce un control efectivo.

Por otra parte, en parte de estas aguas de la cara este se ha proyectado un ambicioso desarrollo urbanístico en terrenos que se están ganando al mar y que previamente había ya motivado ciertas reacciones españolas. Este proyecto elaborado por el prestigioso arquitecto Norman Foster y denominado *Eastside* tiene previsto levantar una ciudad turística sobre 380.000 metros cuadrados ganados al mar incluyendo un puerto deportivo. Necesariamente una obra de tales dimensiones generará un severo impacto ecológico sobre la zona con una previsible alteración de la dinámica litoral y efectos transfronterizos sobre los recursos y playas españolas.

La paradoja que queremos apuntar en esta nota es que formalmente ante las autoridades europeas será España quien debe asumir la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de la Directiva Hábitat en relación con los Lugares de Interés Comunitario, esto es, adoptar las medidas adecuadas para evitar el deterioro de los hábitats, así como evitar las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación de tal espacio. Como es bien conocido el control del cumplimiento de la normativa comunitaria es ejercido por la Comisión y eventualmente podrá ser objeto de un recurso por incumplimiento ante el TJCE de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 226 del Tratado de la Comunidad Europea. Un ejemplo de tal paradoja es que España debería garantizar la realización de un Estudio de Impacto Ambiental específico de acuerdo con el artículo 6.3 de la Directiva citada en relación con las obras del *Eastside* al proyectarse sobre un LIC (Estrecho Oriental) y afectar potencialmente a especies protegidas. Sin embargo, el Reino Unido no debe garantizar tal tipo de Estudio de Impacto Ambiental en cuanto que el proyecto no se realiza en aguas del LIC *Southern Waters of Gibraltar*.

Obviamente tales situaciones, no descartables en el futuro si actuara la Comisión de oficio o se presentaren denuncias contra España, Estado que, por cierto, ha sido abundantemente condenado por el Tribunal en relación con temas medioambientales, crearían situaciones verdaderamente singulares, de difícil o imposible manejo y entendemos que no han sido debidamente sopesadas.

La respuesta gibraltareña ha sido la interposición de un recurso de anulación previsto en el artículo 230 TCE el pasado 6 de mayo de 2009 contra la Decisión de la Comisión que adoptaba la lista de LICs aprobando la propuesta española (además de presentar un recurso ante la Corte Suprema de Gibraltar sobre los mismos hechos como una estrategia de «precaución procesal» como ha sido calificada por el Gobierno gibraltareño). En nuestra opinión, la judicialización de la situación y la escalada de la controversia en esta materia es probablemente el peor escenario ante la situación de permanente emergencia ambiental existente en la Bahía. Por otra parte, España no debería despreciar los serios riesgos existentes en un proceso judicial relacionado con la controversia sobre los espacios marítimos en torno a Gibraltar, siendo que los argumentos jurídicos que apoyan su posición oficial son manifiestamente débiles.

Por todo ello la reconducción de la situación en el marco del Foro de Diálogo parece la solución ideal para reanalizar el escenario.

El Foro de Diálogo sobre Gibraltar iniciado en 2004 ha supuesto un cambio de estrategia para abordar los contenciosos sobre Gibraltar, que no ha desplazado al proceso de Bruselas y las negociaciones sobre la soberanía, y que al adoptar unos mecanismos más flexibles, además de reconocer la presencia con voz y voto del Gobierno de Gibraltar, han permitido alcanzar acuerdos concretos sobre problemas transfronterizos, cerrando una primera fase de negociación.

Una de las claves del funcionamiento del Foro de Diálogo es mantener una agenda abierta sobre las cuestiones de Gibraltar articulado en un nivel intermedio adecuado para la cooperación transfronteriza, entre el nivel superior constituido por el proceso de Bruselas para la cuestión bilateral relativa a asuntos de soberanía y un último nivel subestatal con participación de la Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar y la Junta de Andalucía.

La fórmula de entendimiento diseñada a través del Foro permitió cerrar en 2006 un acuerdo global sobre materias identificadas en el anexo del Comunicado conjunto de 27 de octubre de 2004 por el que se anuncia el establecimiento del Foro de Diálogo a tres bandas sobre Gibraltar. En la reunión del Foro mantenida en Gibraltar el 26 de marzo de 2007, en la que las partes valoraron positivamente los acuerdos alcanzados un año antes, se designó el nuevo paquete de medidas en los que trabajará el Foro, citando en primer lugar los temas de medio ambiente (Comunicado 17-2007 del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación). Así pues, los temas medioambientales, ausentes tradicionalmente en las controversias sobre Gibraltar, empiezan a ocupar una posición central en el nivel de cooperación transfronteriza y así se

hizo constar nuevamente en la segunda reunión a nivel ministerial del Foro mantenida en el 2 de julio de 2008 en Londres, identificando específicamente la necesidad de cooperación global entre los puertos tras analizar el incidente del *New Flame*.

No obstante, hasta la fecha el Foro está teniendo enormes dificultades incluso para empezar a negociar los temas señalados en julio de 2008. En la reunión del Foro en Gibraltar entre el 29 y 31 de octubre de 2008 se mostraron claramente las dificultades presentes, con problemas para centrar los objetivos específicos y la metodología de cooperación, reconociendo públicamente las partes la diferencia de opiniones. Indudablemente, las dificultades relativas a los recientes accidentes marítimos en aguas próximas a Gibraltar, los encallamientos de los buques *New Flame* y *Fedra*, la presión social en torno a la práctica del *bunkering* en relación con la controversia sobre delimitación de los espacios marinos subyacen en las dificultades para avanzar en estos temas.

Indudablemente son muchas las dificultades pendientes para lograr cerrar acuerdos en materia de protección ambiental y el establecimiento de mecanismos de seguridad en el tráfico marítimo de la Bahía como mejor vía preventiva de episodios de contaminación marina, no obstante, entendemos que el hecho de haberse puesto en marcha un marco de negociación en materias de incidencia transfronteriza como es el Foro de Diálogo, otorgando a Gibraltar una posición de igualdad, es extraordinariamente valioso. Rompiendo la situación anterior en la que los temas medioambientales eran sencillamente ignorados en aras de intereses políticos, tal marco proporciona oportunidades inmejorables para la discusión y tratamiento de los gravísimos problemas medioambientales presentes en la zona. El medio ambiente, en vez de ser un motivo más de enfrentamiento, puede proporcionar, paradójicamente, oportunidades únicas de reforzamiento de la confianza entre las partes.

Sin embargo, en nuestra opinión no parece en absoluto acertada la respuesta española a la declaración británica de LIC de las aguas al sur de Gibraltar proponiendo y obteniendo la declaración a su vez una nueva zona LIC que engloba la totalidad de las aguas de Gibraltar y que se superpone sobre la británica. Indudablemente los objetivos políticos subyacentes (reforzar la posición española sobre las aguas gibraltareñas) en esta declaración no casan bien con la adecuada protección medioambiental de las aguas de la Bahía. No sólo se dejan fuera las aguas bajo control español, circunstancia de difícil justificación en términos ambientales, sino que el abrir una vía de enfrentamiento y disputa desplaza y enturbia las posibilidades de encontrar fórmulas consensuadas de acuerdo, que dejando al margen las posiciones jurídicas de las partes, permita alcanzar objetivos de protección medioambiental de ecosistemas muy valiosos asegurando a su vez la seguridad del tráfico marítimo. Por otra parte, entendemos que no se ha sopesado bien por parte española las eventuales responsabilidades que en el marco comunitario podrían derivarse del previsible no cumplimiento de las obligaciones jurídicas que se derivan de la declaración de una zona protegida en el marco europeo y sobre la que, en la práctica, no se ejerce ningún control efectivo.

Parece bien evidente que la compartimentación en espacios protegidos bajo unas administraciones no coordinadas de un espacio natural continuo no beneficia a la protección del medio ambiente dejando importantes *zonas grises* no cubierta por ninguna de las dos partes.

La judicialización de ciertas manifestaciones de las controversias sobre Gibraltar no parece además una vía adecuada de canalizar la situación ya que además de elevar el umbral de desencuentro y favorecer las voces críticas con las fórmulas de entendimiento, pudiera conducir a resoluciones no favorables a los intereses españoles (caso del estatuto fiscal de Gibraltar, sentencia de 18.12.2008, Gibraltar y Reino Unido/Comisión, asuntos T-211/04 y T-215/04) o no satisfactorias para la adecuada protección del medio ambiente (como el caso *Tireless*, sentencia de 09.03.2006, Comisión/Reino Unido, C-65/04).

Tanto un acuerdo *ad hoc* en el marco del Foro de Diálogo sobre protección del medio ambiente marino y seguridad del tráfico marítimo, como la utilización de la figura de área marina

protegida, en cualquiera de las formas previstas por los diferentes instrumentos internacionales aplicables, que implicara a España y Reino Unido mediante un acuerdo internacional (y que potencialmente pudiera involucrar a Marruecos extendiendo su ámbito al Estrecho de Gibraltar) además de mejorar la eficacia en la protección del medio y optimización de recursos podría incrementar considerablemente la confianza entre las partes en el marco global del contencioso.

Jesús VERDÚ BAEZA

4. EL CASO FUJIMORI: LA RELACIÓN DEL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Esta nota es una breve referencia a la sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de Perú (tribunal interno) contra Alberto Fujimori Fujimori, la cual en algunas de sus setecientas ochó páginas recurre al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y al Derecho Penal Internacional (DPI).

Fujimori fue elegido democráticamente como presidente de Perú en 1990. Gobernó consecutivamente por diez años y tres meses debido a dos reelecciones en 1995 y 2000. Tras los hechos que ponen en evidencia su participación junto a Vladimiro Montesino en actos ilícitos, se ausenta del país para ejercer funciones propias de su cargo, previa autorización del Congreso en Octubre de 2000, y aprovecha para «huir» a Tokio, desde donde vía correo electrónico renuncia a la Presidencia (19/11/2000). El Congreso desestimó la renuncia y declaró la permanente incapacidad moral de Fujimori y la vacancia de la Presidencia de la República (22/11/2000).

Frente a los actos de violación de los derechos humanos cometidos durante su gobierno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o la Corte), conoció el caso «Barrios Altos» (sucedido en 1991) y «La Cantuta» (1992). En ambos casos el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación de diversos derechos recogidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), calificándolos de hechos ilícitos internacionales, que conforme a su derecho interno son crímenes internacionales y de lesa humanidad que el Estado debe perseguir. Son de la misma opinión la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú (CVR) y el Tribunal Constitucional peruano.

