V. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. LA SOMBRA DEL CASO MEDELLÍN (2008) ES ALARGADA

1. Las actuaciones en el ámbito de la jurisdicción estadounidense que siguieron a la sentencia *Avena* y otros nacionales mejicanos del TIJ de 31 de marzo de 2004, excelente exponente de la a veces complicada relación de los Estados con el Derecho internacional, fueron el incentivo que me movió a elaborar la Nota doctrinal publicada en esta misma Revista («Desarrollos recientes a propósito del asunto *Avena* [TIJ, 2004]: la difícil relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno», LIX [2007] núm. 2, 681-696). En su apartado 4.1 analizaba la situación de uno de los 51 afectados por la sentencia del TIJ, José Ernesto Medellín, condenado a muerte ante los tribunales estadounidenses por la violación y asesinato de dos adolescentes en 1993, sin que pudiese cerrarla entonces de manera definitiva, pues, tal y como se hizo constar (p. 690), la decisión final del Tribunal Supremo (TS) estadounidense, previsiblemente polémica, no se había hecho aún pública.

Como ya se esperaba, la sombra del asunto Medellín ha sido alargada: un año ha transcurrido desde entonces y avances (o retrocesos, según se mire) respecto de este caso merecen una nueva reflexión que actualice y complete la información que en su día se proporcionó: la sentencia del TS a la que aludía vio finalmente la luz en marzo de 2008, con un veredicto nada favorable para el acusado; México volvió a remover el caso ante la CIJ solicitando el 5 de junio una interpretación de la sentencia *Avena* y José Ernesto Medellín fue, pese a todo, finalmente ejecutado el 5 de agosto de 2008.

2. A fin de ponernos en antecedentes, dicho sea sin perjuicio de remitir para los detalles al lector a la mencionada Nota, una breve introducción al caso resulta conveniente: Medellín era uno de los 51 nacionales mexicanos implicados en el asunto *Avena*. Cuando el TIJ declaró que Estados Unidos había violado el derecho de asistencia consular previsto en el artículo 36.1 de la *Convención de Viena sobre relaciones consulares* de 1963 que, a juicio del tribunal recoge derechos individuales y que, por tanto, debía garantizar la revisión de las condenas de los afectados, el acusado continuó su periplo de apelaciones ante los tribunales estadounidenses (iniciado, de hecho, de antemano confiando en que la sentencia previa del TIJ en el asunto *LaGrand* le permitiera reconsiderar su situación). Tras varias negativas de tribunales inferiores, el TS, el 23 de mayo de 2005 (*Medellin v. Dretke*, 544_US 660), en una sorprendente decisión, rechazó emitir su opinión al considerar que era posible que los órganos judiciales del Estado de Texas (los que tenían jurisdicción en el asunto) se pronunciaran a la luz de los *nuevos acontecimientos*, reconsiderando sus anteriores negativas a las apelaciones y revisaran la sentencia.

El Tribunal se refería tanto a la sentencia del TIJ como al memorándum del presidente G. W. Bush hecho público en febrero de 2005 y en el que se declaraba públicamente la intención del Gobierno de acatar la sentencia Avena, llamando a los tribunales estatales a dar efecto a la misma.

Sin embargo, el 15 de noviembre de 2007, el Tribunal de Apelaciones Penales de Texas se negó a revisar el caso (223 SW 3d, p. 352) alegando que ni la decisión Avena ni el *memorándum* presidencial constituían Derecho federal vinculante. El TS concedió un nuevo *certiorari* el 30 de abril de 2007 (550 US_2007), haciéndose pública el 25 de marzo de 2008 la resolución final (*Medellín v. Texas*, 552 US_2008), que rechazó de lleno la eficacia directa del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico estadounidense. No han sorprendido, sin embargo, sus afirmaciones: cuando el 28 de junio de 2006 resolvió los casos de Moisés Sánchez Llamas y Mario A. Bustillo (548 US_331 2006; «Desarrollos recientes...», cit., 690-692), dos individuos no implicados en la sentencia Avena pero cuyos derechos según el art. 36 de la Convención de Viena también habían resultado conculcados, ya dejó bien claro que no consideraba las decisiones del TIJ obligatorias (salvo para las partes y el caso concreto) y se decantó a favor de la aplicación del Derecho interno en detrimento del internacional.

Habiendo optado el TS por ese camino, era difícil que decidiera desandararlo en el asunto Medellín, y así lo expresé en su momento («Desarrollos recientes...», 694), pero aún quedaba hueco para la esperanza en tanto en cuanto Medellín, a diferencia de Sánchez-Llamas y Bustillo, sí figuraba en la lista de los 51 mexicanos del caso Avena, con lo que podría esperarse un tratamiento más favorable de su caso. Nada más lejos de la realidad, sin embargo, tal y como veremos.

3. La sentencia del TS de 25 de marzo de 2008 giró, fundamentalmente, sobre dos aspectos: la obligación de los tribunales estadounidenses de ajustarse a lo dispuesto en el caso Avena y el valor vinculante o no del *memorándum* firmado por el presidente:

A) Respecto de la primera cuestión, el TS consideró que la sentencia Avena del TIJ crea efectivamente una obligación de Derecho internacional para Estados Unidos (p. 8 de la misma), pero que no por ello debe deducirse que todas las obligaciones de Derecho internacional son automáticamente aplicables por los tribunales estadounidenses. Lo esencial para que esto sea así es la naturaleza *self-executing* o no del tratado que recoge la obligación, concluyendo el Supremo que ni el Protocolo Opcional, ni la Carta de las Naciones Unidas, ni el Estatuto del TIJ (los tres textos implicados en la cuestión) crean derecho obligatorio en ausencia de legislación de desarrollo y que, en tanto en cuanto ésta no existe en el ámbito que nos interesa, la sentencia Avena no es de manera automática derecho interno vinculante (p. 10).

La obligación de cumplir las sentencias del TIJ derivaría, según los jueces del Supremo, no del Protocolo Opcional, sino del artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas, considerando que el contenido de este artículo «is not an acknowledgement that an ICJ decision will have immediate legal effect in the courts of United Nations members», sino «a commitment on the part of United Nations members to take future action through their political branches to comply with an ICJ decision». La disposición de la Carta, se afirma, no está pensada para los tribunales internos (p. 12), lo que además confirma el apartado dos al afirmar que, en caso de incumplimiento de las sentencias del TIJ, será el Consejo de Seguridad el que decidirá qué hacer. Si las sentencias del TIJ fueran directamente aplicables, razona el Tribunal (pp. 13 y 14), no habría que acudir al Consejo de Seguridad (idea que fue también defendida en el asunto Sánchez-Llamas y Bustillo, 548 US_2006, p. 347).

El argumento esgrimido de que Medellín debía ser tratado más benevolentemente que Sánchez-Llamas por tratarse, él sí, de uno de los 51 mexicanos (recordemos la afirmación del TS en el caso Sánchez-Llamas y Bustillo de que la sentencia era sólo obligatoria para el caso concreto, p. 19, permitía hacerse ilusiones con esa posibilidad) es desmontado por el tribunal con un razonamiento cuando menos peculiar: los casos ante el TIJ suelen estar relacionados

con personas o entidades concretas, siendo lo que los hace especiales el que un Estado decida asumirlos (p. 16), con lo que Medellín no es un supuesto aislado al que se deba dar un trato distinto o preferencial. Nuevamente, como ya hizo en el asunto Sánchez-Llamas y Bustillo, se tergiversa el núcleo del problema para eludir lo que el TIJ quiso dejar claro en el párrafo 151 de la sentencia Avena: «... el hecho de que en este caso el fallo del tribunal se refiera sólo a nacionales mejicanos no supone que las conclusiones alcanzadas en la resolución actual no se apliquen a otros nacionales extranjeros que se encuentren en situación similar en los Estados Unidos».

Especial atención mereció la cuestión de la naturaleza *self-executing* o no de las normas aplicables al caso (pp. 19 ss). En efecto, Medellín argumentó que en virtud de la cláusula de supremacía estadounidense (las normas y los tratados «*shall be the Supreme Law of the Land*», art. VI de la Constitución), los instrumentos internacionales relacionados con el cumplimiento de la sentencia Avena (Carta de las Naciones Unidas, Protocolo Opcional a la Convención de Viena sobre Derecho Consular y Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia) son Derecho de rango superior que todos los tribunales deberían cumplir (p. 8 de la sentencia). El TS realiza un exhaustivo estudio acerca de la naturaleza *self-executing* o no de un tratado para responder a este argumento del demandante, considerando que pese a que en muchos casos se ha acudido al lenguaje del tratado, lo esencial para determinar que un tratado pertenece a la categoría de los *non self-executing* es que se dirija al estamento político y no al judicial (p. 20), en cuyo caso se entiende que necesitará una legislación de desarrollo (será, pues, *non self-executing*). El juez Breyer en su voto disidente (al que se unieron los jueces Souter y Ginsburg) adopta, sin embargo, la postura contraria: si los tratados son la Norma Suprema de la Tierra, lo lógico, afirma, será que los jueces los respeten (p. 1 de su opinión). Según el juez, Estados Unidos ha ratificado unos setenta tratados con cláusulas de resolución de controversias similares a la del Protocolo: ¿sería pues creíble que en todos habrá que desarrollar la legislación oportuna? (p. 16 de su voto).

Para el TS, las sentencias del TIJ no son obligatorias en los ordenamientos internos y su contundencia al expresarlo habla por sí sola: «... while the ICJ's judgment in Avena creates an international law obligation on the part of the United States, it does not of its own force constitute binding federal law that re-empts state restrictions on the filing of successive habeas petitions» [...]. «Nothing in the texts, background, negotiating and drafting history, or practical among signatory nations suggest that the President or Senate intended the improbable result of giving the judgments of international tribunal a higher status than that enjoyed by many or our most fundamental constitutional protections». Además se afirma, el mejor argumento en contra de la obligatoriedad (p. 20) de las sentencias del TIJ es la conducta de las partes: ni Medellín ni los *amici* que lo han apoyado con sus escritos han sido capaces de identificar una sola nación que así las considere en sus tribunales nacionales (afirma el Tribunal que sólo identificaron un asunto ante los tribunales marroquíes en el que, puntualiza, simplemente se afirmó el carácter dispositivo de sus resoluciones, mencionando además otros casos en los que, de hecho, un tribunal también marroquí y otro belga dictaminaron expresamente la no obligatoriedad, p. 20 de la sentencia, nota núm. 10).

B) La segunda cuestión a la que el TS dedicó parte de su resolución fue el análisis de la naturaleza del memorándum del presidente Bush de febrero de 2005. En él, como precisé en su día («Desarrollos...», cit., 683-685), se declaraba la voluntad del Gobierno de acatar la sentencia Avena y el deseo de que los tribunales dieran efecto a la misma de acuerdo con el principio de cortesía (*general principles of comity*).

Medellín había alegado ante el Supremo que el memorándum era obligatorio y que los jueces quedaban, pues, por él vinculados, pero el Tribunal entendió, basándose en jurisprudencia anterior, que la autoridad presidencial debe siempre derivar de un acto del Congreso o de la Constitución (p. 29) y que aunque el presidente tiene un amplio abanico de medios políticos y

diplomáticos para hacer cumplir lo previsto en las normas, convertir un tratado *non self-executing* en *self-executing* no es uno de ellos, pues ese poder sólo reside en el Congreso (p. 30). El Congreso, se afirma (p. 34), ha autorizado al presidente a representar a Estados Unidos ante las Naciones Unidas, pero esta posibilidad se refiere a responsabilidad internacional, no a ninguna autoridad unilateral para crear Derecho interno: «... that is, the non-self-executing character of a treaty constrains the President's ability to comply with treaty commitments by unilaterally making the treaty binding on domestic courts. The President may comply with the treaty's obligations by some other means, so long as they are consistent with the Constitution». A esto debe añadirse el hecho de que no existe un solo precedente similar y anterior que permita otorgar un valor diferente al referido y que permitiera considerar el memorándum fruto de una práctica consolidada (p. 36).

El juez Stevens aportó una opinión concurrente, haciendo constar la difícil situación en la que el asunto Avena y sus daños colaterales a nivel interno para el Gobierno estadounidense había ocasionado, adivinándose en sus palabras una crítica al Estado de Texas: el coste de aplicar voluntariamente la sentencia Avena (que, pese a todo, no cree obligatoria porque está de acuerdo con la resolución dictada) sería mínimo, mientras que el de no hacerlo lo elevaría mucho en lo que se refiere a la reciprocidad en la aplicación de la Convención, la relación con otros Estados y, en definitiva, en cuanto a su grado de compromiso con el Derecho internacional (p. 6; algo similar afirman los jueces Breyer, Souter y Ginsburg).

No ha sido el asunto Medellín la única ocasión en que argumentos parecidos a los del juez Stevens se han aplicado en casos relacionados con el incumplimiento del artículo 36 de la Convención de Viena. De hecho, fueron esas y no otras las razones que en su día movieron al Tribunal de Distrito del Condado de Oklahoma a conceder la revisión de su condena a Osvaldo Torres, otro de los implicados en el asunto Avena y que corrió mejor suerte que Medellín («Desarrollos...», cit., 692).

4. Las posibilidades se agotaban para el mejicano: la sentencia del Supremo no hacía sino apoyar los razonamientos que hasta ese momento había esgrimido el Estado de Texas, pero México exploró una última vía en un intento final de auxiliar a su nacional: el 5 de junio de 2008 presentó ante el TIJ una nueva demanda sobre la interpretación de la sentencia de 31 de marzo de 2004 en el asunto Avena y otros nacionales mejicanos, en concreto, respecto del párrafo 153 (9) de la misma para comprobar si la obligación de Estados Unidos de revisar y reconsiderar las sentencias y condenas constituía una obligación de comportamiento o de resultado. Al mismo tiempo, solicitaba medidas cautelares con el fin último de evitar que cinco mexicanos (Medellín entre ellos) fueran ejecutados al menos hasta que el Tribunal dictaminara (párr. 23). No existe aún sentencia sobre el fondo, aunque el TIJ ha aceptado a día de hoy la concesión de las medidas cautelares solicitadas (Auto de 16 de julio de 2008, <http://www.icj-cij.org>).

Estados Unidos, aun estando de acuerdo en que la sentencia impone una obligación jurídica de resultado y no de medios (párr. 32), deja entrever que, al haberse retirado del Protocolo Opcional (el instrumento que confiere jurisdicción a la Corte) el 7 de marzo de 2005, la revisión de los juicios, única vía factible para resucitar el tema, constituía un abuso de procedimiento que pretendía conseguir la aplicación de la sentencia Avena, algo que va más allá de la función de la Corte. Ésta, de acuerdo con su decisión en el asunto sobre la revisión e interpretación de la Sentencia de 24 de febrero de 1982 en el *asunto relativo a la plataforma continental (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia)* consideró que para demostrar existente la controversia que exige el artículo 60 de su Estatuto a fin de fundamentar un recurso de interpretación basta con demostrar que se dan opiniones opuestas respecto de su decisión.

La Corte reconoció que el Gobierno estadounidense había tomado diferentes medidas para respetar las obligaciones internacionales del asunto Avena (párr. 75), pero pese a ello admite (por 7 votos contra 5) la demanda de interpretación y decide, como medida cautelar, que los

cinco mexicanos no sean ejecutados hasta que emita su sentencia, a menos que sus casos reciban la revisión oportuna (párr. 80).

Estados Unidos sí admitió su responsabilidad respecto de los actos de sus subdivisiones políticas (párr. 42 de la sentencia del TIJ) y esta cuestión salió a relucir en las opiniones disidentes de algunos de los jueces al asunto y, aunque todos ellos coinciden en que los argumentos de Méjico no demostraron la existencia de una controversia bajo el artículo 60 (párr. 13 de la opinión disidente del juez Buergenthal, párr. 5 de la del juez Skotnikov y párr. 1 de la opinión disidente conjunta de los jueces Owada, Tomka y Keith), sus conclusiones difieren. Para el juez norteamericano (Buergenthal), Estados Unidos no sería responsable porque «la posición de Texas respecto del sentido, alcance o naturaleza de las obligaciones de Estados Unidos bajo el asunto Avena no le es imputable», viniendo a afirmar que como estos órganos judiciales no hablan en nombre de Estados Unidos en el plano internacional, sus posturas no se pueden atribuir a aquél. Olvida sin duda el juez la norma de Derecho internacional general, que recoge el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), de que un Estado no puede refugiarse en su Derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales. Si de acuerdo con sus argumentos, aceptáramos que los jueces no están obligados a cumplir las obligaciones internacionales, estaríamos alimentando la quiebra del Derecho internacional, porque, ¿de qué le vale a un ordenamiento jurídico predicarse como tal si su respeto a nivel interno va a ser nulo?

Sí consideran responsable a Estados Unidos los otros tres jueces (párr. 3 de su opinión disidente conjunta), pese a reconocer que la solicitud de interpretación no debiera haberse concedido y que, además, no implica garantía alguna adicional a la que en su día otorgó la de 2004. Y llevaban razón, porque una de las ejecuciones previstas, la de Medellín, tuvo finalmente lugar el 5 de agosto de 2008 sin que la resolución de 16 de julio (las resoluciones, de hecho, porque también la sentencia Avena incidía en la cuestión) del TIJ, ni las peticiones formuladas de la Secretaría de Estado, Condoleezza Rice el 17 de junio de 2008 hicieran temblar la mano del gobernador de Texas, Rick Perry, al firmarlas.

En las opiniones disidentes de los jueces se deja entrever, además, que éstos son conscientes de que el objetivo principal de la solicitud de interpretación no era tal sino forzar a Estados Unidos a suspender la aplicación de las penas de muerte. El juez Skotnikov, que así lo declaró («the real issue is compliance with the judgment rather than its interpretation», párr. 1 de su opinión disidente), consideró que el tribunal debería haber hecho uso de sus poderes para exigir a Estados Unidos tomar todas las medidas necesarias (párr. 91). ¿En qué poderes podía estar pensando el juez? Son pocas las opciones que se me ocurren para que la Corte, tan atada siempre de pies y manos, pueda actuar con éxito en este sentido.

5. Los abogados de Medellín intentaron *in extremis*, el 1 de agosto, ante el TS, la suspensión de la condena alegando que el Congreso o, incluso, el Estado de Texas en un futuro no lejano podría determinar por ley que las resoluciones de la CIJ deberían ser tenidas en cuenta. El TS no aceptó esta opción por considerarla demasiado remota (Medellín v. Texas, 554 US [2008], p. 1), pero sí que existía una iniciativa legislativa impulsada por los demócratas en el Congreso: *Avena Case Implementation Act* de 2008, presentada pocos días antes (el 14 de julio) con el fin de crear una acción civil con efectos retroactivos para reparar posibles daños ante el incumplimiento de determinadas obligaciones de Estados Unidos bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y su Protocolo Opcional (*11th Congress, 2nd Session, H. R. 6481*; de hecho, algunos jueces, como Souter, dejaron constancia de ello en su opinión disidente).

El Acta es, de momento, sólo una propuesta (<http://www.govtrack.us/congress>), que aún debe pasar por duros trámites (debate en el *Committee on the Judiciary*, en primer lugar; ser votada en Congreso, en el Senado y, finalmente, ratificada por el presidente) y, dada la falta de intención política al respecto ha quedado patente durante los cuatro largos años transcurridos

desde la sentencia del TIJ en el asunto *Avena*, sería comprensible se valorase con escepticismo la posibilidad de un eventual final feliz. Si tanto preocupaba al Gobierno incumplir el Derecho internacional, lo cierto es que poco hizo para cubrirse las espaldas en Derecho interno e intentar aprobar una legislación de desarrollo. Es más, si dicha preocupación era real tampoco se entiende muy bien su retirada del Protocolo a la Convención de Viena («Desarrollos...», cit). ¿Sería excesivo en todo caso, antes de manifestar mi rotundo convencimiento de que no hay solución, esperar por si la era Obama aporta nuevos aires?

El 4 de agosto de 2008 los abogados del Estado de Texas urgieron al TS para que permitiera la ejecución de Medellín, aunque con una precisión en su escrito digna de mención: en el futuro, se afirmaba, en los casos en los que esté implicado alguno de los mexicanos afectados por la sentencia *Avena* que no hayan obtenido la revisión adecuada, el Estado de Texas se unirá a la defensa para solicitarla. Después de un nuevo intento fallido de retrasar la ejecución ante el TS, el día 5 de ese mismo mes don José Ernesto Medellín recibía la inyección letal.

6. ¿Cuáles serán las consecuencias finales del asunto? Los esfuerzos oficiales que la Administración estadounidense ha llevado a cabo para conseguir la revisión de las sentencias han contribuido sin duda a mejorar su imagen ante la opinión pública mundial, pero no conseguirán eximirle de toda responsabilidad.

La cuestión es que, a día de hoy, son ya varios los seres humanos que han sufrido en sus propias carnes los efectos de esta lucha entre el Derecho interno y el Derecho internacional (LaGrand, *Avena*, Medellín). Cuatro mexicanos de los incluidos en la lista de los 51 se hallan pendientes de ejecución en Texas, dos tribunales (el Tribunal Supremo de California y el de Apelaciones del Quinto Circuito) han negado la reconsideración de otros asuntos; el Estado de Arkansas se ha limitado a conmutar la pena de muerte de Rafael Camargo por la de cadena perpetua, sin aceptar la revisión, objetivo que no era en absoluto el pretendido por el TIJ. El balance actual indica que sólo en el caso *Torres* («Desarrollos...», cit., p. 692) ha tenido lugar la oportuna revisión. Es más, fuera del ámbito de la sentencia *Avena* se sigue ignorando la naturaleza obligatoria de la Convención de Viena (asunto *Cornejo v. County of San Diego*, núm. 05-56202, 9th Cir. Sept. 24, 2007, <http://www.ca9.uscourts.gov>), sin que el ejemplo de *Jogi* (*Jogi v. Voges*, núm. 01-1657, 7th Cir. Sept. 27, 2005, <http://www.ca7.uscourts.gov>) haya cundido tanto como nos hubiera gustado («Desarrollos...», cit., 693-694).

El Derecho internacional pierde, pues, de nuevo la partida y, aunque estamos a la espera de la decisión definitiva del TIJ sobre la interpretación solicitada por México, Estados Unidos parece haber mostrado ya sus cartas.

María José CERVELL HORTAL

2. LA SENTENCIA AL BARAKAAT Y KADI DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante «TJCE») en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo* y Comisión (en adelante «Kadi»), es una sentencia importante, tanto desde un punto de Derecho comunitario como *iusinternacionalista*.

El asunto planteaba esencialmente dos cuestiones, a saber, (i) ¿es competente el Consejo de la Unión Europea para adoptar un Reglamento que aplica una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por la que se imponen sanciones inteligentes («*smart sanctions*») contra ciudadanos de un país tercero no vinculados a un gobierno?, y (ii) ¿son competentes los tribunales comunitarios para controlar la legalidad de un Reglamento tal a la luz de la primacía

en Derecho internacional de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptadas en virtud del capítulo VII? La sentencia Kadi no sólo responde a ambas cuestiones sino que clarifica las relaciones entre los ordenamientos comunitario e internacional.

2. El señor Yassin Abdullah Kadi y la entidad *Al Barakaat International Foundation*, fueron sancionados por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, a la congelación de sus fondos y restantes activos financieros por su presunta vinculación a Usamah bin Ladin, Al-Qaida y los talibanes.

Al considerar que para aplicar esta Resolución era necesaria una acción de la Comunidad, el Consejo de la Unión Europea (en adelante «el Consejo») adoptó el 27 de mayo de 2002 la Posición común 2002/402/PESC, y, para que ésta surtiera efecto, el Reglamento (CE) núm. 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002 (en adelante el «Reglamento»), que ordena la congelación de los fondos y restantes activos financieros de las personas y entidades que figuran en una lista adjunta al Reglamento. A esta lista, que reproducía la elaborada por el Comité de Sanciones de Naciones Unidas, se añadieron los nombre del señor Kadi y de la entidad *Al Barakaat*.

El señor Kadi y la entidad *Al Barakaat* interpusieron sendos recursos de anulación contra el Reglamento ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (en adelante «TPI»), alegando en esencia que el Consejo no era competente para adoptar dicho Reglamento, y que el mismo vulneraba varios de sus derechos fundamentales, en concreto, el derecho a ser oído, el derecho a un control jurisdiccional efectivo, el derecho al respeto de la propiedad y el principio de proporcionalidad. *Al Barakaat* invocó también que el Reglamento vulneraba el artículo 249 CE habida cuenta de que al dirigirse contra las personas y entidades mencionadas en la lista, el Reglamento no tenía un alcance general, como dicho artículo exige para la adopción de Reglamentos.

El 21 de septiembre de 2005, el TPI desestimó mediante dos sentencias las pretensiones de los recurrentes concluyendo, en primer lugar, que el Consejo había adoptado válidamente el Reglamento al recurrir a una base jurídica formada por los artículos 60 CE, 301 CE y 308 CE, y en segundo lugar, que los tribunales comunitarios no eran competentes para controlar la legalidad de este tipo de actos habida cuenta de la primacía de la Carta de las Naciones Unidas sobre el Derecho comunitario (primario y secundario). No obstante, el TPI resolvió que los tribunales comunitarios sí que serían competentes en el caso de que una Resolución del Consejo de Seguridad vulnerase normas imperativas de Derecho internacional conocidas como de *ius cogens*. Por otro lado, la sentencia también afirma que el hecho de que un Reglamento designe específicamente a una serie de personas y entidades, no le priva de su carácter general, por lo que el artículo 249 CE había sido respetado. Esta conclusión fue confirmada por el TJCE sin detenerse mucho en su razonamiento, por lo que no se desarrollará este motivo al comentar el fallo del TJCE a continuación. El señor Kadi y *Al Barakaat* recurrieron las sentencias del TPI, ante el TJCE, en casación.

3. El TJCE confirmó que el Consejo era competente para adoptar el Reglamento controvertido sobre la base de los artículos 60, 301 y 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante «CE»), si bien concluyó que el razonamiento del TPI adolecía de un error de Derecho. Como se expondrá, la diferencia entre el razonamiento empleado por ambos tribunales conlleva implicaciones prácticas importantes.

Los artículos 60 CE y 301 CE facultan al Consejo para adoptar medidas urgentes contra *terceros países* sobre movimientos de capitales y pagos en aras a ejecutar una acción o posición común adoptada con arreglo al Tratado de la Unión Europea («UE»), como la mencionada Posición Común 2002/402/PESC. Estos artículos constituyen, por tanto, una *pasarela* entre las acciones de la Comunidad en sede de imposición de sanciones económicas a terceros países y los objetivos del Tratado UE en materia de relaciones exteriores.