Estos acontecimientos, según la Corte, revestían una particular gravedad por el contexto histórico en que ocurrieron los hechos: prácticas sistemáticas y generalizadas de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia estatales en el marco de la estrategia contrasubversiva de los agentes del Estado, destacando la existencia de una estructura de poder organizado. Dichos actos se vieron favorecidos por la impunidad, generada y tolerada por la ausencia de garantías judiciales e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar la violación sistemática de derechos humanos (DDHH). En el caso La Cantuta, la Corte señaló que los actos no se hubieran podido perpetrar sin el conocimiento y órdenes superiores de las más altas esferas del poder ejecutivo y de las fuerzas militares y de inteligencia de aquel entonces, «específicamente de las jefaturas de inteligencia y del mismo Presidente de la República» (párr. 96). Estos hechos, en su momento, han sido materia de proceso en el que fueron condenados los autores materiales en sede judicial militar. Fujimori promulga la Ley 26479 (Ley de Amnistía el 14/06/1995), para beneficiar a los miembros de Inteligencia que cumplían condena en el caso La Cantuta, así como para dar por finalizado el proceso ante la jurisdicción penal ordinaria por los hechos de Barrios Altos. Ambos casos constituyen la violación del Derecho Inter-

nacional de los Derechos Humanos (DIDH), y por ende la sanción recae en el Estado, aunque hayan sido personas físicas las que las ejecutaron. El ilícito internacional atribuido al Estado genera inmediatamente su responsabilidad internacional. Así, todo Estado es responsable internacionalmente por actos u omisiones generados por cualquier agente estatal en violación de los DDHH. Esta responsabilidad internacional se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica tolerada por el Estado, por ser un delito contra la humanidad que implica un abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano (caso Goiburú vs. Paraguay, 22/09/06, párr. 88). Desde el caso «Barrios Altos» (sentencia de 14/03/01), la CIDH señala la inadmisibilidad de la leyes de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los DDHH (párr. 41). Su aplicación en los crímenes de lesa humanidad son contrarias a la CADH, y por ende carecen de efectos jurídicos. En el ámbito internacional de los derechos humanos, los dos casos han sido declarados como crímenes de lesa humanidad de acuerdo con el DPI.

A pesar de la gravedad de los hechos en ambos casos la CIDH no se pronunció sobre la responsabilidad penal individual, por cuanto no es su competencia, no obstante señaló que los Estados están obligados a investigar las violaciones de los DDHH, identificar, juzgar y sancionar a los responsables. Siendo ello así, era el derecho interno el encargado de sancionar al o los individuos que participaron directa o indirectamente en tales hechos. Es en esta circunstancia que Perú a través de su derecho interno demuestra que es posible hacer frente a la impunidad y sancionar a quien viola los DDHH, y brinda de este modo una esperanza a todos aquellos que esperan, en alguna parte del mundo, que se haga justicia por la violación a estos derechos.

El pasado 7 de abril de 2009, Alberto Fujimori, ha sido condenado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de Perú, por los delitos de homicidio calificado – asesinato, bajo la circunstancia agravante de alevosía; lesiones graves; secuestro agravado, bajo la circunstancia agravante de trato cruel, a veinticinco años de pena privativa de libertad (pena máxima según el derecho interno). Para el tribunal interno ha quedado demostrado que Fujimori tenía el poder, surgido y sustentado en el mandato constitucional que consagra al Presidente como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, de dictar órdenes a los elementos militares, y por ello las órdenes en ejercicio de su rol de jefe supremo o comando máximo sobre las jerarquías de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, no requieren, necesariamente de formalidad alguna. Pueden ser escritas, orales, expresas o implícitas. Así, desde 1991 Fujimori había emitido diversas órdenes a los militares para ejecutar la nueva estrategia contrasubversiva (a través de dos vías: la pública y la clandestina), las mismas que habían sido cumplidas sin ninguna objeción. Para el tribunal interno Fujimori era el hombre de dominio que se encontraba detrás de la organización. Por cuanto en palabras del tribunal «quien tiene mando tiene indefectiblemente comando». De este modo, según el tribunal interno, el caso cumple con los requisitos funcionales que la doctrina establece para la autoría mediata, como es el caso del control sobre el aparato, en particular. Actualmente existe un recurso de nulidad en trámite contra dicha sentencia, esta situación hace que aún no se cuente con una sentencia firme, consentida y ejecutoriada.

Sin duda esta sentencia marca un hito en la historia de los DDHH, no solo en Perú sino, en el mundo entero, en cuanto a la eficacia de la administración de justicia de derecho interno en la lucha contra la impunidad. Es la primera vez que en latinoamérica un ex presidente de Estado es condenado por la violación, durante su gobierno, de los DDHH, por un tribunal de su propio Estado. No olvidemos que Perú además de padecer la violencia terrorista durante la década de los ochenta e inicios de los noventa, también padeció la dictadura del gobierno de Fujimori. Así, los organismos internacionales como la Organización de los Estados Americanos y Amnistía Internacional, en su momento, se pronunciaron en contra de las medidas adoptadas por Fujimori y le exigieron que se reestableciera urgentemente el orden constitucional democrático y se pusiera fin a toda acción que afectase la vigencia de los DDHH.

El proceso penal seguido contra Fujimori discurrió sin contratiempos relacionados a la aplicación del debido proceso legal, conforme a los observadores de las distintas organizaciones internacionales de protección de los DDHH (Amnistía Internacional y Human Rights Watch). Se han respetado estrictamente las garantías que exige el Derecho internacional para aquellas personas que se encuentra en un proceso penal (art. 14 del PIDCP, art. 6 del CEDH, art. 8 de la CADH, y art. 21 de TPIY, art. 20 TPIR, art. 67 de la CPI). La publicidad del proceso ha sido uno de los estándares del juicio.

Esta sentencia constituye un caso paradigmático y un hito importante en la lucha contra la impunidad. En este contexto, hay que destacar la cooperación de la justicia chilena (que detiene al ex Presidente en su territorio el 7/11/05), al conceder la extradición y poner a disposición de las autoridades de Perú (22/09/07), para su juzgamiento.

El tribunal peruano que juzgó al ex presidente, al fundamentar jurídicamente los hechos materia de la acusación, acude en reiteradas ocasiones al Derecho Internacional Público, especialmente al Derecho Penal Internacional. Así para determinar la autoría mediata y la responsabilidad del superior recurre al DPI y se remonta hasta sus orígenes y señala los Tribunales de Nuremberg y Tokio donde quedó clara «la idea de que los comandantes no sólo tenían el deber de respetar las leyes de la guerra sino que, además, tenían la obligación de hacerlas respetar por sus subordinados». Asimismo destaca que el TPIY también utilizó la teoría de la responsabilidad superior para condenar a los mandos militares del ejército de la República de Serbia, Bosnia y Herzegovina que no impidieron que sus tropas subordinadas perpetraran crímenes contra la humanidad, y a los que omitieron sancionar o investigar a los autores directos de tales conductas delictivas. Para concluir señalando que «la Responsabilidad del Superior es interpretada por la doctrina, y regulada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) (art. 25.3.a y art. 28), como un comportamiento omisivo que genera una responsabilidad de quien ejerce mando sobre el autor directo del delito».

Por otro lado, a lo largo de la sentencia se advierte la invocación en reiteradas ocasiones a las sentencias de los casos «Barrios Altos» y «La Cantuta» emitidas por la CIDH, y coincide con este tribunal internacional regional en calificar los actos de crímenes contra la humanidad según el DPI. En este contexto, en las cuestiones de hecho (253), señala que está probado que las Leyes de Amnistía e interpretativa fueron declaradas contrarias a la CADH por la CIDH y, luego, inaplicables por la jurisdicción penal ordinaria debido a su contradicción con la CADH y la Constitución.

Al relacionar los caso de «Barrios Altos» y la «Cantuta» con los delitos contra la humanidad, el tribunal interno destaca que estos crímenes han concitado la preocupación y reacción internacional «desde los Convenios de la Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 y del 18 de octubre de 1907 –en especial su párrafo octavo–, y han evolucionado respecto a sus elementos, principalmente, con: la Declaración del 28 de mayo 1915 de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia; la Conferencia Preliminar de Paz de enero de 1919; el artículo 6 literal c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg del 8 de agosto de 1945 – la noción de «crimen contra la humanidad» fue consagrada por primera vez de manera explícita por el citado Estatuto; el artículo 5 literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente; la Ley núm. 10 del Consejo de Control Aliado del 20 de diciembre de 1945; el artículo 5 del Estatuto del TPIY; artículo 3 del Estatuto del TPIR– ambos Estatutos contribuyeron a reforzar la punibilidad consuetudinaria de los crímenes contra la humanidad; el artículo 7 del Estatuto de la CPI, que formuló un tipo penal comparativamente más preciso, cuyas referencias más cercanas fueron, de un lado, los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio y de otro los tribunales *ad hoc*». Estas disposiciones, dice el tribunal interno, «bajo el ámbito esencial del Estatuto de Nuremberg, en tanto forman parte del Derecho Internacional consuetudinario y se configuraron antes de los hechos de Barrios Altos y la Cantuta, son plenamente aplicables para la labor

de subsunción»(párr. 711). Sin embargo, señala algunos límites, en tanto a) se reconoce a esas disposiciones, nucleadas alrededor del Estatuto de Nuremberg, el propio carácter de norma internacional consuetudinaria; b) se asume las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal de la Constitución (2.º 24.d) y II del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud, desde una perspectiva material, se puede señalar que no existía en el momento de comisión de los hechos: 1991-1992 una ley que hubiera incorporado una figura penal en ordenamiento punitivo y que comprenda, de un lado, todos los elementos descritos en esa norma internacional consuetudinaria en cuanto crimen internacional-ni siquiera en la actualidad el legislador ordinario ha cumplido con las exigencias de tipificación material derivados de la ratificación por el Perú del Estatuto de la CPI-, y de otro lado, la sanción correspondiente; c) se admite que los crímenes de lesa humanidad afectan los Derechos Humanos esenciales, de suerte que lo medular de las conductas que prohíben en cuanto violación gravísima de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida, y no podía escapar al conocimiento y previsibilidad del agente» (párr. 711).

Por ello, para su identificación, acude a los elementos contextuales o a las circunstancias que rodearon los ataques que causaron las muertes y lesiones graves de 29 personas, por cuanto son las que otorgan a un determinado hecho el carácter de crimen internacional, que en ese momento estaban legalmente previstas en el derecho interno como delitos de homicidio calificado y lesiones graves, y que no se oponen a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del Código Penal. Destaca que la norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, así como otros elementos, que deben estar predeterminados por la norma internacional consuetudinaria. Son éstos los que, a su vez, hacen que se perseguible internacionalmente, improcedente la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo. «Podrá decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad, y que por ello permite la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho Penal Internacional» (párr. 711).