Las medidas de congelación de fondos y restantes activos financieros previstas por el Reglamento entraban, pues, en el ámbito de aplicación de los artículos mencionados por lo que, en otros términos, no se planteaba una verdadera cuestión competencial *rationae materiae*. El problema era, en realidad, la aplicación *rationae personae* del Reglamento, pues, como se ha expuesto, el tenor literal de los artículos mencionados permite la adopción de este tipo de medidas contra *terceros países*, pero no así contra ciudadanos de aquellos no vinculados a su gobierno. En efecto, como constató el TJCE, los artículos 60 CE y 301 CE prevén la imposición de sanciones «*respecto de los terceros países de que se trate*» y «*con uno o varios terceros países*», concepto que incluye a los dirigentes de países terceros, así como a individuos y entidades asociados o controlados por ellos, pero no a los ciudadanos o entidades que no se encuentren en ninguna de estas dos categorías.

La diferencia entre el razonamiento del TJCE y el del TPI al respecto estriba en el modo de cubrir esta laguna. Así, aunque ambos tribunales concluyeron que el Consejo había obrado correctamente al recurrir al artículo 308 CE para ese fin, los motivos por los que llegaron a esta conclusión son distintos.

Como es sabido, el artículo 308 CE permite al Consejo adoptar medidas oportunas *para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad*, cuando no exista para ello ninguna base jurídica en el Tratado CE que le confiera la competencia necesaria al efecto. Como recordó acertadamente el Abogado General del asunto, señor Poirares Maduro (en adelante el «Abogado General»), se trata de una *disposición habilitadora* que *prevé los medios pero no el objetivo*, es decir, que permite a la Comunidad dotarse de medios para alcanzar objetivos previstos en el Tratado CE.

Pues bien, según el TPI, habida cuenta de la *pasarela* establecida entre las acciones de la Comunidad y los objetivos del Tratado UE en materia de relaciones exteriores por los artículos 60 CE y 301 CE, el recurso al artículo 308 CE resultaría justificado a fin de alcanzar el objetivo de Política exterior y de seguridad común (en adelante «PESC») que éste persigue.

El TJCE concluyó que este razonamiento del TPI era incorrecto. En efecto, como señaló el TJCE, «si se aceptase la postura del Tribunal de Primera Instancia, dicho artículo permitiría, en el contexto específico de los artículos 60 CE y 301 CE, adoptar actos comunitarios que persigan, no uno de los objetivos de la Comunidad, sino uno de los objetivos del Tratado UE en materia de relaciones exteriores». En otros términos, el razonamiento del TPI suponía *de facto* la eliminación del sistema de pilares en lo relativo a este tipo de medidas. El TJCE sostuvo que no cabe interpretar el artículo 308 CE de este modo, pues sólo cabe recurrir al mismo cuando se persiga un objetivo de la Comunidad, concepto que no comprende los objetivos de la Unión. Por otro lado, el TJCE constató, de conformidad con su jurisprudencia tradicional (véase *e.g.* el dictamen 2/94) que el artículo 308 CE no puede servir de base *para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones de dicho Tratado y, en particular, de las que definen las misiones y acciones de la Comunidad*.

A este respecto, la sentencia afirma que el artículo 3 UE, según el cual «la Unión tendrá un marco institucional único que garantizará la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario. La Unión velará, en particular, por mantener la coherencia del conjunto de su acción exterior en el marco de sus políticas en materia de relaciones exteriores, de seguridad, de economía y de desarrollo. El Consejo y la Comisión tendrán la responsabilidad de garantizar dicha coherencia y cooperarán a tal fin. Asegurarán, cada cual conforme a sus competencias, la realización de tales políticas», no puede servir de base para ampliar las competencias de la Comunidad más allá de los objetivos de ésta. En suma, el TJCE restableció con claridad, guste más o menos desde un punto de vista *iusinternacionalista*, la *arquitectura constitucional de los pilares*.

No obstante, el TJCE no anuló la sentencia del TPI por este motivo, puesto que, de conformidad con su propia jurisprudencia, «si los fundamentos de Derecho de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia revelan una infracción del Derecho comunitario, pero el fallo de dicha sentencia resulta no obstante justificado con arreglo a otros fundamentos de Derecho, el recurso de casación debe desestimarse» (véase *e.g.* asunto *JCB Service/Comisión*, C-167/04 P). En efecto, como se ha indicado, si bien el TPI incurrió en un error de Derecho en su interpretación del artículo 308 CE, su fallo resulta sin embargo justificado, pues, como se expondrá a continuación, el TJCE también concluyó que el Consejo era competente para adoptar el Reglamento sobre la misma base jurídica.

Según el TJCE, la adopción de medidas *ex* artículos 60 CE y 301 CE para ejecutar decisiones adoptadas en el marco de la PESC *constituyen la expresión de un objetivo implícito y subyacente*, no ya de la Unión, sino de la propia Comunidad (apartado 226). En consecuencia, el primer requisito para la aplicación del artículo 308 se cumplía por cuanto que las medidas persiguen un objetivo de la Comunidad. Quedaría solamente por verificar la concurrencia del segundo requisito para la aplicación de dicho artículo, a saber, que las medidas adoptadas en base al mismo guarden relación, por su propia naturaleza, con el funcionamiento del mercado común. El TJCE concluyó que así sucedía también en el presente caso, pues, de no adoptar el Consejo una medida de aplicación general en toda la Comunidad, se podría dar una proliferación de medidas económicas y financieras nacionales como las que prevé el Reglamento, que podría alterar a la sazón el funcionamiento del mercado común, y en concreto, los intercambios comerciales entre Estados miembros, el ejercicio del derecho de establecimiento, e incluso el mantenimiento de la competencia.

Cabría preguntarse a este respecto si el razonamiento del TJCE no resulta también forzado pues, si el artículo 308 no permite introducir nuevos objetivos en el Tratado CE, resulta dudoso que sirva para rescribir el mismo. En este sentido, quizá hubiera sido más apropiado concluir, como hiciera la Comisión y el Abogado General, que una base jurídica formada por los artículos 60 CE y 301 CE hubiera sido suficiente. En efecto, una lectura teleológica de estos artículos permitiría adaptarlos a las nuevas modalidades de sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad para luchar contra el terrorismo, sanciones que responden, a su vez, a las nuevas formas de éste. De este modo se podría haber armonizado, de un lado, los objetivos de lucha contra el terrorismo perseguidos por la posición común, con el respeto escrupuloso de la arquitectura constitucional de pilares. No obstante, de haber escogido esta opción, el TJCE podría haber sido acusado de ignorar el tenor literal del Tratado CE (que no prevé sanciones a particulares no vinculados a un gobierno) al tiempo que enfatiza la importancia la noción de comunidad de Derecho en la misma sentencia.

4. Como se ha indicado, el TPI sostuvo, de oficio, y con carácter previo a resolver las presuntas violaciones de Derechos fundamentales alegadas por los recurrentes que, habida cuenta de los principios de Derecho internacional que regulan las relaciones entre el sistema de Naciones Unidas y el ordenamiento jurídico comunitario, los tribunales comunitarios no pueden ejercer control alguno sobre la legalidad del Reglamento controvertido, puesto que éste aplicaba una resolución del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, disfrutando por tanto *de inmunidad de jurisdicción*, salvo en lo relativo al respeto de la compatibilidad del mismo con las normas imperativas del *ius cogens*. La decisión del TPI reconocía, por tanto y sin ambages, la primacía del Derecho internacional sobre el comunitario primario y secundario. Por contra, la sentencia de TJCE rechaza esta *vis iusinternacionalista* y confirma su jurisprudencia tradicional: el Derecho internacional goza de primacía sobre el Derecho comunitario derivado, pero no sobre el primario.

El TJCE llega a esta conclusión a través de tres argumentos en mi opinión convincentes, (i) la Comunidad Europea es una Comunidad de Derecho basada en la «*carta constitucional fundamental*» de los Tratados a cuyo respeto no pueden sustraerse ni los Estados miembros ni las ins-

tuciones comunitarias, (ii) un acuerdo internacional, por importante que éste sea, no puede menoscabar el orden de competencias establecido por los Tratados ni, *por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario*, y (iii) los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho comunitario y su respeto constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios que no podrán ser incompatibles con el respeto de los mismos.

En consecuencia, como concluyó el TJCE en un párrafo que merece ser reproducido por su contundencia, «[d]e estos precedentes se deduce que las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del Tratado CE, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, y que el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido por dicho Tratado» (apartado 285).

El TJCE mitigó en parte esta afirmación al señalar, quizá formalista pero correctamente, que el control de legalidad del TJCE se limitaba al de los actos comunitarios, y no al de la resolución aprobada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *ni siquiera limitando su control al examen de la compatibilidad de tal resolución con el ius cogens*. No obstante, habida cuenta de que el Reglamento controvertido se limitaba a aplicar dicha resolución en la Comunidad, resulta obvio que el TJCE ejerce un control indirecto de la misma. El TJCE no esquivó sin embargo la cuestión de fondo que trasciende a la sentencia del TPI, esto es, si a pesar de ser en principio posible dicha revisión, los principios que regulan las relaciones entre el ordenamiento jurídico de Naciones Unidas y el ordenamiento jurídico comunitario, impiden el ejercicio de cualquier tipo de control jurisdiccional sobre la legalidad del Reglamento controvertido.

En este sentido, el TJCE reconoce que la actuación de la Comunidad está vinculada por el Derecho internacional (véanse los asuntos Poulsen y Diva Navigation C-286/90, Rec., p. I-6019 y Racke C-162/96, Rec., p. I-3655), y que los actos adoptados en ejercicio de las competencias de la Comunidad deben interpretarse a la luz del mismo. Por tanto, cuando la Comunidad se dispone a aplicar, a través de medidas adoptadas *ex* artículos 60 CE y 301 CE, resoluciones del Consejo de Seguridad, «tiene en efecto el deber de atribuir especial importancia al hecho de que, conforme al artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, la aprobación de resoluciones por parte del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de dicha Carta constituye el ejercicio de la responsabilidad primordial conferida a dicho órgano internacional de mantener la paz y la seguridad a nivel mundial, responsabilidad que incluye, en el ámbito de dicho capítulo VII, la facultad de determinar lo que constituye una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales y la facultad de adoptar las medidas necesarias para mantenerlas o restablecerlas» (apartado 294). En consecuencia, cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 60 CE y 301 CE, la Comunidad queda obligada a adoptar las medidas que exige dicha resolución conforme a los términos y objetivos de la misma.

No obstante, el TJCE concluyó, en un ejercicio de interpretación directa de la propia Carta de Naciones Unidas, que ésta no obliga a seguir un método de recepción determinado en el ordenamiento interno de las resoluciones del Consejo de Seguridad *ex* capítulo VII. En consecuencia, la misma no se opondría, siempre según el TJCE, a un procedimiento de control jurisdiccional sobre la legalidad, conforme al Derecho interno, de la aplicación de tales resoluciones a la luz de los derechos fundamentales. En este sentido, cabe mencionar que el Abogado General Maduro había ya apuntado que en algunos Estados miembros, como Alemania, Italia, Hungría o Polonia, era improbable que las medidas nacionales de aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad pudieran sustraerse del control jurisdiccional (véase nota al pie 34 de la Opinión del Abogado General).

El Derecho internacional goza, pues, según el TJCE, de primacía sobre el Derecho derivado pero no sobre el Derecho primario, a la luz del cual deberán interpretarse los actos de aplicación del Derecho internacional. Es más, el TJCE parece distinguir a su vez el Derecho pri-

mario y los derechos fundamentales, que se situarían por encima incluso de éste. Así, reconoce que, de conformidad con la jurisprudencia (asunto Centro-com, C-124/95, *Rec.*, p. I-81) el artículo 307 CE permite excepciones a la aplicación del Derecho primario, y que el artículo 297 CE autoriza tácitamente obstáculos al funcionamiento del mercado común por parte de un Estado miembro en aplicación de obligaciones contraídas por éste en aras del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, «no cabe interpretar dichos artículos en el sentido de que permitan establecer excepciones a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, consagrados como bases de la Unión en el artículo 6 UE, apartado 1» (apartado 303). En este sentido, como hace el Abogado General, cabría mencionar el artículo 49 UE en cuanto que condiciona el ingreso de nuevos miembros en la Unión Europea al respeto de los principios del artículo 6 UE.

Por otro lado, algunas de las partes en el procedimiento alegaron que el TJCE debería haberse declarado incompetente (i) habida cuenta de que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH») así lo habría hecho respecto de diversos actos de aplicación de resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad *ex* capítulo VII, y (ii) puesto que el régimen de sanciones establecido por las Naciones Unidas protege suficientemente los derechos fundamentales de las personas designadas por el Comité de Sanciones mediante un procedimiento de revisión.

En cuanto al primer argumento, el TJCE concluyó que la práctica del TEDH coincidía con la adoptada en esta sentencia por cuanto que el TEDH se había considerado competente para revisar actos de desarrollo de resoluciones del Consejo de Seguridad adoptados por los miembros de la ONU, e incompetente para pronunciarse sobre la legalidad de las propias resoluciones del Consejo de Seguridad o sobre actos en cualquier modo imputables a la propia Organización de Naciones Unidas. En cuanto al segundo argumento, que recuerda a las sentencias *Solange* del Tribunal Constitucional Federal alemán al sugerir que, dado que el régimen de sanciones del sistema de Naciones Unidas protege suficientemente los derechos fundamentales no sería necesaria la intervención del TJCE, el Tribunal rechaza, en principio, esta posibilidad, subrayando que la misma supondría una excepción al régimen de protección de los derechos fundamentales establecido por el Tratado CE, si bien se podría argumentar, *a contrario*, que el TJCE deja la puerta abierta a una solución de este tipo en el futuro al constatar que la misma «carece de justificación desde el momento en que resulta evidente que el mencionado procedimiento de revisión no ofrece las garantías de una tutela judicial» (apartado 322).

En suma, a la luz de las consideraciones precedentes, el TJCE considera que el TPI incurrió en un error de Derecho al declarar que «de los principios que regulan las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas y el ordenamiento jurídico comunitario se deduce que el Reglamento controvertido, por estar destinado a aplicar una resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que no deja ningún margen de apreciación al efecto, debe disfrutar de inmunidad de jurisdicción en cuanto a su legalidad interna, salvo en lo que respecta a su compatibilidad con las normas que forman parte del *ius cogens*,» por lo que anuló las sentencias recurridas sobre este punto (apartado 327).

Una vez alcanzada esta conclusión, el TJCE decidió resolver directamente las alegaciones formuladas por los recurrentes en cuanto a la violación de sus derechos fundamentales. Así, en relación con el derecho a ser oído y a un control jurisdiccional efectivo, el TJCE constató que las autoridades comunitarias deberían haber comunicado a los recurrentes, antes de su inclusión en la lista del anexo I del Reglamento controvertido, los motivos por los que se les incluía en dicha lista, omisión que no sólo vulneraba el derecho a ser oído sino que impedía a los tribunales comunitarios controlar la legalidad del Reglamento, puesto que los recurrentes no habían podido defender sus derechos ante el juez comunitario, precisamente porque el Regla-

mento no detallaba las pruebas utilizadas en su contra, por lo que el TJCE constató también la violación del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo.

En segundo lugar, en relación con la violación del derecho al respeto de la propiedad invocado por el señor Kadi, el TJCE constató, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, que dicho derecho no es absoluto y que razones de interés general, como la lucha contra el terrorismo, pueden justificar su restricción. No obstante, habida cuenta de que el Reglamento fue adoptado sin ofrecer audiencia alguna al señor Kadi, y dado que la restricción impuesta a su derecho es de un alcance y duración considerables, se viene aplicando desde 2001, el TJCE concluyó que el Reglamento restringe injustificadamente el derecho de propiedad de las recurrentes.

A la luz de lo anterior, el TJCE decidió anular el Reglamento controvertido en lo que respecta a las partes recurrentes, si bien, en virtud del artículo 231 CE, decidió prorrogar los efectos del mismo, siempre en relación con los recurrentes, durante tres meses a partir de la fecha de la sentencia para que el Consejo pudiera remediar las violaciones constatadas.

5. Como se ha expuesto, la sentencia Kadi es importante por varios motivos. En primer lugar, en cuanto a la competencia de la Comunidad para aplicar resoluciones del Consejo de Seguridad, si bien considero que habría sido más plausible, y menos forzada, la conclusión de que el Consejo era competente sobre la base de los artículos 60 CE y 301 CE, la solución del TJCE en relación con el artículo 308 CE puede permitir al Consejo cubrir en el futuro otras «lagunas», y dotarse de este modo de una flexibilidad que podría resultar positiva para combatir al terrorismo internacional más eficazmente.

En segundo lugar, en relación con la competencia de los Tribunales comunitarios para revisar la legalidad de Reglamentos como el controvertido, la decisión del TJCE me parece más coherente con la jurisprudencia comunitaria y con el principio de la autonomía del ordenamiento jurídico «nuevo» que constituyen los tratados en el orden internacional (sentencia *Van Gend en Loos*) que la del TPI. Por otro lado, esta sentencia puede tener importantes implicaciones, en mi opinión positivas, tanto para el Derecho interno de los Estados miembros como para el propio Derecho internacional.

Desde el punto de vista del Derecho interno, la sentencia confirma en mi opinión que los Estados miembros no pueden sustraerse del control jurisdiccional de los derechos fundamentales al adoptar reglas internas de aplicación de resoluciones del Consejo de Seguridad. Al menos, como expuso claramente el Abogado General en el apartado 10 de sus conclusiones, cuando las mismas estrenen en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (como lo hacen, por ejemplo, las medidas de congelación de fondos). Esta sentencia podría por tanto generar una cierta uniformidad en el ámbito de la Unión Europea así como evitar que alguna de las jurisdicciones donde actualmente se podrían ejercer este control, como por ejemplo la alemana, inicie una nueva saga *Solange*, lo que no se podría haber excluido si el TJCE se hubiera declarado incompetente.

Desde el prisma del Derecho internacional público, se podría argumentar que esta sentencia amenaza con fragmentar la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad puesto que otras jurisdicciones podrían seguir su ejemplo. Del mismo modo, es cierto que la observancia de los derechos de defensa por parte del Comité de Sanciones podría privar a las resoluciones del Consejo de Seguridad de la celeridad y, sobre todo, de la eficacia, que conlleva el «efecto sorpresa» de medidas como la congelación de fondos. Sin embargo, aun cuando estos argumentos gozan de cierta validez, considero que no bastan para negar un mínimo respeto de los derechos de defensa. En efecto, medidas como las previstas por el Reglamento permiten condenar a cualquier persona *de facto* a la pobreza de la noche a la mañana, y ello sin que ésta reciba explicación alguna de los motivos en los que se basa dicha decisión, y sin que disponga de recurso, administrativo o judicial, alguno contra la misma.

En mi opinión esto es intolerable. Los últimos años de lucha contra el terrorismo internacional demuestran que los *atajos* legales y el «*todo vale*» no conducen a nada (positivo). En este sentido, cierto control independiente sobre los cargos alegados contra una persona, aunque éste fuera *ex post*, realizado en un plazo breve desde la adopción de este tipo de medidas, me parece imprescindible, se ejerza éste en el seno de Naciones Unidas, preferentemente, o en el fuero nacional o comunitario en su defecto. Considero que no generaría grandes problemas, y podría evitar graves injusticias.

En efecto, y para concluir, coincido plenamente con el ex-presidente del Tribunal Supremo de Israel, citado por el Abogado General Maduro en el apartado 45 de sus conclusiones, en que se deben defender, desde las más altas esferas de poder, el respeto de las leyes y de los derechos fundamentales, precisamente ahora que se cumplen 60 años de la firma de la Carta de Naciones Unidas, pues, efectivamente, «*cuando truenan los cañones es cuando más necesarias son las leyes*».

Jorge PIERNAS LÓPEZ

3. LA APLICACIÓN DEL CONVENIO-MARCO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS NACIONALES EN ESPAÑA: EL «SEGUNDO CICLO»

España se encuentra entre los veintiún países que firmaron el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales (en adelante CMMN) en el momento de la apertura a la firma, el 1 de febrero de 1995, con lo cual se daba a entender que España estaba completamente conforme con sus disposiciones y dispuesta a integrarlas en su ordenamiento. Esta voluntad quedó aún más patente por la rapidez con que se produjo la ratificación, apenas sin debate parlamentario, el 1 de septiembre de 1995. No obstante, y dado que hacía falta la ratificación de doce Estados miembros del Consejo de Europa, su entrada en vigor general no se produjo hasta el 1 de febrero de 1998 (*BOE* núm. 20, de 23 de enero de 1998, pp. 2310-2314; correcciones de errores en *BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 1998, p. 4944; y núm. 39, de 14 de febrero de 1998, p. 5358).

Dicho CMMN establece reglas sustantivas para la protección de las minorías nacionales, y además contiene disposiciones procesales para el control de su aplicación a nivel internacional. En virtud de sus arts. 24 a 26, el CMMN obliga a los Estados partes a presentar periódicamente informes sobre el cumplimiento que en sus respectivos ordenamientos internos se está dando al Convenio. Estos informes son evaluados por un comité de expertos en la materia, el denominado Comité Consultivo, que elabora una Opinión sobre el informe del Estado y formula propuestas de recomendaciones sobre la aplicación del CMMN. La Opinión del Comité Consultivo se transmite al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que dirige una Recomendación al Estado pronunciándose oficialmente sobre el cumplimiento del CMMN dado por el mismo y proponiéndole las medidas a adoptar para mejorar la situación. En una nota anterior en esta misma *Revista* pusimos de manifiesto los resultados del primer ciclo de informes periódicos en virtud del art. 25 del Convenio-marco [*REDI*, vol. LVI (2004), pp. 525-530]. En abril del presente año 2008 finalizó para España el segundo ciclo de informes, con la adopción de la Recomendación del Comité de Ministros (Resolución CM/ResCMN(2008)1, de 2 de abril de 2008), en que se hizo pública también la Opinión del Comité Consultivo sobre España (documento ACFC/OP/II(2007)001, de 22 de febrero de 2007). Para todos los documentos relacionados con el procedimiento de control, ver el sitio web del Consejo de Europ. www.coe.int. Se puede observar en este segundo ciclo de informes que algunas cosas han mejorado en la práctica española relativa a las minorías nacionales —oportunamente puestas de relieve por parte del Comité

Consultivo—. En cambio, otros aspectos siguen sin ser resueltos, sobre todo la insuficiente publicidad del Convenio-marco en España entre la sociedad civil y entre las distintas administraciones públicas. Creemos que esas deficiencias justifican que en este lugar tratemos de poner de manifiesto los aspectos mejorables de la práctica española en esta materia. Así, nuestro comentario se estructura en tres apartados. Comenzamos en primer lugar por los aspectos formales o procesales de este segundo ciclo de informes, siguiendo con la cuestión del ámbito de aplicación del CMMN, y terminando con la aplicación del CMMN por los tribunales españoles.

I. Por lo que se refiere a los aspectos formales o procesales de este segundo ciclo de informes, merece la pena en primer lugar destacar el gran retraso con que, también en esta segunda ocasión, se ha entregado el informe estatal al Comité Consultivo. El segundo informe debería haber estado entregado a principios de 2004, y se retrasó hasta el 10 de abril de 2006, es decir, que se presentó con más de dos años de retraso. En efecto, se rozó el plazo máximo de los 24 meses de retraso a partir del cual el Comité Consultivo puede decidir realizar una evaluación de oficio de la situación en un Estado parte, en virtud de lo autorizado por el Comité de Ministros en su Decisión adoptada en su reunión núm. 832, del 19 de marzo de 2003. Fue probablemente esta amenaza procesal la que motivó a las autoridades a entregar finalmente el informe estatal. Pero las autoridades españolas volvieron a ralentizar el procedimiento en otros momentos, puesto que una vez adoptada la Opinión del Comité Consultivo el 22 de febrero de 2007, esperaron casi diez meses para formular los Comentarios del Estado, que fueron presentados el 11 de diciembre de 2007. Por otra parte, hay que señalar que toda la documentación no llegó a publicarse hasta la adopción de la Recomendación del Comité de Ministros el 2 de abril de 2008. De este modo, el gobierno español ha retrasado hasta el máximo plazo permitido tanto su informe como sus comentarios a la Opinión. No obstante, esto no tendrá el efecto real de ralentización del procedimiento, puesto que la fecha para la entrega del tercer informe estatal ya es inminente, a saber el 1 de febrero de 2009. Las autoridades españolas han confirmado su voluntad de entregar su informe periódico con mayor puntualidad (*Segunda Opinión sobre España*, p. 4), y sólo queda esperar que así sea. En el *Plan Nacional de Derechos Humanos* del gobierno español, hecho público el 10 de diciembre de 2008, desde luego no hay ninguna referencia a la colaboración con los órganos internacionales en lo que se refiere a los informes periódicos.

Un segundo aspecto mejorable de la práctica española es la continua falta de diálogo interministerial para la elaboración de los informes periódicos, agravada además por la ausencia de diálogo con los propios grupos afectados, es decir, las minorías, que podrían aportar información relevante para la evaluación del cumplimiento del CMMN. Esta información no siempre tiene que ser negativa, sino que muchas veces puede completar y enriquecer las conclusiones sobre los efectos positivos de las políticas públicas en materia de minorías nacionales. Muchos otros Estados partes en el Convenio-marco han diseñado mecanismos para mantener este diálogo, como por ejemplo Austria (remisión a los Consejos Asesores de Minorías Nacionales de Austria, cfr. *Segundo Informe de Austria*, ACFC/SR/II(2006)008, de 1 de diciembre de 2006, p. 6), o Finlandia (organización de reuniones de discusión con una lista de personas y organizaciones representativas de la sociedad civil, cfr. *Segundo Informe de Finlandia*, ACFC/SR/II(2004) 012 E, de 10 de diciembre de 2004, pp. 9-10). Parece poco razonable pensar que estos mecanismos, u otros similares, no puedan ser utilizados también por España, lo que se demuestra, además, si se compara con la actitud de España ante el mecanismo de control del Comité de Expertos de la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias. El segundo informe español ante el Comité de Expertos fue presentado por el Ministerio de Asuntos Exteriores después de un proceso de elaboración en que habían participado estrechamente las Comunidades Autónomas y los Ministerios más directamente afectados por la política lingüística en España (Ministerios de Educación y Ciencia, Justicia, Asuntos Exteriores y de Cooperación, y la Presidencia). Toda esta labor fue coordinada por el Ministerio de Administraciones Públicas

a través de la Dirección General de Cooperación con las Comunidades Autónomas. Las Comunidades Autónomas habían elaborado, con anterioridad al informe estatal, sus propios informes («informes preliminares»), que se basaban en el cuestionario que había distribuido el Consejo de Europa para estos fines. A partir de estos informes preliminares se incorporaron los datos relevantes al informe general del Estado español (*Segundo Informe de España al Comité de Expertos de la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias*, MIN-LANG/PR (2007)3, de 30 de abril de 2007, p. 2). Este es un buen ejemplo de lo que podría hacerse también en la elaboración del informe sobre el Convenio-marco.