De este modo el tribunal interno acude al Estatuto de la CPI (art. 7.1) referido al «crimen de lesa humanidad», y hace un análisis de la figura «asesinato». Pero no se limita al análisis de esta figura desde el Estatuto, sino también acude a la jurisprudencia internacional de los tribunales penales internacionales *ad hoc* (TPIY, caso Tadic, caso Blaskic, y caso Zoran y del TPIR, caso Akayesu, Caso Kunarac Cámara II y Cámara de Apelación); a la CIDH (caso Almonacid). También recurre a doctrina de derecho internacional y derecho penal; además de la doctrina especializada, para señalar que «resulta evidente que los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trasciende su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y la Cantuta son también delitos contra la humanidad, fundamentalmente, por cometerse en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. Así, para el tribunal está probado que fue una decisión de Estado ordenada o aprobada por el Jefe de Estado, y ejecutada por el grupo Colina y DINTE, dirigido por el SIN (párr. 717).

Por otro lado respecto a la reparación patrimonial, el tribunal interno señala que el grueso de ellas ha sido considerado en el ámbito internacional y no es posible un pago independiente y adicional al fijado por el órgano judicial internacional. Los sujetos pasivos de los daños materia de reparación son los mismos y están en función a un mismo evento antijurídico, por lo que no es posible una doble indemnización, «pues de ser así se produciría un supuesto de enriquecimiento injusto para el perjudicado», en este contexto reproduce lo dicho por la Corte «que no se puede aceptar enriquecimientos ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores» (Masacre Mapiripán vs. Colombia de 15/09/05). Sin embargo, tomando como referencia

la doctrina jurisprudencial de la CIDH, el tribunal interno señala que las «costas y gastos» están dentro del concepto de reparación, ya que la actividad desplegada por las víctimas para obtener justicia implica gastos que deben ser compensadas si la responsabilidad es declarada mediante sentencia condenatoria. Así, fija como parte del concepto de reparación civil, una suma por los gastos que las partes civiles desembolsaron para afrontar el juicio (párr. 787).

La sentencia del tribunal interno, muestra una relación cercana y de apoyo con el derecho internacional de protección de la persona. Además de la relación entre el DIDH y el DIP, ambas ramas contribuyen a garantizar la realización del derecho judicial a la verdad, la justicia y la reparación. Son dos disciplinas del Derecho que se complementan en el objetivo de proteger los derechos más esenciales del ser humano. Pero a la vez difieren, por cuanto uno sanciona al Estado por la violación de los derechos humanos y el otro individualiza al responsable de la violación.

La sentencia cuenta con una fundamentación jurídica sólida. La condena está basada en el Derecho peruano pero con reiteradas referencias al Derecho Internacional en la fundamentación jurídica. Reconoce y ratifica sus decisiones y sigue la misma línea, no obstante a dejar claro que aplica el derecho interno. De este modo le confiere al órgano judicial internacional el lugar que le corresponde en la protección de los DDHH. Por otro lado reitera la obligación internacional del Estado peruano en la tutela de los derechos fundamentales.

El derecho internacional reconoce y castiga los delitos de lesa humanidad, por ende era indispensable e imprescindible que el tribunal de derecho interno acuda a ello para fundamentar sus argumentos. Visto el desarrollo del derecho internacional (orden de arresto de la CPI contra el Presidente sudanés Omar Hasan por crímenes de guerra y de lesa humanidad en la región de Darfur) en esta materia su invocación era esencial, aunque su omisión en ningún caso invalidaría la sentencia.

Desde luego, si bien el avance del Derecho Internacional no se da a pasos agigantados, la realidad nos muestra que el Derecho Internacional de protección de la persona va rindiendo sus frutos en la lucha contra la impunidad por la violación de los derechos humanos. El caso de Fujimori es un ejemplo de confianza en la justicia del país, en la justicia del derecho interno. Es una muestra de que es posible juzgar y sancionar a quien viola los derechos humanos, al margen del cargo que desempeñó y/o la importancia que tuvo en el pasado. Nadie escapa al poder de la ley, ni siquiera un ex presidente de la República. Fujimori ha sido juzgado por el poder judicial del país donde gobernó, y manipuló dicho poder en su momento. Sin duda es un precedente y aviso para todos aquellos jefes de gobierno que aprovechándose del poder, violan los derechos más sagrados del ser humano. Finalmente es de destacar la importancia de la relación del derecho interno y el derecho internacional de protección de la persona, de cara a evitar la impunidad. Este caso es un claro ejemplo de la sinergia entre ellos. El Estado reconoció su responsabilidad internacional y el derecho interno condenó al autor mediato de los crímenes. Produciéndose tanto la responsabilidad del Estado como el individuo por la violación a los derechos humanos.

Florabel QUISPE REMÓN

5. ACERCA DE LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ¿HASTA QUÉ PUNTO CABE UNA DISCRIMINACIÓN POSITIVA POR RAZÓN DE GÉNERO?

El 12 de febrero de 2008, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones relativas a la discriminación positiva de la mujer con incidencia en su composición. Ello ha sido posible en virtud de su compe-

tencia exclusiva para elaborar opiniones consultivas, según dispone el artículo 31 del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (CEDH). Este primer dictamen del Tribunal se ha formulado a instancias de carta del Presidente de los Delegados de los Ministros del Consejo de Europa, de 17 de julio de 2007, conforme a lo establecido por el artículo 47 del mismo Convenio. Resulta interesante observar que de los diecisiete miembros de la Sala conocedora del asunto, tan sólo cuatro son mujeres.

En el caso analizado, el supuesto de hecho tiene que ver con la terna que se presenta por cada Estado miembro a la Asamblea Parlamentaria, para que ésta elija el candidato nacional que ocupará el cargo de juez del TEDH. En concreto, se refiere a las discrepancias entre Malta y la Asamblea respecto a la composición de la lista y los requisitos exigibles a todo candidato a formar parte del Tribunal. Todo se remonta a julio de 2006, fecha en que Malta presentó por vez segunda (la primera fue en marzo de 2004) una lista que no incluía a ninguna mujer. La Asamblea la rechazó de nuevo, a través de carta de su Presidente fechada el 26 de enero de 2007. Se aducía que la lista no reunía los requisitos exigidos por la Resolución 1366 (2004) de la Asamblea tras las modificaciones introducidas por la Resolución 1426 (2005). Desde este momento, se desencadenó un intercambio de comunicaciones entre la Asamblea y las autoridades nacionales maltesas que concluía finalmente el 27 de junio de 2007 con la solicitud planteada al Comité de Ministros por el Representante Permanente de Malta ante el Consejo de Europa, instando el requerimiento de una opinión consultiva al Tribunal.

A este respecto, las dos cuestiones sometidas al TEDH se explicitan en el párrafo tercero del dictamen mencionado. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de rechazar una lista de candidatas al cargo de juez del Tribunal que cumpla los criterios recogidos en el artículo 21 del Convenio, solamente sobre la base de consideraciones relacionadas con el género. Seguidamente, se plantea si la Asamblea Parlamentaria, al adoptar resoluciones que se refieren a la discriminación positiva del sexo infrarrepresentado (la 1366 (2004) y la 1426 (2005)), incumple su responsabilidad derivada del artículo 22 del mismo texto (esto es, considerar o proponer una lista sobre la base de los criterios recogidos en el precepto anterior).

La argumentación de las autoridades maltesas, quienes desde el primer momento abogaban por consultar al órgano jurisdiccional del Consejo de Europa, descansa en el cumplimiento escrupuloso de las disposiciones del Convenio Europeo relativas a la presentación de candidatos. Estas se recogen en el artículo 21 y no contemplan la exigencia de incorporación de una mujer en la lista. Se alega que los jueces finalmente propuestos son de alta talla moral y reconocido prestigio, en cuanto miembros del Tribunal Constitucional maltés, con experiencia de más de veinte años en Derecho de los Derechos Humanos. Es más, en el proceso de selección (concurso público), únicamente se presentaron dos mujeres que no alcanzaban los méritos de los otros candidatos. En este punto, las autoridades de Malta se refieren al cumplimiento de criterios recogidos en la propia Resolución 1649 (2004) de la Asamblea (par. 9): experiencia, procedimiento democrático, no discriminación y transparencia. Es más, se insiste en la imposibilidad de exigir los requisitos adicionales de género (la existencia de al menos una mujer en la lista), sobre la base de dos consideraciones. Por un lado, hay que tener en cuenta el rechazo de la solicitud de la Asamblea al Comité, que pretendía modificar el CEDH para dotar a los requisitos de género de fuerza vinculante. Por otro lado, se señala que el CEDH sólo puede enmendarse con el consentimiento unánime de las partes, y no a través de actos adoptados por un órgano del Consejo de Europa.

En contraposición, la Asamblea Parlamentaria mantiene su oposición a aceptar la lista presentada por no cumplir los requisitos consolidados que se recogen en el Convenio y las dos resoluciones de la Asamblea ya mencionadas (pars. 11 y 13 del dictamen), y queda a la espera de una lista adecuada. Más aún, intenta reafirmar la autoridad de sus resoluciones cuando, en el ínterin de intercambio de cartas previo a la solicitud de dictamen, advierte que, debatida la

cuestión en la sesión de abril, no se consensúa ninguna reforma de los criterios de selección de la Asamblea puesto que las resoluciones controvertidas reflejan procedimientos arraigados.

En definitiva, ¿puede la Asamblea rechazar la terna nacional exclusivamente por no cumplirse las condiciones que no se recogen en el Convenio?, ¿o mediante dicha actitud, que ratifica el contenido de sus resoluciones, la Asamblea está incumpliendo las atribuciones que le confiere el propio CEDH? Evidentemente, surgen problemas a la hora de aplicar los artículos del Convenio referentes a los requisitos de los candidatos al TEDH y al papel de la Asamblea en la selección de jueces, debido al contenido de las resoluciones adoptadas por la Asamblea en esta esfera.

Previamente a atender el requerimiento y pronunciarse sobre las cuestiones planteadas, el Tribunal examina su competencia para conocer de la solicitud de dictamen. A este respecto, y en particular sobre las cuestiones susceptibles de generar una opinión consultiva, resultan de particular interés los párrafos 10 a 19 del documento, así como a partir del párrafo 36. En esta sede, la Gran Sala trae a colación los trabajos preparatorios del Protocolo núm. 2 en los que se discutió sobre la nueva competencia consultiva a conferir al Tribunal, y se acabó por concluir la conveniencia de una jurisdicción consultiva general del TEDH para interpretar el Convenio y la necesidad de que ésta se circunscribiese a supuestos que no implicasen cuestiones políticas. Efectivamente, fue el Protocolo núm. 2 al CEDH el que confirió al Tribunal la competencia para emitir dictámenes, incluyéndose sus previsiones en los artículos 47, 48 y 49 del Convenio. Dispone que se pueden solicitar por el Comité (único facultado para activar la competencia consultiva del TEDH) y deben versar sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos, si bien teniendo en cuenta que no pueden referirse a cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en tales textos ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité pudieran conocer al haberse interpuesto algún recurso.