A pesar de las deficiencias señaladas, lo cierto es que algunos aspectos de la posición española ante este mecanismo de control sí han experimentado alguna mejora. En particular, ha mejorado la relación de cooperación con el Comité Consultivo. Siguiendo una práctica muy habitual del Comité, éste había propuesto también a España durante el primer ciclo de informes la realización de una visita *in situ* de acuerdo con el par. 32 de la Resolución (97) 10 del Comité de Ministros, con el fin de que una delegación de sus miembros recabara información de primera mano, a través de contactos con autoridades públicas nacionales, regionales y locales, así como con representantes de la sociedad civil, sobre el estado de cumplimiento del CMMN. De este modo, el propio Comité Consultivo completaría la información contenida en el informe del Estado. Estas visitas a los países sólo son posibles para el Comité Consultivo si media una invitación formal del respectivo gobierno. Ante la negativa inicial del gobierno español a una visita del Comité Consultivo, la primera Opinión de este órgano fue adoptada sin haber realizado su visita a España. La primera autorización de visita fue extendida por el gobierno español a finales de 2004, tras el cambio de gobierno como resultado de las elecciones generales de 14 de marzo de 2004. Sin embargo, esta invitación llegó demasiado tarde para que el Comité Consultivo pudiera tenerla en cuenta en el primer ciclo (*Primera Opinión sobre España*, p. 6). Por esto, se pospuso la visita para tener lugar, finalmente, entre los días 20 y 24 de noviembre de 2006. Durante esta visita, una delegación compuesta por tres miembros del Comité Consultivo, con el apoyo de un miembro del Secretariado del Comité Consultivo, acudió personalmente a las ciudades de Sevilla y Madrid, manteniendo diversos contactos con representantes de la administración pública y de la sociedad civil, incluidos representantes de las minorías afectadas. Ello permitió la realización de discusiones abiertas y constructivas con los agentes sociales con algún interés en estas materias, lo que contrastó notablemente con el silencio y ausencia de diálogo por parte de las autoridades durante el primer ciclo. Este cambio en la posición española ayudó mucho al Comité a entender las dificultades y obstáculos para una aplicación completa del Convenio-marco en España (pueden verse los comentarios positivos en este sentido en la *Segunda Opinión sobre España*, sobre todo pp. 2 y 4). Aprovechando esta buena disposición al diálogo, el Comité Consultivo ha recordado en su Segunda Opinión que el diálogo constructivo con los Estados no se agota en la fase anterior a la adopción de la Recomendación por el Comité de Ministros, sino que abarca también la fase posterior, mediante, *inter alia*, la organización de un seminario de seguimiento. Estos seminarios de seguimiento son reuniones entre miembros del Comité Consultivo y autoridades públicas, con el apoyo de miembros y expertos de la sociedad civil del país afectado, que sirven de foro de diálogo sobre soluciones concretas que se pueden dar a los problemas pendientes en el cumplimiento del Convenio-marco y que habían sido suscitados en la Opinión del Comité Consultivo. Estos seminarios son particularmente útiles cuando las políticas públicas y las legislaciones a adoptar en cumplimiento de la norma internacional son especialmente complejas y entrañan opciones de política pública con importantes repercusiones financieras y sociales. Dado que este es el caso en la aplicación del CMMN, es de esperar que en España se entable un diálogo constructivo con el Comité Consultivo, y también que la sociedad civil contribuya al mismo con propuestas viables y eficaces.

En este contexto, y para finalizar las consideraciones sobre los aspectos formales del procedimiento de control, conviene indicar que en esta Segunda Opinión se continuó criticando la escasa difusión que en España existe del CMMN y de los derechos sustantivos que aporta. En opinión del Comité Consultivo, el Estado tiene una especial responsabilidad por hacer conocer el contenido de esta norma convencional entre su población. No basta con haber publicado el convenio en el *Boletín Oficial del Estado*, ya que esta publicación es un requisito formal del ordenamiento español para la aplicabilidad general del tratado por sus órganos y las personas que se hallan en territorio español. Han de encontrarse mecanismos para dar una difusión más amplia al Convenio-marco entre el público (*Segunda Opinión sobre España*, par. 26, p. 8). La práctica de otros países europeos puede dar ideas sobre la forma de difundir el CMMN y la Opinión del Comité Consultivo. Una manera muy sencilla sería la publicación de esta documentación en el sitio web del Ministerio de Asuntos Exteriores o del Ministerio del Interior. Complementariamente a esto, su traducción a la lengua española y las lenguas regionales o minoritarias existentes en España, incluido el *caló* o romaní, contribuiría a su aceptación y difusión entre las minorías nacionales. Se podría también elaborar una «guía» sobre el CMMN, que incorporaría el texto y una explicación del significado de su articulado, y repartirlo entre los ayuntamientos, otras administraciones públicas y juzgados españoles.

Se observa aquí que el CMMN no sólo ha supuesto obligaciones sustantivas para España en materia de minorías nacionales, sino también un amplio elenco de compromisos formales o procesales que son esenciales para una aplicación efectiva de las obligaciones sustantivas de carácter internacional asumidas por España. Todas estas obligaciones, al no ser recogidas expresamente en el articulado del CMMN, sino desarrolladas posteriormente por el Comité Consultivo, constituyen un buen ejemplo del principio de efecto útil que se ha de dar a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, como elemento adicional a los criterios clásicos de interpretación de los tratados. Mediante este principio, el Comité Consultivo de hecho puede exigir al Estado toda una gama de medidas (en primer lugar de carácter formal) para lograr una aplicación plena del Convenio en su ordenamiento interno. Seguramente el gobierno español no había pensado en todas estas consecuencias cuando ratificó, con tanta precipitación como imprevisión, el Convenio-marco en el año 1995.

II. El segundo tema al que se va a consagrar nuestro comentario es el ámbito de aplicación del CMMN en España, un viejo tema que ya había sido polémico durante el primer ciclo de informes. No hay en el CMMN una definición de «minoría nacional», lo que deja un amplio margen de apreciación al Estado para la determinación de su ámbito de aplicación. De hecho, ante esta ausencia de definición, algunos Estados formularon sendas declaraciones interpretativas en el momento de su ratificación para aclarar qué entendían, desde su punto de vista, o para los efectos de su ordenamiento interno, por «minoría nacional», aunque esto sólo ha contribuido a incrementar aún más la heterogeneidad de concepciones jurídicas de los Estados. Ello se traduce en la práctica en una gran dificultad para encontrar una definición exhaustiva de este concepto jurídico (*vid. sobre ello, ARP, B. Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Madrid, 2008, pp. 123-200). De todos modos, el CMMN establece unos criterios mínimos para la determinación de su ámbito de aplicación. Así, según su art. 3, toda persona tiene derecho a ser tratada o no como perteneciente a una minoría nacional, sin que puedan surgir desventajas a partir de esta elección. Además, dicho artículo señala que los derechos consagrados en el Convenio-marco pueden ser ejercidos tanto individualmente por cada persona, como también conjuntamente con otras. En definitiva, se establece la libertad de elección de cada persona para formar parte de una determinada cultura nacional. En consecuencia, no es el Estado, ni ninguna autoridad estatal, ni tampoco ninguna asociación o persona jurídica de Derecho privado, quien puede decidir sobre la pertenencia a una minoría nacional. Esta decisión sólo la puede tomar la persona individualmente considerada. El Comité Consultivo, en consecuencia, sostiene que el Estado ha de realizar un complejo proceso de consulta con la

sociedad civil acerca de las comunidades nacionales existentes sobre su territorio. En el caso de España, que a efectos del primer ciclo de informes sólo reconocía la aplicabilidad del Convenio-marco a la minoría gitana, el Comité Consultivo recomendaba al gobierno español realizar consultas con las demás comunidades culturales y lingüísticas con profundo arraigo en España, mencionando al efecto expresamente a las nacionalidades que están constituidas en Comunidades Autónomas, así como las comunidades de habla «asturiana» (o bable), aragonesa y aranesa. A ello además se añadió una referencia a la potencial inclusión en el ámbito de aplicación del CMMN de la cultura tamazight propia de la población bereber, que se concentra esencialmente en la Ciudad Autónoma de Melilla. No obstante, en el segundo informe estatal, España se mantuvo firme en su posición de reconocer únicamente respecto de la cultura gitana la aplicabilidad del CMMN, si bien es cierto que al menos en relación con el art. 6, el gobierno había admitido su posible aplicación a más grupos, y no sólo a los gitanos. Esto prueba que también el gobierno español inicia la interpretación «artículo por artículo» (*interpretation on an «article-by-article» basis*). Frente a ello, el Comité Consultivo critica extensamente la falta de reconocimiento de la población bereber y recuerda que la cultura bereber, de religión musulmana y lengua tamazight, habita tradicionalmente en el Rif, un área en el norte africano entre Argelia y Marruecos. Las estimaciones indican que personas pertenecientes a esta cultura constituyen alrededor del 50 por 100 de la población de la Ciudad Autónoma de Melilla y que se encuentran en proporciones mucho menores en algunos otros lugares. Si bien se reconoce que las autoridades melillenses han comenzado a ofrecer enseñanza primaria en lengua tamazight, no se les reconoce oficialmente como minoría nacional ni se protegen otros aspectos de su cultura. A diferencia del primer ciclo de informes, el Comité Consultivo ha enfocado la cuestión de las culturas minoritarias constituidas en Comunidades Autónomas de manera algo distinta. En esta segunda Opinión, el Comité Consultivo pone abiertamente de manifiesto que la información disponible en las Comunidades Autónomas sobre el CMMN es muy escasa, y que falta un debate público, involucrando a la sociedad civil, sobre la aplicabilidad del CMMN a estas culturas nacionales con sus lenguas propias distintas de la lengua mayoritaria del Estado. Una contradicción, observada ya con motivo de la primera Opinión del Comité Consultivo, consiste en que a efectos de la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias, España ha reconocido las diversas lenguas habladas en las Comunidades Autónomas. El Comité Consultivo observa que España no reconoce como minorías nacionales a todos estos grupos, si bien sus respectivas culturas y lenguas gozan de una protección amplia de acuerdo con el ordenamiento interno español, en particular los autonómicos. Ante esta situación, el Comité Consultivo insiste que el gobierno español debería efectuar una consulta y un diálogo más extenso con dichas comunidades a fin de determinar la voluntad de las comunidades afectadas sobre si desean o no ser incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio-marco (*Segunda Opinión sobre España*, para. 26, p. 9). Con esta posición vuelve a dejar claro, siguiendo el espíritu del art. 3 del CMMN, que sólo la voluntad individualmente manifestada por las personas afectadas constituye la base para considerarlas como pertenecientes o no a una minoría nacional.

Por último, el Comité Consultivo también entiende que España debería prestar más consideración a la aplicabilidad del CMMN sobre una base de artículo por artículo, incluyendo en el ámbito de aplicación de algunas de sus disposiciones a los no-ciudadanos, es decir, los extranjeros. Si bien a partir de la lectura individualizada de algunos artículos del CMMN podría ser posible la aplicabilidad a los extranjeros, no debe perderse de vista que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece una serie de criterios para la interpretación de todo tratado (arts. 31 y 32), entre los que figura en lugar prominente el criterio de la interpretación sistemática y dentro del contexto normativo en que se encuentra la norma. Sigue siendo todavía, en este segundo ciclo de informes, difícil de concebir la disgregación de una norma del conjunto del Convenio-marco para aplicarla a otra realidad social completamente distinta de las «minorías nacionales», como son los extranjeros. Sólo parecería posible que esta concep-

ción preconizada por el Comité Consultivo alcanzase validez jurídica si los Estados afectados por la misma aceptasen tal práctica. En efecto, y aunque este no sea el lugar adecuado para estudiar esta cuestión con exhaustividad, puede observarse que algunos Estados siguen las directrices sobre el enfoque «artículo por artículo». Puede verse, por ejemplo, el informe estatal de Gran Bretaña (*Segundo Informe*), ACFC/SR/II(2007)003 rev, de 22 de febrero de 2007, en particular p. 8. Por el contrario, otros Estados se oponen expresamente a las sugerencias del Comité Consultivo de realizar una aplicación artículo por artículo para ampliar el ámbito de aplicación del Convenio-marco a otros grupos distintos de las «minorías nacionales» en sentido técnico, como ha manifestado el gobierno sueco en su *Segundo Informe*, ACFC/SR/II(2006)005, de 13 de julio de 2006, pp. 9-10.

En el contexto de las consideraciones sobre el ámbito de aplicación del CMMN conviene también hacer una referencia a las dificultades existentes en España para determinar la pertenencia a una minoría nacional. Tal como ya se ha puesto de relieve en otro lugar (*vid. ARP, B. «Los censos de población como instrumento para la formulación de políticas públicas en una sociedad multicultural: los casos de Ceuta y Melilla»*, en HERRERA CLAVERO, F., *et al.* (eds.), *Inmigración, interculturalidad y convivencia*, vol. V, Ceuta, 2007, 589-600), para la correcta formulación de políticas públicas de protección de minorías nacionales es una condición previa disponer de estadísticas fiables acerca de las características étnicas o nacionales de la población. El Comité Consultivo también señaló que se deberían encontrar mecanismos para determinar la composición étnica o nacional de la población, siempre y cuando fueran compatibles con las normas sobre protección de datos personales siguiendo las orientaciones contenidas en la Recomendación número R (97) 18, del Comité de Ministros, sobre la protección de datos personales coleccionados y procesados para fines estadísticos (*Segunda Opinión sobre España*, para. 65, p. 16). Al respecto cabe señalar que uno de los métodos más sencillos y menos costosos para la administración pública –aunque desde luego no el único– sería la inclusión de una pregunta sobre la pertenencia étnica o nacional en los censos de población que se vienen organizando periódicamente en España.

III. Por lo que se refiere a los aspectos sustantivos, conviene señalar que el Comité ha analizado ampliamente la práctica española en relación con los romanés, destacando numerosos aspectos tanto positivos como negativos. No vamos a comentar cada uno de estos aspectos. La lectura de la Opinión del Comité Consultivo es suficientemente esclarecedora. No obstante, merece la pena destacar un aspecto que el Comité Consultivo no ha comentado pero que a la luz de desarrollos ulteriores a la adopción de la Opinión ha cobrado relevancia. Se trata de la aplicación del CMMN por los tribunales españoles. No nos consta ninguna decisión judicial que aplique este convenio, salvo en el caso del recurso de amparo de María Luisa Muñoz, resuelto con Sentencia del TC núm. 69/2007, de 16 de abril, en que el Tribunal Constitucional tenía que decidir sobre si aceptaba un matrimonio celebrado exclusivamente de acuerdo con el rito gitano a efectos de pensión de viudedad. Con independencia del resultado material al cual el Tribunal podría haber llegado, parece que el hecho de que España reconozca a la minoría gitana como minoría nacional hubiera justificado que se analizara el caso a la luz del CMMN y de la práctica del Comité Consultivo en esta materia. De acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución española, incluso hubiera sido una obligación constitucional para el tribunal. Sin embargo, esto no se hizo, sino que en los «fundamentos de Derecho» de la sentencia, el Tribunal Constitucional mencionó textos de ámbito universal, como el Convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (*BOE* núm. 118, de 17 de mayo de 1969), sin tener en cuenta que también existen instrumentos regionales (europeos) con el mismo carácter vinculante para España y que crean obligaciones positivas mucho más cercanas y completas que la Convención de 1965. Es de destacar que al menos en un voto particular el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez advirtió de la necesidad de tomar en cuenta el CMMN en un caso en que se trata de evaluar las consecuen-

cias jurídicas de actos realizados de acuerdo con las tradiciones nacionales o culturales arraigadas en España. En su voto particular, el Magistrado señaló, a nuestro entender con mucho acierto, que «la protección de las minorías tiene una envergadura constitucional mucho más rica y compleja que la que resulta de [...] la respuesta que ha recibido doña María Luisa en este recurso». Es de esperar que en el futuro tanto el Tribunal Constitucional como los demás tribunales españoles apliquen de forma sistemática y completa el Derecho internacional, en cumplimiento del bien conocido mandato recogido en el art. 10.2 de la Constitución (especialmente para los derechos humanos) y el art. 96 de la Constitución para el Derecho Internacional en su conjunto.

Björn ARP

4. NUEVAS MANIFESTACIONES DE LA SEGUNDA GENERACIÓN DE ACUERDOS SOBRE LA PROMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES EN ESPAÑA: LOS ACUERDOS CELEBRADOS CON KUWAIT Y MÉXICO

1. En la primera semana del mes de abril se publicaron los Acuerdos sobre la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (en adelante, APPRI) celebrados por España con Kuwait (*BOE* 1 de abril de 2008) y México (*BOE* 3 de abril de 2008). El APPRI con Kuwait constituye el primer contacto de la política convencional española de promoción y protección de las inversiones con los Estados del Golfo Pérsico, a excepción del APPRI con Irán (*BOE* 10 de agosto de 2004). Mientras que el APPRI con México viene a sustituir al APPRI celebrado entre ambas partes, en vigor desde 1996 (*BOE* 6 de febrero de 1997) (en adelante, APPRI de 1996). Ambos acuerdos, como viene siendo habitual en la práctica española, atravesaron el trámite parlamentario sin que las Cortes Generales efectuaran modificaciones sustantivas [ver para el APPRI con Kuwait (*BOCG*, Congreso, Serie C, núm. 158-3, 3 de mayo de 2006) y para el celebrado con México (*BOCG*, Congreso, Serie C, núm. 311-3, 4 de diciembre de 2007)].

Pese a las notables diferencias políticas, sociales, geográficas y económicas entre Kuwait y México, así como al distinto grado de desarrollo que posee su relación bilateral con España, existen algunos denominadores comunes entre ellos. Ambos Estados han mantenido estrechos lazos económicos con España en los últimos años basados en el principio de reciprocidad, esto es, no sólo los inversores españoles puján por estar presentes en aquellos mercados, sino que los inversores kuwaitíes y mexicanos se han interesado por adquirir activos inmobiliarios o participaciones en empresas cotizadas españolas. La reciprocidad en los flujos inversores, nota común más o menos intensa en las relaciones con Kuwait y México, así como la consolidación de una nueva generación de APPRI en España, aconsejan formular un análisis de ambas relaciones convencionales en el presente trabajo. Para su mejor sistematización, se efectuará un examen de los aspectos sustantivos más significativos de ambos APPRI, con una estructura similar a la de anteriores trabajos publicados en esta misma Revista.

2. El *concepto de inversión* del APPRI con Kuwait sigue las directrices de la práctica española, es decir, se establece una definición amplia y abierta que engloba diversos derechos económicos (art. 1.1), así como las rentas obtenidas de la inversión y el producto de su liquidación, de acuerdo con los apartados 3 y 4 del art. 1. Este mismo precepto también protege las inversiones indirectas realizadas por inversores de una Parte en el territorio de la otra, ampliando la cobertura hacia uno de los aspectos tradicionalmente más complejos, como es la protección del accionista extranjero de una sociedad local. El APPRI con México, sin abandonar la tendencia por las definiciones amplias, perfila con mayor detalle el concepto de inversión, incluyendo los activos que son propiedad del inversor y aquellos que permanecen bajo su control.

Su art. I.4 identifica aquellos derechos crediticios e instrumentos de deuda que pueden considerarse como tal. Esta precisión, protectora de la soberanía económica del Estado y también presente de una manera parecida en el art. 1.2.c) del APPRI celebrado con Colombia (*BOE* 12 de septiembre de 2007), constituye un ejemplo de cómo la reciente jurisprudencia de los tribunales arbitrales creados en el seno del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) condiciona la política convencional de inversiones. Los negociadores mexicanos seguramente tuvieron muy presente algún precedente del CIADI cuando proponían dichas exclusiones [ver *Fireman's Fund Insurance c. México* (caso CIADI, núm. ARB(AF)/02/1)]. También se excepcionan de aquella definición algunas reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de determinadas operaciones comerciales (art. I.4 *in fine*). Pese a que la definición no enuncia expresamente a las rentas de inversión, una interpretación sistemática de las relaciones bilaterales entre España y México permitiría concluir su inclusión. El art. VII.1 del APPRI protege las transferencias de rentas, ganancias o dividendos, mientras que el art. I.3 del APPRI de 1996 las reconocía expresamente como integrantes del concepto de inversión.

3. El *concepto de inversor* dispuesto en el APPRI con Kuwait incluye tanto a las personas físicas nacionales de una Parte Contratante, como a las entidades jurídicas legalmente constituidas y con sede en un Estado parte (art. 2.2). Destaca, sin embargo, la adicción al concepto del «Gobierno del Estado de Kuwait y todas sus personas jurídicas constituidas en virtud de leyes y reglamentos [...], como instituciones, fondos para el desarrollo, agencias, fundaciones y otras instituciones estatutarias y autoridades y sociedades». Conviene resaltar la intensa actividad económica desempeñada por este tipo de sociedades de naturaleza pública, como la *Kuwait Investment Authority*, creadas por los Estados del Golfo Pérsico para administrar los dividendos generados por la comercialización del petróleo. En los últimos años, estos denominados fondos soberanos han diversificado su cartera de inversiones hacia ámbitos como la renta fija y variable, la deuda pública o los activos inmobiliarios.

El APPRI con México realiza una definición más convencional del concepto de inversor en su art. I.5, incluyendo tanto a los nacionales como a las empresas legalmente constituidas y con sede en un Estado parte. Ahora bien, concretando el tenor del APPRI de 1996, el citado precepto exige un vínculo de efectividad entre cualquier inversor de una Parte y la inversión efectuada en el territorio de la otra Parte Contratante. Con tal precisión se pretende evitar la actuación de sociedades interpuestas constituidas conforme a la legislación del Estado receptor. El *Caso Técnicas Medioambientales c. México* (caso CIADI núm. ARB(AF)/00/2), que enfrentó a una empresa española con México a resultas de una inversión realizada por una sociedad controlada por la filial mexicana de la citada entidad española, parece haber guiado la redacción tan minuciosa del concepto de inversor en este APPRI. De nuevo observamos cómo los precedentes arbitrales en los que ha intervenido México han servido como referencia para diseñar la nueva relación bilateral. En otro orden de cosas, a diferencia de lo previsto por el art. 11.4 del reciente APPRI con Colombia no se establece ninguna disposición que se refiera expresamente a la determinación de la nacionalidad del inversor en los supuestos de doble nacionalidad del inversor. Ahora bien, a tenor de un reciente precedente relacionado con los intereses de los inversores españoles [ver *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI Núm. ARB/98/2)] sería aconsejable que, cuando proceda, nuestras autoridades se esforzaran por concretar este expediente con ocasión de la negociación de nuevos APPRI.

4. En cuanto a las disposiciones que determinan el *ámbito de aplicación espacial, temporal y material* de los APPRI, el celebrado con Kuwait dispone en su art. 1.5 su extensión a todo el espacio territorial, marítimo y aéreo sobre el que ambas Partes pueden ejercer su jurisdicción o derechos de soberanía según el Derecho internacional (en adelante, DI). La duración del mismo es de quince años, hasta el 8 de marzo de 2023, pudiendo prorrogarse por periodos

similares salvo que las Partes se notificaran por escrito su intención de denuncia con un año de antelación (art. 15.1). En cualquier caso, si se conviniera la denuncia, el APPRI continuaría en vigor para las inversiones efectuadas bajo su periodo de vigencia por un periodo de quince años, contados desde la fecha de la denuncia (art. 15.2). Como también resulta habitual en la práctica convencional española, el APPRI extiende su protección sobre las inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor, si bien excluye su aplicación a las controversias surgidas antes de aquel momento (art. 13).

El APPRI con México ha mantenido la misma definición del ámbito de aplicación espacial incluida en el APPRI de 1996, que se refiere únicamente al espacio territorial y marítimo (art. I.6). Su periodo de vigencia es de diez años, hasta el 3 de abril de 2018, con posibilidad de prorrogarse indefinidamente finalizado dicho término (art. XXIII). La denuncia del APPRI produce efectos transcurrido un año desde la comunicación de tal voluntad por alguna de las Partes, pero en ese caso el APPRI seguiría aplicándose a las inversiones efectuadas con anterioridad a la denuncia por un periodo suplementario de diez años, contados a partir de la fecha de su terminación; sin perjuicio, señala textualmente el citado precepto, «de la aplicación posterior de las reglas generales del Derecho internacional». Con esta declaración debe inferirse el compromiso recíproco de las Partes en reconocerse el estándar internacional mínimo de trato a sus respectivos inversores, aunque huelga tal precaución. Asimismo, el APPRI reconoce su aplicación a las inversiones efectuadas con anterioridad a su entrada en vigor (art. XXI), salvo que éstas ya hubieran dado lugar al inicio de una controversia arbitral, cuya resolución debería ventilarse entonces en virtud del APPRI de 1996 (art. XXIV).

5. Las *obligaciones de promoción y protección* de las inversiones se reconocen en los arts. 2 y 3 del APPRI con Kuwait. La promoción implica para las Partes una doble tarea consistente tanto en celebrar consultas para facilitar las oportunidades de inversión, como en admitir en su territorio las inversiones de la otra Parte realizadas de acuerdo con sus leyes y reglamentos. El APPRI articula el mandato de protección a partir del reconocimiento de un trato justo y equitativo y de la plena protección y seguridad para las inversiones realizadas por una Parte en el territorio de la otra (art. 3.1). El estándar mínimo de trato concedido por el DI se establece como límite indisponible para las Partes (art. 3.1 *in fine*), quienes no podrán obstaculizar injustificada ni discriminatoriamente la gestión o la administración de la inversión (art. 3.2). Para dotar de contenido material a la obligación de protección, las Partes se comprometen a dar publicidad a todas las medidas legislativas, administrativas y judiciales que pudieran resultar de utilidad pública (art. 3.3). Asimismo, en el art. 4 del APPRI ambas Partes reconocen a los inversores, durante toda la vida de la inversión, la protección otorgada por la cláusula del Trato Nacional (en adelante, TN) y de Nación más Favorecida (en adelante, NMF), con las excepciones generalmente previstas tanto para las uniones aduaneras, monetarias o zonas de libre cambio, como para los convenios bilaterales o leyes internas de doble imposición (art. 4.3). A la vista de su redacción tan precisa, puede afirmarse que este art. 4 no extiende su aplicación hacia la parte del APPRI que versa sobre el arreglo de las controversias, por lo que debería descartarse la aplicación de la «doctrina Maffezini». Por último, en el art. 3.2 *in fine* se amplía el ámbito de protección material del APPRI al comprometerse las Partes a respetar las obligaciones estipuladas por escrito con los inversores de la Contraparte.