Sentado lo anterior, el TEDH justifica razonadamente su jurisdicción para conocer de la primera cuestión (relativa a los derechos y obligaciones de la Asamblea en el procedimiento de elección de jueces), por su carácter jurídico y por la necesidad de evitar un bloqueo del sistema del Convenio. Pero no hace lo mismo respecto a la segunda cuestión planteada. De hecho, tras manifestar sus dudas acerca de si se refiere exclusivamente a la interpretación del Convenio y los Protocolos, señala que, incluso suponiendo tal competencia, considera que no es preciso responder habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión. De este modo, en principio elude pronunciarse sobre si la adopción de las resoluciones mencionadas supone un incumplimiento por parte de la Asamblea de sus responsabilidades derivadas del CEDH.

Afirmada la competencia del Tribunal para conocer parcialmente de la solicitud, parece que el *quid* de la cuestión radica en determinar el alcance y autoridad jurídica de la pretensión de discriminar positivamente a la mujer en cuanto sexo infrarrepresentado en la composición del TEDH. Así se desprende del análisis del propio Tribunal, quien desde el párrafo 15 examina los diversos textos relevantes a los efectos de adoptar su opinión sobre el caso, y muy especialmente los documentos de la Asamblea y el Comité. Es así que se torna imprescindible atender al contenido y alcance de todos estos textos para poder formular valoraciones sobre la exigibilidad de una discriminación positiva por razón de género en la composición del TEDH. En primer lugar, no cabe la menor duda de la ausencia de previsiones a este respecto en los artículos 21 y 22 del CEDH. No obstante, sí que es cierto que el artículo 14 del mismo tratado recoge la prohibición general de discriminación (ampliada por el Protocolo núm. 12), aunque seguramente no ha sido mencionada por la Gran Sala porque su alcance subjetivo se limita a los Estados y autoridades públicas nacionales. También en el ámbito del Consejo de Europa, se identifican dos preceptos de la normativa sobre personal (art. 12.1 de «Staff Regulations» y art. 22 de «Regulations on Appointments») que tienden a velar por una discriminación positiva

del sexo infrarrepresentado en el acceso a puestos de trabajo. Ahora bien, tales previsiones carecen de valor vinculante.

De este modo, en el Consejo de Europa las únicas disposiciones relativas a la discriminación positiva de la mujer no se encuentran en los tratados, sino en otros documentos de inferior y discutible autoridad jurídica. En concreto, en las resoluciones y recomendaciones de la Asamblea, y la normativa sobre personal al servicio de la organización. El Tribunal comienza volviendo su mirada a las primeras, esto es, a las dos resoluciones de la Asamblea sobre los candidatos al TEDH que han desencadenado la polémica: la 1366 (2004) y la que la enmienda, la 1426 (2005). Una recoge la decisión de no considerar listas de candidatos cuando no contengan al menos una persona de cada sexo, así como otras previsiones tendentes a una mayor igualdad de género en la composición del TEDH (4.iv, 4.vi y 7). La segunda toma nota de la persistencia de desequilibrios entre ambos sexos y matiza tal requisito. Decide no considerar las listas cuando no contengan al menos una persona de cada sexo, salvo cuando los candidatos pertenezcan al sexo infrarrepresentado en el Tribunal. Y explicita cuando se da tal situación: cuando se trate del sexo al que pertenecen menos del 40% de los jueces.

En este contexto, el dictamen cita otro documento de la Asamblea que conviene examinar: la Recomendación 1649 (2004) de 30 de enero. El texto recomendaba al Comité que aprovechara la revisión del CEDH con ocasión de la preparación del Protocolo núm. 14 para introducir en el artículo 22 la exigencia de que cada lista contuviese al menos un candidato de cada sexo, y en el artículo 21.1 la exigencia de que se cumpliesen seis criterios adicionales en las listas (uno de los cuales era precisamente que contuviese candidatos de ambos sexos). Sin embargo, el 20 de abril de 2005 el Comité rechazó tales propuestas, por considerar que, en circunstancias excepcionales, dotar a tales requisitos de obligatoriedad podría atentar contra los otros cinco criterios. Asimismo, aprovechando la coyuntura, el Comité sugirió a la Asamblea modificar sus resoluciones para permitir derogaciones de la regla de discriminación positiva cuando el Estado proponente justificase a la Asamblea y al Comité que para cumplir los requisitos sobre cualificaciones de los candidatos debía presentar una lista de un sólo sexo. Pero la Asamblea hizo caso omiso de estas indicaciones, con intentos fallidos de resoluciones. Los argumentos del Comité se impusieron, y de hecho se recogen en el Protocolo núm. 14 que, aunque no altera el artículo 22, reconoce que las partes deberán hacer lo posible para asegurar que sus listas contengan candidatos de ambos géneros.

Una vez repasados los instrumentos relevantes del Consejo de Europa, la Gran Sala encuentra pocas aportaciones de entidad en otros textos internacionales. Por un lado, se mencionan el Convenio de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 4.1, 7 y 8), y el Reglamento núm. 31 (CEE) de 1962 aplicable al personal al servicio de las Comunidades Europeas (art. 1.d). Ambos de contenido vinculante, coinciden en abogar por la adopción de medidas de discriminación positiva que promuevan una efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, compensando la infrarrepresentación de facto de las mujeres en la vida pública, profesional e incluso de política internacional.

En segundo lugar, el dictamen recoge los resultados del análisis de la normativa vigente relativa a la composición de los principales tribunales internacionales (par. 34). Concluye que, si bien todos los sistemas recurren a criterios jurídicos y geográficos, se fomenta muy tímidamente la representación sobre la base del género. De hecho, tan sólo la Corte Penal Internacional y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos poseen reglas tendentes a promover un equilibrio en la representación de los sexos en su composición, reglas cuya naturaleza es no vinculante.

A la misma conclusión decepcionante llega el Tribunal, al examinar la información suministrada por treinta y siete Estados miembros del Consejo de Europa sobre la existencia de reglas nacionales tendentes a asegurar la presencia del sexo infrarrepresentado en los Tribuna-

les Supremo o Constitucional (pars. 4 y 35). Ya que sólo tres de ellos (Austria, Bélgica y Letonia) poseen disposiciones legales internas específicas que velan por una representación igualitaria de los sexos en sus Tribunales Supremos y/o Constitucionales.

Hasta aquí alcanza el análisis de los instrumentos jurídicos con posible incidencia en el caso. Sólo en contadas ocasiones contemplan medidas de discriminación positiva en favor de la mujer, y todavía en menos supuestos se trata de documentos con carácter vinculante. A lo que se une la falta de precisión, en los textos del Consejo de Europa, sobre el alcance de los poderes de la Asamblea al elegir a los candidatos de las listas a juez del TEDH. Todo lo anterior explica la necesidad y la posición moderada del Tribunal en su dictamen sobre la primera cuestión planteada, que es aquella sobre la que decide pronunciarse (par. 36 y ss). Esta moderación deriva de su cautela al interpretar el margen de maniobra de la Asamblea en la elección de los jueces, y el alcance de la presunta obligación de discriminación positiva de las mujeres.

El Tribunal afirma con decisión que los preceptos de obligada aplicación son el 21 y el 22 del CEDH, aunque admite también cierta holgura de los Estados y especialmente de la Asamblea a la hora de ponerlos en práctica. Por un lado, es cierto que el artículo 21 obliga a los Estados parte a seleccionar candidatos de determinada índole moral y profesional, quienes serán incluidos en las listas a presentar a la Asamblea. Pero ello no obsta para que las propias partes tengan en cuenta otras consideraciones (como el equilibrio de sexos, o entre ramas de la profesión jurídica), siempre y cuando se cumplan tales criterios. Respecto al artículo 22, las consideraciones del TEDH poseen todavía mayor calado. Se reitera que la Asamblea debe seleccionar a los jueces conforme a lo establecido en el precepto, aunque, ante la ausencia de mayores concreciones en el CEDH, se admite que posee cierta libertad a la hora de establecer el procedimiento de elección y puede valorar a los candidatos propuestos. No obstante, en el desempeño de esta tarea está vinculada por el artículo 21.1, ya que la libertad de elección aparece condicionada a su ejercicio en interés del correcto funcionamiento del Tribunal. Por lo que nada impide, dentro de esos lindes, que la Asamblea tenga en cuenta criterios adicionales que considere relevantes para elegir entre los candidatos (como el equilibrio entre géneros), se recojan o no en sus resoluciones.

Como el margen de dicha libertad de la Asamblea repercute en la respuesta ofrecida a la cuestión planteada por el Comité, el TEDH se ocupa seguidamente de intentar definir la extensión de los poderes, obligaciones y prerrogativas que le atribuye el Convenio para determinar en qué medida pueden introducirse condiciones no previstas expresamente en el 21.1 que apoyen el rechazo de listas como la maltesa. Una primera posibilidad de exigir la discriminación positiva por razón de sexo, descansaría en su vínculo implícito con el criterio general de calificaciones de los jueces del artículo 21.1, pero dicho nexo no resulta viable. Entonces, con el fin de poder sustentar la facultad de rechazo, el TEDH recurre a la política de igualdad de género para determinar en qué medida genera obligaciones aplicables al caso. A su juicio, no cabe la menor duda de que existe un consenso tendente al equilibrio de los sexos, tanto en el servicio público nacional como internacional. Así se desprende del análisis de los textos relevantes antes comentados, del Reglamento del TEDH y de las posturas adoptadas por la Asamblea y el Comité a la luz de la ya mencionada propuesta de reforma del CEDH con ocasión del Protocolo núm. 14. Ahora bien, dicho consenso no genera una obligación absoluta y autónoma de discriminar positivamente a la mujer, sino que la obligación de promover dicha igualdad de género es, conforme a la terminología empleada por el Tribunal, de comportamiento. Es más, se subordina al cumplimiento de los requisitos que sí están recogidos en el CEDH, por lo que el propósito de discriminación positiva debe ceder en caso de conflicto con los criterios vinculantes. Por esta vía, se trazan indirectamente los límites de la política de discriminación positiva de la Asamblea, recomendándole a su vez que modifique sus resoluciones y permita derogaciones de la regla, para asegurar que se respeten primariamente los criterios del 21.1.

Así pues, esta primera opinión consultiva del Tribunal ofrece unas consideraciones generales de utilidad para limar asperezas entre los Estados y la Asamblea a la hora de aplicar los preceptos del CEDH relativos a la elección de candidatos, denunciando que la práctica habitual de la Asamblea sobre discriminación positiva de la mujer no es compatible con el Convenio y debe incluir excepciones cuya naturaleza y alcance resulta imprescindible definir (par. 53). Por esta vía, el TEDH acaba pronunciándose indirectamente sobre la segunda cuestión planteada en la solicitud de dictamen.