En el APPRI con México, salvo en lo que se refiere a su no aplicación en los supuestos de unión aduanera y convenios de doble imposición, las obligaciones de promoción y protección se catalogan de una manera sensiblemente distinta. En primer lugar, porque los mandatos de promoción y admisión de las inversiones se citan de forma lacónica (art. II), a diferencia no sólo del APPRI con Kuwait, sino también del APPRI de 1996. En segundo lugar, porque la concesión de un trato justo y equitativo (art. IV) se diseña en el articulado del APPRI de manera independiente a las cláusulas del TN y de NMF (art. III). En tercer lugar, porque el APPRI no reconoce el compromiso de respetar las obligaciones contraídas por una Parte con los inver-

sores de la otra y derivadas directamente de un contrato de inversión. Y en cuarto lugar, porque dicho art. IV pretende asimilar la definición del trato justo y equitativo dentro de los límites del estándar de trato mínimo reconocido tradicionalmente por el DI consuetudinario. Respecto a este último punto conviene señalar, por un lado, que México ha sido parte de varios procedimientos arbitrales en los que precisamente se ha dirimido el alcance de la cláusula del trato justo y equitativo conforme a aquella interpretación restringida [ver, entre otros, *Metaclad c. México* (caso CIADI ARB(AF)97/1) o *Robert Azinian c. México* (caso CIADI ARB(AF)97/2)]. Asimismo, la propia Comisión de Libre Comercio establecida por el Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica, en el que México participa junto a Canadá y Estados Unidos de América, ha abogado también por una interpretación similar del trato justo y equitativo.

6. Por lo que se refiere a la *protección contra las expropiaciones*, el APPRI con Kuwait prohíbe este tipo de medidas o cualesquiera otras similares, salvo por causa de utilidad pública, siempre que se adopten de manera no discriminatoria y conforme al procedimiento pertinente. En este último caso, el inversor debe ser indemnizado de manera pronta, adecuada y efectiva (art. 5.1). Para fijar la cuantía de la indemnización se apela a los «principios internacionalmente reconocidos de la tasación, con arreglo al valor justo de mercado de la inversión antes de que se tomara la medida de expropiación o de que la inminencia de la expropiación llegara a conocimiento público» (art. 5.2). En cualquier caso, la indemnización debe comprender los intereses devengados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago. Si no fuera posible establecer el valor justo de mercado, con carácter supletorio, la indemnización debe fijarse en virtud de «principios equitativos que tengan en cuenta, entre otros, el capital invertido, el valor de reposición, la apreciación, la depreciación, las rentas actuales, el fondo de comercio y otros factores pertinentes» (art. 5.3). El art. 5 se cierra con dos apartados que refuerzan la protección de la inversión y, al menos en teoría, pretenden reducir las controversias inversor-Estado otorgando a aquél un derecho de revisión del procedimiento de expropiación en el foro del Estado receptor (art. 5.4), así como imponiendo a este último la obligación de someter la expropiación de las sociedades nacionales controladas por inversores extranjeros a una indemnización conforme a la «cláusula Hull» (art. 5.5).

La protección de la inversión también se administra en el APPRI con Kuwait reconociéndose las Partes el derecho de indemnización, conforme al TN o de NMF, en los supuestos de pérdidas debidas a guerra u otro conflicto armado, incluidos los supuestos donde la inversión ha sido requisada o destruida por las autoridades del Estado (art. 6). Dicha indemnización, en ambos casos, también seguirá los parámetros de la «cláusula Hull». Por todo ello, se consagra necesariamente en el art. 7 el principio de libre transferencia de todos los pagos relacionados con la inversión, sin apelar a ningún tipo de restricciones o límites; una transferencia que debe realizarse sin demora y en moneda libremente convertible.

El APPRI con México se configura en torno a similares parámetros, tanto en lo que se refiere a las condiciones que deben regir una expropiación o cualquier otra medida de naturaleza similar (art. V.1), como en los criterios empleados para determinar el importe de la indemnización (art. V.2). Con relación al APPRI de 1996 se presentan mejoras sustanciales, como la inclusión de los intereses en la cuantía de la indemnización o el derecho del inversor a revisar judicial o administrativamente la expropiación en el foro del Estado receptor (art. V.3). No obstante, si tomamos como punto de referencia el art. 5 del APPRI con Kuwait, se observan alguna deficiencia como, por ejemplo, la no inclusión de un procedimiento supletorio para el cálculo de la indemnización.

Los supuestos de compensación por pérdidas ocasionadas a resultas de la guerra o de conflictos armados también quedan bajo la cobertura del APPRI con México, si bien esta vez la redacción del art. VI resulta muy sucinta, incluso en comparación con la del art. VI del APPRI de 1996. Además, conviene destacar que el APPRI con México no extiende la protección de la compensación por pérdidas a los supuestos donde las propias autoridades estatales requisan o

destruyen toda o parte de la inversión. Esta exclusión resulta muy común en la práctica convencional española con Iberoamérica, ya que tan sólo incluyen tal posibilidad los APPRI celebrados con Panamá (*BOE* 23 de octubre de 1998), Costa Rica (*BOE* 17 de julio de 1999), Jamaica (*BOE* 13 de enero de 2003) y Trinidad y Tobago (*BOE* 19 de octubre de 2004).

De la misma forma que el APPRI con Kuwait, en el de México se reconoce la libre y rápida transferencia de las rentas y, en general, de todos aquellos pagos relacionados con la gestión y administración de la inversión (art. VII.1). Ello no obstante, se ha suprimido el plazo máximo de tres meses para efectuar la transferencia previsto en el art. VII.4 del APPRI de 1996. Además, el apartado segundo del citado precepto, siguiendo la estela del art. 6.3 del APPRI con Colombia, incorpora una serie de restricciones específicas a la libre transferencia que deben estar basadas en una disposición normativa de rango nacional y que han de aplicarse por parte del Estado receptor de manera «equitativa, no discriminatoria y de buena fe». Estas limitaciones operan en los supuestos de «a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores; b) emisión, comercio u operaciones de valores; c) infracciones penales y administrativas; d) informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; e) y garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos». El carácter restrictivo de esta medida convierte a este elenco de situaciones en cerrado, no pudiéndose ampliar más que por acuerdo de ambas Partes. En todo caso, el art. VII.3 establece una excepción de carácter más general y temporal para cubrir los supuestos de desequilibrios en la balanza de pagos, también presente en otros APPRI celebrados principalmente con Estados de Iberoamérica y en el art. VII.6 del APPRI de 1996.

7. En el APPRI con Kuwait destacan *otras disposiciones de carácter sustantivo* como la que consagra el principio *favor inversionis* o la cláusula de subrogación. Con relación a la primera (art. 8), las Partes convienen conceder un trato más favorable a las inversiones en virtud de cualesquiera normas internas u obligaciones internacionales anteriores o posteriores al APPRI, así como de las propias consideraciones estipuladas en un contrato de inversión. La cláusula de subrogación, como es frecuente en los APPRI celebrados por España, permite que el inversor pueda suscribir un acuerdo con el organismo de garantía designado por el Estado de origen, pasando a ocupar éste la posición jurídica del inversor en sus relaciones con el Estado receptor de la inversión (art. 9).

En otro orden de cosas, el APPRI con Kuwait también establece una cláusula de compatibilidad ente sus disposiciones y los acuerdos internacionales relativos a la propiedad intelectual e industrial en vigor (art. 8.3), así como un precepto que garantiza su aplicación, pese al cese de relaciones diplomáticas o consulares entre las Partes (art. 12). Con esta última declaración, también presente en el APPRI con Chile (*BOE* de 19 de marzo de 1994), las Partes desean puntualizar que tales relaciones no constituye una condición indispensable para la aplicación del tratado, en línea con el artículo 63 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*BOE* de 13 de junio de 1980).

El APPRI con México prevé una redacción más lacónica de las citadas cláusulas. Así, el principio *favor inversionis* se contempla exclusivamente respecto de las obligaciones derivadas de un acuerdo internacional que concediera un trato más favorable a las inversiones o a los inversores (art. XX). Esta redacción resulta más afín a las normas generales de DI sobre tratados sucesivos relativos a la misma materia, pero se aleja no sólo de lo prescrito por el APPRI con Kuwait, sino también del tenor del APPRI de 1996. En cuanto a la subrogación (art. VIII), se prevé este derecho de una forma más genérica y, asimismo, que tal facultad no se extiende a los procedimientos contenciosos internos o internacionales que trajeran causa de la inversión, cuya legitimación activa conserva el inversor.

8. Las disposiciones que reglamentan el *arreglo de las controversias*, siguiendo el esquema clásico, distinguen si éstas se producen entre ambas Partes o entre una de ellas y un inversor de la otra. En el APPRI con Kuwait se establece un procedimiento de arbitraje interestatal para el

primero de los casos, mientras que en el segundo, si no pudiera solucionarse amistosamente en un plazo de seis meses, el inversor puede acudir ante cualquier instancia previamente acordada con el Estado receptor en un contrato de inversión, a los tribunales competentes del Estado receptor o a un arbitraje internacional. Si se optara por esta última solución (art. 11.3), cabe la posibilidad de elegir el arbitraje *ad hoc* en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (en adelante, UNCITRAL), el administrado en el seno del CIADI o un arbitraje convenido de mutuo acuerdo por las Partes en la controversia. Asimismo, este precepto contiene el consentimiento expreso de ambas Partes a la jurisdicción del CIADI conforme a las exigencias del art. 25 del Convenio CIADI, del que tanto España (desde 17 de septiembre de 1994) y Kuwait (desde 4 de marzo de 1979) son miembros. El sometimiento a cualquier tipo de arbitraje no obsta para que el inversor pueda requerir la adopción de medidas provisionales en defensa de sus derechos a los tribunales internos del Estado receptor, siempre que éstas no contengan una solicitud de pago de daños y perjuicios (art. 11.4).

En el APPRI con México, dado que este Estado no es miembro del Convenio CIADI y que a lo largo de los últimos años se han iniciado trece procedimientos arbitrales en su contra, se ha convenido un capítulo específico que se ocupa de las controversias inversor-Estado, y en menor medida también de las controversias entre ambas Partes (art. XIX). Este capítulo III del APPRI destina 9 preceptos (arts. IX-XVIII) para definir el procedimiento de arbitraje inversor-Estado. Importa destacar que el art. IX impone al inversor una obligación concreta de notificar por escrito al Estado receptor la existencia de un incumplimiento, denominada «aviso de intención». Se trata de un deber no sólo formal, sino que para su correcta observancia deben presentarse determinados documentos relacionados con la inversión y el eventual incumplimiento que se imputa. En cuanto a la legitimación activa del inversor, siguiendo la tónica general que caracteriza la redacción del APPRI, el art. X persigue limitar este expediente exclusivamente en los supuestos donde se manifiesta un perjuicio real para el inversor o la inversión y en aquellos casos donde no han intervenido previamente los tribunales internos. En este orden de ideas, se concede al inversor un plazo de tres años para ejercer la acción (art. X.4), transcurrido el cual se entendería este derecho prescrito. En el capítulo III también se plasman normas de carácter eminentemente procesal como las relativas al consentimiento (art. XII), al número y el nombramiento de los árbitros (art. XIII), la acumulación de procedimientos arbitrales (art. XIV), el Derecho aplicable (art. XV), la publicidad del laudo arbitral (art. XVI) o su ejecución (art. XVII). Mientras México no ratifique el Convenio CIADI, cualquier controversia de esta naturaleza puede someterse a un arbitraje de conformidad con las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, las de UNCITRAL o cualesquiera otras pactadas por las Partes (art. XI).

9. La nueva generación de APPRI celebrados por España posee instrumentos jurídicos que mejoran y amplían la protección de las inversiones españolas en el extranjero. Resulta interesante constatar cómo este nuevo marco convencional general adopta fórmulas particulares para adecuarse a las necesidades de la relación bilateral que España mantiene con las distintas Contrapartes y, por otra parte, la influencia ejercida por la práctica contenciosa más reciente en relación con los APPRI. Se entiende así cómo México, un Estado que figura en las primeras posiciones de la lista de demandados ante el CIADI, se ha esforzado por negociar y celebrar el APPRI tomando buena nota de los últimos precedentes arbitrales. Mientras que en el caso de Kuwait, sin perjuicio de que se haya otorgado en el mismo un importante nivel de protección a las inversiones, no se aprecia tal aproximación.