Respecto al fondo de la primera cuestión sometida al Tribunal, se observa cómo la Gran Sala se decanta por apoyar la postura maltesa. Considera que en el caso en que un Estado intente por todos los medios necesarios incluir en su lista un candidato del sexo infrarrepresentado, sin éxito, no puede rechazarse la lista sólo por no haber incluido a tal candidato. Esta interpretación de los artículos 21 y 22 del CEDH y del peso de los criterios de género recuerda a la postura adoptada por el Comité, ante la propuesta de la Asamblea de introducir la discriminación positiva en el CEDH con ocasión del Protocolo núm. 14. Y probablemente sirva para que Malta siga siendo el único miembro del Consejo de Europa que evite incluir mujeres en su lista, si no surgen otros que tomen su camino ante la legalidad de su proceder.

Por último, debe destacarse que la posición de los miembros del Tribunal en este asunto es unánime, a la vista de la ausencia de opiniones particulares, lo que dota al dictamen comentado de un valor añadido. Pero el contenido de la opinión consultiva la desmerece. Podría haber promovido la discriminación positiva en su seno y contribuido a determinar las reglas de Derecho Internacional sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Sin embargo, el Tribunal acaba trasladando la responsabilidad de asegurar una mayor igualdad de género a la Asamblea (sin establecer ningún plazo) y desperdicia una buena oportunidad para impulsar el desarrollo de estándares internacionales sobre una justa representación de las mujeres en los Tribunales internacionales.

Elena LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

6. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA AL CIERRE DE GUANTÁNAMO

El 22 de enero de 2009 el presidente de Estados Unidos (EEUU) firmó la orden de clausura del centro de detención ubicado en la Bahía de Guantánamo («Guantánamo»), estableciendo el plazo de un año para su cierre efectivo.

La clausura de Guantánamo, acogida con júbilo por la Comunidad Internacional, entraña sin embargo cuestiones de orden práctico y jurídico difíciles de resolver, destacando entre las mismas la de qué hacer con los actuales reclusos.

A este respecto, cabe distinguir, en líneas generales, dos grupos de reclusos en el seno de Guantánamo: (i) aquellos contra los que los Estados Unidos disponen de pruebas de cargo suficientes como para formular una acusación, y (ii) aquellos contra los que los Estados Unidos no disponen de pruebas como para formular una acusación (libres de cargos).

En relación con el primer grupo, resulta relativamente incontrovertido que dichos reclusos deberían ser sometidos a juicio en los Estados Unidos con las debidas garantías, y caso de ser finalmente condenados, deberían cumplir su condena en los Estados Unidos. Por otro lado, caso de ser finalmente absueltos, estos reclusos deberían ser repatriados a sus países de origen y posiblemente indemnizados por, cuanto menos, la injusta privación de libertad a la que se han visto sometidos.

En cuanto a aquellos presos contra los que Estados Unidos no disponen de pruebas suficientes para formular una acusación, resulta también relativamente incontrovertido que éstos

deberían ser repatriados a sus países de origen y posiblemente indemnizados. Sin embargo, dentro de este segundo grupo se puede distinguir un colectivo sobre el que existe un claro riesgo de que sufran tortura o persecución en sus países de origen caso de ser repatriados. Una solución obvia a este problema consistiría en que Estados Unidos aceptara acoger a este colectivo en su territorio, garantizando protección humanitaria, y una reparación por los perjuicios causados. Estados Unidos no parece sin embargo dispuesto a acoger a la totalidad de este colectivo, razón por la que ha solicitado ayuda a sus socios y aliados. La ayuda solicitada consiste esencialmente en que acepten acoger a alguno de estos reclusos en su territorio.

Los Estados Miembros de la Unión Europea no tardaron en reaccionar a la orden de cierre de Guantánamo. Así, sólo cuatro días después de la firma del cierre de Guantánamo, el 26 de enero de 2009, los Ministros de Exteriores de la Unión Europea («UE») iniciaron la discusión sobre la colaboración que estarían dispuestos a ofrecer de manera coordinada a los Estados Unidos para clausurar Guantánamo.

La necesidad de una respuesta coordinada, obedece, al menos en parte, al acuerdo de Schengen, y en concreto al hecho de que la decisión de cualquier Estado parte del mismo de acoger a un preso de Guantánamo generar automáticamente efectos en el resto de países de la zona sin fronteras internas que Schengen representa.

Por otro lado, el 4 de febrero el Parlamento Europeo (también «PE») aprobó una resolución por la que celebraba el futuro cierre de Guantánamo y solicitaba a los Estados Miembros de la UE que estuviesen dispuestos a aceptar reclusos y a darles un «trato justo y humano» (la «Resolución»). La Resolución constataba que la responsabilidad primaria del proceso de cierre de Guantánamo y del futuro de sus reclusos recaía sobre los Estados Unidos, si bien, «*todos los países democráticos, y especialmente la UE y sus Estados Miembros, que juntos encarnan una comunidad de valores, son responsables del respeto del Derecho internacional y de los derechos fundamentales*» (Resolución del Parlamento Europeo de 4 de febrero de 2009, párrafo segundo).

La Resolución añadía, *in fine*, que los Estados Miembros tienen el deber de cooperación leal de consultarse recíprocamente en relación con los posibles efectos sobre la seguridad pública en toda la UE de alguna de sus decisiones (Resolución del Parlamento Europeo de 4 de febrero de 2009, párrafo cuarto).

Posteriormente, en concreto el pasado 5 de Abril, en el marco de la cumbre UE/EEUU de Praga, el Presidente de Estados Unidos solicitó formalmente asistencia a la UE para el cierre de Guantánamo. Los Estados Unidos solicitaban, en concreto, un marco de apoyo para la reubicación de los reclusos. Un día después, los Ministros del denominado Comité Mixto, a saber, los países de la UE más Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, acordaron las bases de lo que posteriormente constituiría el marco de cooperación de la UE/EEUU para el cierre de Guantánamo.

El acuerdo de los Ministros del Comité Mixto indicaba, en primer lugar, que las decisiones sobre acogida de ex-prisioneros se adoptarían caso por caso y recaerían exclusivamente en los Estados Miembros receptores.

No obstante, y como consecuencia de las normas Schengen, los Ministros del Comité Mixto acordaron que cada Estado consultaría al resto antes de adoptar una decisión final. Además, el Estado de acogida potencial facilitaría al resto la información recibida de los Estados Unidos sobre los ex-reclusos cuya solicitud de acogida estuviese siendo estudiada.

En tercer lugar, los Estados Miembros de la UE deberían hacer partícipes de las consultas e informaciones mencionadas *supra* a Noruega, Islandia y Suiza, los «socios Schengen» de la Unión Europea. La inclusión de estos países en los mismos términos que el resto de Estados Miembros de la UE representa una novedad en el ámbito de la cooperación *ex Schengen*.

Por último, en respuesta a la petición expresa del Presidente de Estados Unidos, los Ministros del Comité Mixto encomendaron al Comité de Representantes Permanentes del Consejo

de la Unión Europea («COREPER») la elaboración de una propuesta de marco para la acogida de presos de Guantánamo. El COREPER debería explorar también la posibilidad de elaborar un memorando de entendimiento con los EEUU sobre el cierre de Guantánamo y el futuro de la lucha antiterrorista basada en el respeto al Derecho internacional.

Aproximadamente un mes más tarde, el pasado 4 de Junio, el Consejo de la Unión Europea, formado por los Ministros de Justicia y Asuntos de interior, y reunido en Luxemburgo, aprobó unas conclusiones relativas al cierre del centro de detención de la Bahía de Guantánamo (Conclusions of the Council and of the representatives of the Governments of the Member States on the closure of the Guantanamo Bay Detention Centre) («las Conclusiones») que recogen fielmente las líneas directrices mencionadas *supra*.

En esencia, las Conclusiones establecen un sistema de intercambio de información entre los países de la Unión Europea y los «socios Schengen» sobre la acogida, por parte de alguno de estos países, de reclusos del penal de Guantánamo. Las Conclusiones constatan, de nuevo, que la responsabilidad principal del proceso de cierre de Guantánamo, así como del futuro de sus reclusos, recae sobre los Estados Unidos. Asimismo, las Conclusiones recuerdan que los Estados Miembros de la UE son libres de acoger presos de Guantánamo, o de no hacerlo, y que la decisión de éstos es exclusiva, si bien, caso de decidir la acogida de algún recluso, el Estado de acogida deberá intercambiar con el resto de países mencionados información sobre los reclusos en cuestión. A continuación se expone brevemente el contenido de las Conclusiones.

Las Conclusiones comienzan con una serie de declaraciones programáticas sobre el deseo de cooperación estrecha por parte de la UE con los Estados Unidos en el ámbito de Libertad, Seguridad y Justicia, el respeto de los derechos individuales y del Estado de Derecho, el objetivo común de lucha contra el terrorismo sin perjuicio del respeto al Derecho internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Las Conclusiones identifican a continuación el grupo de reclusos de Guantánamo a los que las mismas hacen referencia: aquellos reclusos libres de cargos («*cleared for release*») que no pueden ser repatriados a sus países de origen por razones imperiosas, y que han expresado su deseo de ser acogidos por uno o varios Estados Miembros de la UE o «socios Schengen». Más concretamente, con arreglo a las Conclusiones, los reclusos afectados por las mismas son aquellos (i) libres de cargos, (ii) a los que las autoridades estadounidenses no desean imputar, (iii) que por razones imperiosas no pueden regresar a sus países de origen, y (iv) que han expresado su deseo de ser acogidos en un Estado Miembro de la UE o «socio Schengen». Las Conclusiones solicitan a los Estados Miembros que sólo acepten a antiguos reclusos de Guantánamo que respondan a los criterios mencionados.

Como se ha indicado, las Conclusiones constatan asimismo que la responsabilidad principal del proceso de cierre de Guantánamo, así como de encontrar ubicación para sus actuales reclusos recae sobre los Estados Unidos. A este respecto, las Conclusiones subrayan que los Estados Unidos han reconocido que aceptarán en su territorio a algunos detenidos que han expresado su deseo de ser acogidos en los Estados Unidos.

Las Conclusiones señalan además que el apoyo de los Estados Miembros de la UE y de los «socios Schengen» se enmarca en el proceso de revisión de las políticas antiterroristas de los Estados Unidos en aras a adecuarlas al respeto al Derecho internacional y al Estado de Derecho y del, de lo que parece desprenderse que el apoyo europeo está condicionado a un cambio radical de orientación de la política antiterrorista estadounidense.

Por otro lado, y como se ha expuesto *supra*, las Conclusiones subrayan que la decisión de aceptar presos de Guantánamo, así como la determinación del estatus jurídico de los mismos recae exclusivamente en el Estado Miembro o «socio Schengen» de acogida.

Sin perjuicio de lo anterior, y habida cuenta de que con arreglo a las normas Schengen, los ciudadanos de terceros países que residen legalmente en un Estado Miembro de la UE o «socio Schengen» pueden circular libremente en el seno de la «Zona Schengen», la decisión de uno de

estos países de aceptar a detenidos de Guantánamo puede afectar a la seguridad del resto. Por esta razón, las Conclusiones establecen un sistema de consultas e intercambio de información que permite a los Estados Miembros y «socios Schengen» acceder a la información relevante sobre los reclusos cuya reubicación en Europa está siendo estudiada, así como adoptar, si lo consideran necesario, restricciones a la libertad de circulación de los ex-reclusos de Guantánamo aceptados por otros países.

A este respecto, cabe recordar que el riesgo asociado a la aceptación de presos de Guantánamo no es desdeñable. Así, según datos de las propias autoridades estadounidenses, 61 antiguos reclusos del centro de Guantánamo han participado en actividades terroristas después de su liberación (Resolución del PE mencionada *supra*, considerandos D y F). Lo anterior, unido a que los Estados Miembros tienen el deber de cooperación leal de consultarse unos a otros en relación con decisiones que pueden afectar a la seguridad en el seno de UE, hace de las Conclusiones un documento necesario, e importante.

A la luz de las consideraciones precedentes, los Estados Miembros de la UE y los «socios Schengen» acordaron un procedimiento de intercambio de información que consta de dos fases. Las características principales de este mecanismo se describen a continuación.

En la primera fase, cualquier Estado Miembro de la UE y/o «socio Schengen» informará, antes de adoptar una decisión definitiva sobre la acogida de un antiguo recluso de Guantánamo, al resto de socios Schengen y Estados Miembros de la UE sobre la decisión que tiene intención de adoptar. Dicho Estado facilitará también a sus socios toda la información relevante, incluyendo el estatus jurídico que el Estado de acogida en cuestión está considerando otorgar al ex recluso. Esta información deberá ser suficiente como para permitir al resto de socios receptores de la misma evaluar el posible riesgo que para la seguridad puede conllevar el ex recluso en cuestión, así como constatar si dicho ex recluso está siendo objeto de un procedimiento judicial. La información recibida del Estado de acogida debe permitir también al resto de socios adoptar las medidas que consideren convenientes para salvaguardar su propia seguridad interna. Los países receptores de la información deberán además estar en condiciones de enviar comentarios al Estado de acogida sobre la decisión que éste tiene intención de adoptar sobre la base de la información recibida.

En aras a poder cumplir con lo descrito *supra*, tan pronto como uno de los Estados Miembros de la UE o «socio Schengen» reciba una solicitud de los Estados Unidos para acoger a ex reclusos de Guantánamo, y dicho Estado haya declarado su voluntad de considerar dicha acogida, el mismo deberá solicitar, y obtener, de los Estados Unidos toda la información (confidencial o de otro tipo) disponible sobre el ex recluso en cuestión, incluida la información proveniente de los servicios de inteligencia, de modo que el Estado de acogida pueda adoptar una decisión sobre la base de información suficiente y compartir dicha información con el resto de socios de la UE y de los acuerdos de Schengen. Por último, todos los Estados Miembros de la UE y «socios Schengen» deberán ser informados de la decisión definitiva adoptada por el Estado de acogida.

Las Conclusiones precisan también el modo en que el intercambio de información ha de producirse. A este respecto, las Conclusiones indican que será realizado a través de mecanismos de intercambio de información existentes, tales como los establecidos entre los centros nacionales de inteligencia, el mecanismo SIRENE (SIRENE significa «solicitud de información complementaria al puesto fronterizo de entrada», Supplementary Information Request at the National Entry, en inglés, y constituye la principal tarea de las oficinas SIRENE, establecidas en todos los Estados Schengen), o Europol. Las Conclusiones prevén también que los Estados Miembros de la UE y «socios Schengen» faciliten la información sobre ex reclusos de Guantánamo al Comité Mixto respetando las normas sobre protección de datos.

Por otra parte, la segunda fase tiene por objeto el intercambio de información, experiencias, y buenas prácticas («*best practices*») sobre la integración de antiguos reclusos de Guantá-

namo en la sociedad. Información sobre aspectos relacionados con estas personas, como sus cambios de residencia, será objeto de intercambio y consulta. La información prevista en la segunda fase se aplica también a ex reclusos de Guantánamo que hayan sido ya aceptados en el territorio de la UE y/o de los «socios Schengen», como es el caso de al menos un ex recluso en Francia.

Por último, las Conclusiones señalan que el intercambio de información previsto en la segunda fase podrá realizarse a través de grupos de trabajo existentes en el seno del Consejo, o bien de otros grupos informales creados *ad hoc*.

Junto con la puesta en práctica de un mecanismo de intercambio de información que permita a los Estados Miembros de la UE y a los «socios Schengen» prestar apoyo a los Estados Unidos para cerrar Guantánamo, la UE «y sus Estados Miembros» de un lado, y las autoridades estadounidenses de otro, realizaron el pasado 15 de Junio una declaración conjunta sobre el cierre de Guantánamo y el futuro de la cooperación antiterrorista basada sobre los valores comunes, el Derecho internacional y el respeto por el Estado de Derecho y los derechos humanos, (la «Declaración») cuyas principales características se resumen a continuación.

La Declaración, de carácter no vinculante, tiene pues por objeto establecer un marco de cooperación UE/EEUU para el cierre de Guantánamo y, de modo más general, para reforzar la cooperación antiterrorista a ambos lados del Atlántico.

De manera programática, la Declaración recuerda la importancia del respeto a los valores comunes, al Derecho internacional, el Estado de Derecho y los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. El respeto a dichos valores, se añade, garantiza una mayor protección y seguridad («*Consideramos que los esfuerzos para combatir el terrorismo, conducidos de esta manera, nos hacen más fuertes y más seguros*»). Asimismo, la Declaración celebra las medidas adoptadas por el Presidente Obama en aras a cambiar la estrategia antiterrorista de la anterior administración estadounidense, y subraya, en concreto, la revisión de las políticas de detención, traslado, enjuiciamiento e interrogatorio a presuntos terroristas. La Declaración hace también mención expresa a la eliminación de los centros de detención secretos.

La Declaración reafirma también que la responsabilidad primaria del cierre de Guantánamo, así como del futuro de sus actuales reclusos, recae sobre los Estados Unidos. A este respecto, las autoridades estadounidenses se comprometen a facilitar a los Estados europeos toda la información relevante sobre los ex reclusos de Guantánamo que sean acogidos en Europa, incluida la confidencial y la proveniente de los servicios de inteligencia. Los Estados Unidos se comprometen igualmente a estudiar la posibilidad de contribuir, caso por caso, a sufragar los costes relacionados con la reubicación de los ex reclusos de Guantánamo en los que incurran los países de la UE que decidan aceptar a alguno de ellos.

La Declaración incorpora también una sección dedicada a la cooperación futura entre los EEUU y la UE en materia antiterrorista por la que se formalizan reuniones bilaterales entre representantes de los Estados Miembros de la UE, del Consejo de UE y de la Comisión de la UE por un lado, y las autoridades estadounidenses por otro.

La Declaración anuncia, por último, y dependiendo del resultado del proceso de revisión de la política antiterrorista estadounidense, que la Unión Europea y los Estados Unidos estudiarán la posibilidad de adoptar una serie de principios rectores en materia de lucha antiterrorista. A este respecto, el Presidente de Estados Unidos ha señalado que la Declaración «*Nos dará la oportunidad de crear un marco jurídico internacional para hacer frente al terrorismo, lo cual estimo que es muy importante para ambos lados del Atlántico*».

Por otro lado, junto con las Conclusiones y la Declaración, la Unión Europea contribuirá al cierre de Guantánamo, y al cambio en las políticas antiterroristas estadounidenses a través de una contribución a la «*Detention Policy Task Force*», el equipo de asesoramiento del Presidente de Estados Unidos creado para diseñar la reforma de la política de detención de la Admi-

nistración Obama y co-presidido por el Fiscal General y el Secretario de Defensa de los Estados Unidos.

La colaboración de la Unión Europea consiste esencialmente en el envío realizado el pasado 15 de Junio a la «*Detention Policy Task Force*», de un análisis sobre los principios de Derecho internacional relevantes para la lucha antiterrorista y que reflejan valores universales. Las autoridades comunitarias mostraron además su predisposición a participar en las sesiones de la «*Detention Policy Task Force*» para poder explicar, con mayor detalle, la postura defendida en el análisis enviado.

La contribución de la UE a la «*Detention Policy Task Force*» pone además de relieve que la colaboración de los Estados Miembros de la UE al cierre de Guantánamo persigue un objetivo más importante que el cierre del centro de detención: el del restablecimiento de la legalidad internacional y del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. En otros términos, la colaboración de la UE al cierre de Guantánamo tiene también por objetivo contribuir a un giro radical en la política antiterrorista diseñada por la Administración Bush.

En conclusión, la respuesta de la Unión Europea al cierre de Guantánamo, puede ser calificada como positiva por varias razones. En primer lugar, la UE ha sido capaz de dotarse en un tiempo relativamente breve de una estrategia común para acoger a los presos de Guantánamo que permite conciliar la decisión exclusiva de los Estados Miembros de aceptar ex – reclusos con las inquietudes del resto de Estados Miembros y «socios Schengen» en relación con su propia seguridad. En segundo lugar, la imagen de la Unión Europea se ha visto reforzada en el marco internacional, hasta el punto de que el marco adoptado en el seno de la UE puede servir de modelo a otros países como Canadá o Australia a la hora de acoger a presos de Guantánamo. Por último, y más importante, la respuesta de la UE al cierre de Guantánamo ha contribuido a obtener el compromiso por escrito (si bien formalmente no vinculante) de los Estados Unidos de volver a la senda del respeto al Derecho internacional, al Estado de Derecho, y a los derechos y garantías fundamentales en la lucha contra el terrorismo que nunca debieron ser ignorados.

Jorge PIERNAS LÓPEZ

7. LA PROFUNDIZACIÓN DE LAS RELACIONES BILATERALES ENTRE ESPAÑA Y CHINA A TRAVÉS DEL NUEVO ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES

1. La República Popular de China fue uno de los primeros Estados que convinieron un Acuerdo para la Promoción y la Protección de las Inversiones (en adelante, APPRI) con España. De hecho el APPRI celebrado entre España y China en Madrid el 6 de febrero de 1992 (*BOE* 4 de octubre de 1993) (en adelante, APPRI de 1992) ocupa el quinto lugar en el orden cronológico de publicación entre los APPRI todavía vigentes, tan sólo superado por los APPRI con la Unión Soviética (*BOE* 17 de diciembre de 1991), Checoslovaquia (*BOE* 7 de febrero de 1992), Hungría (*BOE* 9 de septiembre de 1992) y Polonia (*BOE* 8 de marzo de 1993). Una vez transcurrido el periodo de vigencia de 10 años fijado en aquel APPRI de 1992, pese a que su artículo 13 preveía su prórroga indefinida, España y China han considerado oportuno introducir reformas en el sistema de protección de las inversiones extranjeras por medio de un nuevo APPRI hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005, tramitado por las Cortes Generales en 2006 (*BOCG, Congreso, Serie C, núm. 163-2, 27 de abril de 2006*) y publicado oficialmente en el *BOE* del 8 de julio de 2008.

China realiza una importante política de inversión en África e Iberoamérica, hasta el punto de que pretende convertirse en el tercer inversor extranjero en este último continente, sólo por detrás de los Estados Unidos de América y España. En este sentido, recientemente se ha anunciado que el fondo soberano *China Investment Corporation*, dotado con 200.000 millones de dólares, desea iniciar sus inversiones en los mercados globales de acciones (ver el diario *China Daily*, el 11 de julio de 2008). Asimismo, China se viene consolidando como el principal cliente de España en la zona de Asia-Pacífico, superando incluso a Japón. En 2007, por ejemplo, las exportaciones españolas a China ascendieron a 2.065 millones de euros, mientras que las importaciones crecieron hasta los 18.648 millones de euros. Desde 2005 varias empresas cotizadas españolas (como *Abengoa*, *Actividades de Construcción y Servicios*, *Aguas de Barcelona*, *Banco Bilbao Vizcaya-Argentaria*, *Gamesa*, *Inditex*, *Indra*, *Técnicas Reunidas* o *Telefónica*) han efectuado importantes inversiones en China y este entusiasmo inversor se ha extendido también entre pequeñas y medianas empresas no cotizadas.

Pese a las mejoras de orden legislativo que se vienen experimentando para favorecer el acceso de la inversión extranjera, evidencia del constante proceso de aperturismo económico en China, resulta necesario efectuar algunas consideraciones generales con carácter previo. Así, debe advertirse que existen determinados sectores en los que China limita (las telecomunicaciones y la venta mayorista de fertilizantes o automóviles) o prohíbe (la investigación con células madre, la exploración geológica, la producción audiovisual y cinematográfica, la operación y propiedad de campos de golf y el desarrollo de contenidos de programación y video para internet) las inversiones extranjeras. De la misma forma, China se ha mostrado muy poco sensible a la internacionalización de las controversias derivadas del comercio. En esta línea, parece oportuno hacerse eco de las críticas formuladas a su Ley de Arbitraje [ver TAO, J. y WUNSCHHEIM, C. von, «Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration», en *Arbitration International*, vol. 23, núm. 2 (2007), 309-325, pp. 311-318]. Sin embargo, no pueden menospreciarse los esfuerzos del Gobierno chino por mejorar el escenario económico para los inversores exteriores, por ejemplo, a través de la entrada en vigor desde enero de 2008 de una nueva Ley sobre el Impuesto de Sociedades, que favorece fiscalmente las inversiones en determinados sectores como la protección del medio ambiente, la energía, la conservación del agua, las infraestructuras o la tecnología (ver http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Laws/law_en_info.jsp?docid=76240, consultada el 7 de agosto de 2008). También se ha llevado a cabo una reforma laboral, en vigor desde enero de 2008, que persigue mejorar las condiciones de los trabajadores y modernizar el régimen laboral (ver http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Laws/law_en_info.jsp?docid=82499, consultada el 7 de agosto de 2008).

En línea con la serie de Notas a los más recientes APPRI celebrados por España que venimos realizando en esta Revista, el presente trabajo examinará las principales disposiciones del APPRI con China y su Protocolo anexo (en adelante, Protocolo), a la luz del anterior APPRI de 1992, así como de otros APPRI celebrados por España con otros Estados del continente asiático [como Corea (*BOE* 13 de diciembre de 1994), Malasia (*BOE* 8 de marzo de 1996), Indonesia (*BOE* 5 de febrero de 1997) o India (*BOE* 3 de febrero de 1999)] y de la reciente práctica convencional de China en materia de inversiones exteriores.

2. En cuanto a las *definiciones de inversor e inversión*, el concepto de inversión propuesto por el APPRI con China dispone, conforme a la tradicional enumeración de otros APPRI celebrados por España, un elenco no exhaustivo de activos mucho más preciso que el APPRI de 1992 (art. 1.1), donde se incluyen las rentas de inversión (art. 1.3 y Adenda al art. 1 del Protocolo). Asimismo, en el nuevo APPRI se reconoce como inversión aquella realizada en una Parte por sociedades de esa misma Parte, cuando éstas sean propiedad o permanezcan bajo el control de inversores de la Contraparte. Esta precisión resulta bastante operativa, puesto que algunos sectores productivos o industriales precisan de la constitución de empresas sometidas

directamente al ordenamiento jurídico chino. El APPRI también protege los cambios en la inversión de los activos realizados de conformidad con el ordenamiento jurídico de las Partes (art. 1.1 *in fine*).

El concepto de inversor del nuevo APPRI reproduce aquél introducido por el APPRI de 1992 y cataloga como tales a las personas físicas que fueran nacionales de una Parte, así como a las personas jurídicas, constituidas de conformidad con la legislación de una Parte y con su domicilio social en ese mismo Estado (art. 1.2). La adopción de este doble criterio para las personas jurídicas guarda fidelidad a los recientes APPRI celebrados con Colombia (*BOE* 12 de septiembre de 2007), Kuwait (*BOE* 1 de abril de 2008) y México (*BOE* 3 de abril de 2008). Los APPRI con Corea (art. 1.1), Malasia (art. I.b) e India (art. 1.1.b), por el contrario, establecen como criterio la constitución conforme al ordenamiento de un Estado parte, mientras que el APPRI con Indonesia (art. 1.2.b) añade a este último criterio el de la «dirección efectiva».

3. El APPRI con China extiende su *aplicación territorial* al espacio terrestre, los espacios marinos donde las Partes ejerzan sus derechos de soberanía y jurisdicción, así como al espacio aéreo (art. 1.4). Se trata, por tanto, de una definición más completa que la del APPRI de 1992, situada en línea con los recientes APPRI celebrados por España. El APPRI con China posee una *duración inicial* de 10 años, hasta el 1 de julio de 2018 (art. 14.1); un periodo susceptible de prórroga automática e indefinida (art. 14.2). Ello no obsta para que las partes puedan solicitar su denuncia un año antes de la finalización del periodo inicial o, habiéndose prorrogado el mismo, mediante notificación a la Contraparte con al menos un año de antelación (art. 14.3). Como resulta habitual en la práctica convencional española, el APPRI permanecería en vigor por un periodo de 10 años desde la fecha de su terminación (art. 14.4). El artículo 14.5 consagra el derecho de las Partes a enmendar el APPRI, de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional (en adelante, DI). No se trata ésta de una cláusula frecuente en los APPRI celebrados por España, si bien el APPRI con Corea también la enuncia (art. 12.4). Huelga advertir que este derecho asiste a las Partes con independencia de su inclusión expresa en el articulado de un tratado internacional, según reza el artículo 39 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*BOE* 13 de junio de 1980).

4. La obligación de *promoción de las inversiones* contempla el mandato de crear las condiciones favorables para el establecimiento de las inversiones y el compromiso de facilitar el acceso a los nacionales de la contraparte que desarrollen actividades relacionadas con la inversión (Arts. 2.1 y 2.4). Aunque nada se dispone respecto al deber de información entre las partes, a diferencia del modélico artículo 3 del APPRI con India y del artículo 12.1 del APPRI de 1992, esta tarea de enlace, información y apoyo a los inversores españoles en la práctica se lleva a cabo a través de las 3 oficinas comerciales que España tiene operativas en China (Pekín, Hong Kong y Shanghai). El deber de *protección de las inversiones* se enuncia resaltando que éstas disfrutarán de protección y seguridad constante en el territorio de las Partes y que no se tomarán medidas injustificadas o discriminatorias contra ellas (Arts. 2.2-2.3). Dicho precepto, por el contrario, elude la inclusión del trato justo y equitativo entre los anteriores deberes e incluye tal disposición junto a las cláusulas del Trato Nacional (en adelante, TN) y de Nación Más Favorecida (en adelante, NMF). Esta posición no resulta aislada en la práctica convencional española, pues en la misma línea se pronuncian el APPRI con Corea (art. 2) y el APPRI con Indonesia (art. 2), pero sí parece poco concordante con el tenor de los APPRI más recientes, como los celebrados con Albania (*BOE* 13 de febrero de 2004), Bolivia (*BOE* 15 de octubre de 2002), Colombia (*BOE* 12 de septiembre de 2007), Guinea (*BOE* 12 de enero de 2004) o Irán (*BOE* 10 de agosto de 2004). En cuanto a la práctica convencional china, cabe advertir que existe una gran heterogeneidad en este punto, puesto que si bien esa misma solución se ha adoptado en el reciente APPRI celebrado entre China y Alemania el 1 de diciembre de 2003, la redacción de otros APPRI no resulta similar [ver, por ejemplo, los APPRI con Francia (30 de mayo de 1984); Italia (28 de enero de 1985); Dinamarca (29 de abril de 1985);

Reino Unido (15 de mayo de 1986); Portugal (3 de febrero de 1992); o Argentina (5 de noviembre de 1992)].

La concesión del trato justo y equitativo a las inversiones se prevé en el artículo 3.1, la misma disposición que reconoce para las «inversiones y actividades asociadas» las cláusulas del TN (art. 3.2) y de NMF (art. 3.3). La razón de esta redacción se explicaría a la luz del Protocolo del APPRI, uno de cuyos adenda dispone una serie de excepciones a la aplicación de los Arts. 2.3 (prohibición de medidas injustificadas o discriminatorias) y 3.2 (concesión del TN). Más en particular, señala dicho precepto que «1. Por lo que se refiere a la República Popular China, el apartado 3 del artículo 2 y el apartado 2 del artículo 3 no serán de aplicación a: a) cualesquiera medidas no conformes existentes en su territorio; b) la continuación de las medidas no conformes mencionadas en la letra a); y c) cualquier modificación de alguna de las medidas no conformes mencionadas en la letra a), siempre que la modificación no incremente la falta de conformidad de la medida». El mismo precepto aclara lacónicamente que China «dará todos los pasos necesarios para eliminar de forma progresiva las medidas no conformes», pero ello no impide que éstas se mantengan y condicionen todavía aquellas inversiones que se hubieren efectuado con anterioridad a la entrada en vigor del APPRI de 1992. En otras palabras, si bien el APPRI de 2005 declara extender su aplicación sobre «las inversiones realizadas tanto antes como después de su entrada en vigor» (art. 11), en virtud de las excepciones establecidas en el referida adenda, para las inversiones españolas establecidas en China antes de su entrada en vigor, debe entenderse operativo el APPRI de 1992 y vigentes las medidas inconsistentes con los Arts. 2.3 y 3.2 del APPRI de 2005 que ya se hubieran decretado.

El artículo 3.4 del APPRI limita la extensión de los beneficios derivados del TN y de NMF cuando una Parte pertenezca a una unión aduanera o una entidad de similar naturaleza jurídica y respecto de los convenios o leyes internas referidas a la doble imposición. El Protocolo recuerda la no obligación de las Partes a hacer extensivas las ventajas y beneficios fiscales que se concedan únicamente a los inversores en su territorio. Asimismo, se añade una tercera excepción en el apartado c) del citado precepto, ya presente de una manera parecida en el artículo 4.3 del APPRI con Indonesia, que se extiende sobre los arreglos que faciliten «el comercio fronterizo a pequeña escala en zonas fronterizas». Por último, la concesión del TN y de NMF está enunciada de una forma tan precisa que descartamos su aplicación sobre las cláusulas relativas a la solución de controversias y, por ende, una eventual invocación de la «doctrina Maffezini».

5. La protección de las inversiones se garantiza prohibiendo la *expropiación o cualesquiera otras medidas similares* (art. 4.1), salvo que éstas cumplan determinados requisitos (respondan a una utilidad pública, sean ejecutadas a través de un procedimiento legislativo, no exista discriminación y se conceda una indemnización al inversor afectado). El importe de la indemnización se cuantifica, como en otros APPRI recientemente celebrados por España, atendiendo al valor de mercado de la inversión «inmediatamente antes de que se realice la expropiación o antes de llegar a conocimiento público la inminencia de la misma, según lo que ocurra antes». En todo caso, la indemnización se determina conforme a los criterios de tasación generalmente aceptados, incluyendo el cómputo de los intereses desde la fecha de expropiación hasta la de pago, y debe realizarse efectivamente, sin demora y en moneda libremente convertible (art. 4.2). Asimismo, como novedad en la relación con China, se otorga el derecho al inversor de solicitar la revisión judicial o administrativa de la medida expropiatoria o del importe de la indemnización en sede interna (art. 4.3). Aunque ello más que un derecho constituye una obligación, si se considera el complejo mecanismo para el arreglo de las controversias inversor-Estado que incorpora este APPRI.

El APPRI, a la luz del TN y de NMF, también protege los supuestos de *pérdidas en la inversión*, como consecuencia de guerras, estado de emergencia o disturbios internos en una Parte, mediante la concesión sin demora de una indemnización o compensación al inversor,

siempre que no fuera posible la restitución (art. 5.1). El segundo apartado del artículo 5 dispone la misma obligación cuando las pérdidas, en las situaciones antes mencionadas, sean causadas por fuerzas o autoridades del Estado receptor de la inversión. Esta redacción, ya presente en el APPRI de 1992, resulta más completa que la de otros APPRI celebrados con Estados de Asia, como Corea (art. 4), Malasia (art. IV) o Indonesia (art. 5).

Las Partes se comprometen a garantizar la *transferencia de las inversiones y otros rendimientos* de los inversores de la Contraparte, incluidos aquellos pagos resultantes de una indemnización por expropiación o pérdidas en la inversión (art. 6). Ahora bien, el Protocolo establece algunas concreciones a esta clásica obligación de transferencia. Unas precisiones que tienen como objeto reforzar la protección de los inversores españoles y evitar que la normativa interna china pueda ralentizar o eludir su pago. Así, las transferencias deben hacerse efectivas en un plazo máximo de dos meses desde su solicitud y China se compromete a no dificultar ni empeorar las formalidades aplicables a las transferencias relacionadas con una inversión. En el apartado 5 de la adenda al artículo 6 del Protocolo, no obstante, las Partes convienen excepcionar el derecho que venimos enunciando en los casos de dificultades excepcionales en la balanza de pagos, siempre que tal facultad se adopte mediante medidas no discriminatorias, equitativas y de buena fe.

6. Como resulta también habitual en la práctica convencional española, las garantías a las inversiones se completan por medio de sendos preceptos que prescriben la *subrogación* y el principio *favor inversionis*. Los inversores pueden celebrar contratos de garantía o de seguro con su Estados de origen, o cualquier entidad designada por éste, para cubrir los riesgos no comerciales derivados de una inversión en el Estado receptor. En tal caso, cuando aquel Estado efectúe un pago en virtud de dichos contratos, queda facultado para subrogarse en la posición jurídica del inversor respecto a los derechos y créditos de este último con el Estado receptor de la inversión (art. 7). Por otra parte, el artículo 10.1 del APPRI permite la aplicación preferente a la inversión de un trato más favorable, concedido en virtud de la legislación de cualquiera de las Partes o de obligaciones de carácter internacional, con independencia de su carácter anterior o posterior al APPRI. El segundo párrafo de este último precepto, al trascender la esfera de las relaciones bilaterales de carácter horizontal y referirse expresamente a los inversores, fortalece la protección de estos e impone a los Estados partes, como también disponía el artículo 3 del APPRI de 1992, la obligación de cumplir con los compromisos que hubieren asumido frente a los inversores de la Contraparte «en relación con sus inversiones».

De la misma forma que el APPRI de 1992, ambas Partes establecen la facultad de celebrar consultas para afrontar cualquier aspecto relacionado con su interpretación o aplicación (art. 13). Como en el APPRI se prevé un mecanismo diferido y progresivo para el reconocimiento del trato justo y equitativo a los inversores españoles, estas consultas parecen muy operativas para ventilar eventuales conflictos hermenéuticos resultantes de aquel reconocimiento. Ahora bien, pese al silencio del APPRI, después del *Caso Clarín [Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI núm. ARB/98/2, Laudo de 8 de mayo de 2008, pár. 377)], cabría poner en cuarentena el alcance de las mismas cuando se hubieran realizado tras haberse registrado la solicitud de arbitraje en una controversia inversor-Estado.

7. Las *controversias entre ambas Partes* derivadas de la interpretación o aplicación del APPRI (art. 8), en caso de no prosperar las citadas consultas diplomáticas, se someten a un tribunal arbitral *ad hoc* que establecerá sus propias normas de procedimiento, decidirá de acuerdo con el APPRI y los principios generalmente admitidos en el DI y resolverá mediante un laudo definitivo y vinculante para las Partes. Dicho precepto no ha sufrido prácticamente variaciones desde su redacción originaria en el APPRI de 1992 y mantiene una concepción estricta de la ley aplicable para ventilar las controversias interestatales, frente a otros APPRI como el de India, que se remite a las «Leyes y a las disposiciones contenidas en el presente

Acuerdo o en otros acuerdos vigentes entre las Partes Contratantes, así como de los principios universalmente aceptados por el derecho internacional» (art. 11.5).

Más novedades presenta el artículo 9, que reglamenta la *solución de las controversias entre un inversor y un Estado*. El 7 de enero de 1992 China presentó la siguiente notificación al Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI): «[P]ursuant to Article 25(4) of the Convention, the Chinese Government would only consider submitting to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes disputes over compensation resulting from expropriation and nationalization». En virtud del artículo 25.4 del Convenio de Washington de 1965 por el que se establece el CIADI (en adelante, Convenio CIADI), en vigor para China desde el 6 de febrero de 1993 y para España desde el 17 de septiembre de 1994, los Estados miembros pueden notificar al CIADI las diferencias que aceptan someter a su competencia. Ya el artículo 9 del APPRI de 1992 limitaba los supuestos donde el inversor, transcurrido el preceptivo plazo de 6 meses, podía iniciar un arbitraje internacional ante el CIADI o un árbitro o tribunal arbitral y designado *ad hoc*. Esta facultad únicamente era posible para dirimir el importe de una indemnización resultante de una medida expropiatoria o de similar naturaleza. Asimismo, dicho APPRI disponía importantes beneficios para China en cuanto a la elección definitiva del foro, puesto que obligaba al inversor a pactar el procedimiento y las reglas aplicables y, en el caso de que no se llegara a un acuerdo para elegir el medio de arreglo adecuado, decretaba el recurso a un tribunal arbitral conformado a partir de las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, UNCITRAL).

El artículo 9 del nuevo APPRI permite someter a arbitraje con carácter general «las controversias que puedan surgir (...) relativas a una inversión», en el bien entendido que si el inversor eligiera el CIADI debería considerar el alcance de la declaración efectuada por China a la competencia de aquella entidad. Con esta declaración China mantiene su posición distante hacia el CIADI, pero no priva al inversor de un posible arbitraje en el marco de UNCITRAL. Importa mencionar que esta práctica se está extendiendo en la política convencional de inversiones china y se ha manifestado, por ejemplo, en el reciente APPRI con Alemania (art. 9.3). En cualquier caso, deben efectuarse dos precisiones que moderan sensiblemente el nuevo régimen jurídico instaurado para regular la solución de las controversias inversor-Estado. En primer lugar, el APPRI no resulta de aplicación sobre aquellas controversias o reclamaciones que fueran objeto de un procedimiento judicial o arbitral antes de su entrada en vigor, que seguirán regidas por el APPRI de 1992. En segundo lugar, el Protocolo adjunto al APPRI obliga a agotar «el procedimiento de revisión administrativa previo establecido en las leyes y reglamentos de la República Popular China antes de someter la controversia a los procedimientos de arbitraje» internacional, bien sea un tribunal organizado de acuerdo con las reglas del CIADI o un tribunal *ad hoc* que actúe conforme a las reglas de UNCITRAL. Las autoridades chinas se comprometen en el mismo precepto *in fine* del Protocolo a que la duración máxima del procedimiento de revisión administrativa no exceda los 3 meses. Así, pese al notable aperturismo introducido por el nuevo sistema de arreglo de las controversias inversor-Estado, el inversor español que inicie un litigio con el Estado chino debe inexorablemente agotar la vía administrativa previa para, posteriormente, elegir de manera definitiva el foro encargado de conocer la controversia. Ello comporta la necesidad para el inversor de extremar su comportamiento procesal en la vía interna, para evitar que China presente excepciones a la competencia del tribunal arbitral en sede internacional.

8. El APPRI de 2005, en definitiva, revela la tensión entre el aperturismo y el mantenimiento del régimen político que en nuestros días caracteriza el sistema jurídico y económico chino. En este sentido, conviene analizar y leer cada uno de sus preceptos a partir de esta evidencia para delimitar su alcance con precisión. En cualquier caso, desde una perspectiva estrictamente jurídica, dicho APPRI supone una consolidación de la relación bilateral iniciada

en 1992, principalmente en todo aquello que se refiere al establecimiento de un catálogo bien definido de obligaciones que mejoran la protección del inversor. Asimismo este APPRI impulsa la internacionalización de los mecanismos de arreglo de las controversias entre China y los inversores españoles. Por consiguiente, los compromisos alcanzados por China y España pueden homologarse con los que aquel Estado asiático ha convenido con el resto de miembros de la Unión Europea, aun cuando hubiera sido deseable perfeccionar algunos aspectos concretos de la relación como, por ejemplo, el régimen de protección en materia de TN.

Francisco José PASCUAL VIVES