Francisco José PASCUAL VIVES

5. LA UNIÓN POR EL MEDITERRÁNEO: ¿UNA ETAPA MÁS DE LA POLÍTICA MEDITERRÁNEA DE LA UE?

La Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los 43 países euromediterráneos celebrada en París el pasado 13 de julio de 2008, aprobó la puesta en marcha de la iniciativa: «Proceso de Barcelona: Unión por el Mediterráneo» (UpM). Presentado por primera vez en la ciudad francesa de Toulon, en el mes de febrero de 2007, por el entonces candidato a la presidencia francesa, Nicolás Sarkozy, el proyecto inicial ha tenido que moldearse y ajustarse a la compleja realidad política y diplomática europea.

La propuesta fue bien recibida en un principio por España, dado que suponía reconocer la centralidad del Mediterráneo para Europa y volver a colocar el *Mare Nostrum* en el punto de mira de los intereses europeos. Sin embargo, existía en la iniciativa «sarkozyana» algunos elementos que generaban incertidumbre: a la falta de definición en lo relativo a su contenido, se sumaba el hecho de que el proyecto destilaba un evidente interés en recuperar la imagen de Francia a nivel regional, proporcionándole una visibilidad, bastante desdibujada en los últimos tiempos, especialmente en el Magreb según ponía de manifiesto el informe Avicenne (cfr. KHADER, B.: «Unión Mediterránea: ¿bonitas palabra o buena idea?», *Política Exterior*, núm. 122, marzo/abril 2008, pp. 68 ss.) Además, dada la conocida postura de Sarkozy ante la candidatura turca a la UE, el proyecto parecía destinado a ofrecer a Turquía una alternativa a la adhesión, posibilidad que, en su caso, Ankara rechazaría de forma contundente, como ya puso de manifiesto en un primer momento.

Sin embargo, España, en cuanto inspiradora del llamado Proceso de Barcelona, vio con cierta preocupación el hecho de que la iniciativa de Sarkozy partiera de un supuesto fracaso de la Asociación Euromediterránea (AEM), al no haber evitado la progresiva marginación del Mediterráneo ni la persistencia de la asimetría y de las disparidades existentes entre las dos riberas. Según este punto de vista, la política mediterránea de la UE no había surtido los efectos esperados a pesar de los esfuerzos financieros del programa MEDA, principalmente por la falta de una mayor implicación comunitaria a todos los niveles –no sólo económico y comercial– en unos años en que el principal objetivo era asimilar las diferentes ampliaciones hacia el Este además de consolidar la moneda única. Es cierto que el Proceso de Barcelona necesitaba un nuevo impulso que algunos ya reclamábamos hace tiempo (cfr. BLANC ALTEMIR, A.: «El proceso euromediterráneo: una década de luces y sombras», *ADI*, vol. XXI, 2005, pp. 185 225), pero hay que reconocer que, frente a las muchas sombras, hay también algún rayo de luz, que la nueva iniciativa ignoraba absolutamente lo que le confería mayores argumentos para desvincularla de aquél y de la propia UE, al dirigirse solamente a los países ribereños y asimilados.

La iniciativa suscitó reacciones diversas y muchos debates no exentos de polémica, lo que tuvo como efecto positivo que el Mediterráneo volviera a ocupar un lugar prioritario en las agendas ofreciendo la oportunidad de reflexionar sobre la validez y eficacia de la política mediterránea de la UE hasta el momento presente. No obstante, el hecho de que la Comisión quedara marginada del proyecto en su versión inicial, hizo que la iniciativa fuera acogida con algunas reservas en las instancias comunitarias. Entre los Estados miembros, la reacción fue de cautela e incluso de una cierta frialdad, siendo Alemania el país que reaccionó con más energía invocando la delicada cuestión de la financiación del proyecto con fondos comunitarios, cuando se trataba de un proyecto no comunitario que dejaba al margen a determinados Estados miembros, algunos de ellos contribuyentes netos como la propia Alemania. Entre los Estados del Sur, la reacción fue expectante, salvo en Argelia, donde desde el primer momento la acogida fue más distante.

A principios de septiembre de 2007 y en el seno de una reunión con los 16 Estados concernidos por la Política de Vecindad (PEV), la comisaria de Relaciones Exteriores dejó claro

que las iniciativas que trataban de las relaciones entre los Estados miembros y sus vecinos tenían que desarrollarse en el seno de las estructuras comunitarias. Del mismo modo, algunas voces en el seno del Parlamento Europeo y de la propia Comisión subrayaron la contradicción que implicaba un proyecto que presentaba un indiscutible carácter intergubernamental cuando algunos ámbitos de intervención eran de naturaleza común o coordinada. Las advertencias parecieron surtir efecto, pues en el discurso de Tánger, pronunciado por Sarkozy en octubre de 2007, se aprecia un cambio de matices significativo. En primer lugar, intenta limar los extremos más punzantes de la propuesta inicial para amortiguar las reacciones de la Comisión, de los Estados miembros y de los socios del Sur: la UE ya no está al margen de la iniciativa, sino que ésta se presenta como un proyecto común con participación de la Comisión Europea, que no pretende sustituir ni al Proceso de Barcelona ni a la PEV. En segundo lugar, y para no generar susceptibilidades en los países del Sur, enmarca el proyecto en torno al principio de igualdad, eludiendo toda referencia a la polémica cuestión de la inmigración, y finalmente, sin descender al detalle, plantea la necesidad de «ir más lejos, más rápido», con un sentido pragmático y sobre la base de una geometría variable que permita construir la UpM como una «unión de proyectos» (cfr. ESCRIBANO, G.; LORCA, A.: «La Unión Mediterránea: una unión en busca de proyecto». *Real Instituto Elcano*, DT núm. 13/2008, pp. 2 a 4).

La reacción del Gobierno español frente a la propuesta de París ha sido constructiva a lo largo de todo este tiempo y, sin desairar a su inspirador, ha trabajado estrechamente con sus aliados para hacerla compatible con el acervo del Proceso de Barcelona. Una manifestación clara de esta actitud se materializó en la cumbre de Roma de 20 de diciembre de 2007, en la que el presidente del Gobierno español defendió ante Prodi y Sarkozy la vigencia del citado proceso y reclamó que la nueva iniciativa fuera insertada en el marco de la AEM que partió en 1995 en la Ciudad Condal.

El cambio no era tan sólo una cuestión de matiz, pues implicaba reconducir la propuesta inicial y resituirla en el marco euromediterráneo. El proyecto nacido diez meses antes ya no era ni tan novedoso ni tan rompedor, sino una etapa más del Proceso de Barcelona. Tres meses más tarde, el Consejo Europeo de 13 de marzo, sentenció: el nombre oficial sería «Proceso de Barcelona: Unión por el Mediterráneo», que incluirá «a los Estados miembros de la UE y a los Estados ribereños del Mediterráneo que no lo son», e invitó a la Comisión a presentar las propuestas oportunas con vistas a la Cumbre de París, que marcaría oficialmente el inicio de la UpM. Las conclusiones del Consejo Europeo de 13 de marzo no dejan pues ninguna duda. Se rebajan las ambiciones políticas iniciales de Sarkozy, al tratarse, al fin y al cabo, de una fase más de la política mediterránea de la UE, aunque le quedaba a Francia, instigadora del proyecto, la calidad de anfitriona de la Cumbre de París prevista para el 13 de julio. No cabe duda, sin embargo, que el proyecto inicial, fuera del ámbito comunitario, no prosperó debido a la oposición inicial y contundente de Alemania, y fue sobre la base de un acuerdo franco-alemán de 3 de marzo, por lo tanto diez días antes del Consejo Europeo, sobre la que se fraguó el consenso.

La Cumbre de París, celebrada el 13 de julio de 2008 con la asistencia de 43 Jefes de Estado y de Gobierno euromediterráneos constituyó el punto de partida de la UpM. La Cumbre fue un éxito gracias al empeño de Sarkozy, que no deseaba que se produjeran ausencias notables que empañaran la cita, como ocurrió en 2005 con ocasión de la Primera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Barcelona a los diez años de iniciarse el proceso euromediterráneo, aunque para ello fue necesario vencer muchos recelos de los propios países árabes.

La Declaración final de la cumbre (*Déclaration commune du sommet de Paris pour la Méditerranée. Paris, 13 juillet 2008*. Disponible en <http://www.iemed.org/>), establece que la UpM se apoya en la Declaración de Barcelona y en los objetivos de paz, estabilidad y de seguridad allí enunciados y que constituye un partenariado multilateral cuyo objetivo es incrementar el potencial de integración y cohesión regional. Los Jefes de Estado y de Gobierno reconocen el papel central desarrollado por el denominado proceso de Barcelona en las relaciones

euromediterráneas desde 1995, en la medida en que representa un partenariado que engloba 39 países y más de 700 millones de habitantes y que constituye el único foro en el que el conjunto de los socios euromediterráneos intercambian sus puntos de vista y participan en un diálogo constructivo.

Aunque el Proceso euromediterráneo, asentado sobre los ya conocidos tres pilares, sigue en pie con sus estructuras y su acervo, la nueva iniciativa, ahora rebautizada, se concibe como un avance, no una sustitución de aquél, lo que le confiere al mismo tiempo un cariz de renovación y de impulso, por otra parte muy necesarios. La UpM se apoyará, por lo tanto en el acervo del proceso de Barcelona reforzando sus realizaciones y sus elementos positivos, integrando sus objetivos y ámbitos de cooperación incorporados en los tres pilares que permanecerán en el centro de las relaciones euromediterráneas.

La nueva iniciativa completará las relaciones bilaterales que la UE mantiene con sus socios mediterráneos en los marcos actuales, como los acuerdos de asociación, los planes de acción de la PEV, o en el caso de Mauritania, en el marco de los países ACP. La Declaración, en lo que parece una afirmación destinada a tranquilizar a Turquía por las razones expuestas anteriormente, establece que la UpM será independiente de la política de ampliación de la UE, de las negociaciones de adhesión y del proceso de preadhesión.

En cuanto a los países participantes, la UpM engloba a todos los Estados miembros de la UE y la Comisión Europea, así como a los otros Estados de la AEM, tanto miembros como observadores, acogiendo a cuatro nuevos Estados que han aceptado el acervo del proceso de Barcelona: Bosnia-Herzegovina, Croacia, Mónaco y Montenegro. La Liga Árabe será invitada a sus reuniones, teniendo en cuenta su anterior participación en el citado proceso.

En cuanto a los objetivos y el alcance de la nueva iniciativa, la Declaración establece que su principal desafío reside en reforzar los vínculos multilaterales, incrementando el nivel político de las relaciones de la UE con sus socios mediterráneos, estableciendo un mejor reparto de la responsabilidad de las relaciones multilaterales que se basarán en la igualdad de todas las partes, y, finalmente, en traducir el proceso en proyectos concretos regionales y subregionales que sean visibles y tangibles para todos los ciudadanos.

En un esfuerzo por concretar los objetivos fijados en la citada Declaración de Barcelona de 1995, así como en el Programa de Trabajo adoptado con ocasión de la Primera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, en 2005, y de traducirlos en proyectos regionales, la Declaración incorpora un Anexo con una serie de iniciativas (seis en total) que se consideran claves, y que la futura Secretaría deberá presentar en forma detallada. La primera será «la descontaminación del Mediterráneo», comprendiendo las regiones costeras y las zonas marinas protegidas, en particular el sector del agua y los residuos, para lo cual se apoyara en la iniciativa «Horizonte 2020», con el objetivo de que las condiciones de vida y subsistencia de las poblaciones mediterráneas resulten ampliamente beneficiadas. La segunda, «Autopistas marítimas y terrestres», que tiene como objetivo desarrollar las autopistas del mar, comprendiendo la conexión de los puertos en toda la cuenca mediterránea, así como la construcción de autopistas costeras y la modernización de la conexión ferroviaria «trans-Magreb», con el fin de incrementar la libre circulación de personas y mercancías en una perspectiva de integración de la región mediterránea. La tercera, «Protección civil», contra las catástrofes de origen humano o natural, en particular derivados del cambio climático, en la medida en que la región mediterránea es particularmente vulnerable a tales catástrofes. La cuarta, «Energías alternativas: plan solar mediterráneo», dirigida a la investigación, desarrollo y comercialización de tales fuentes de energía, dado que constituyen una prioridad fundamental a favor del desarrollo sostenible. La quinta, «Enseñanza superior e investigación, universidad euromediterránea», parte de la convicción de que ésta tendrá efectos positivos en la comprensión entre los pueblos y favorecerá la cooperación en la enseñanza superior, mediante la creación de una red que asociará las universidades existentes de la región mediterránea y pondrá en marcha programas de tercer ciclo con

el objetivo de contribuir al establecimiento de un espacio euromediterráneo de enseñanza superior. Finalmente, la sexta, «Iniciativa mediterránea para el desarrollo de empresas», tiende a prestar ayuda a las entidades de los países socios que asisten a las microempresas y a las pymes, evaluando sus necesidades específicas, definiendo soluciones estratégicas y aportando los recursos necesarios bajo la forma de asistencia técnica o de instrumentos financieros.

En este sentido, conviene señalar que durante la reciente reunión de los Ministros de Asuntos Exteriores, que se ha celebrado en Marsella durante los días 3 y 4 de noviembre de 2008, se han analizado los progresos realizados en la puesta en marcha de los proyectos prioritarios seleccionados en la Cumbre de París de 13 de julio (reuniones ministeriales conjuntas en el ámbito de la descontaminación del Mediterráneo; creación de grupos de expertos en los ámbitos de las autopistas marítimas y terrestres, y en el de las energías alternativas; inauguración de la Universidad euromediterránea en Piran-Eslovenia... *Déclaration Finale. Marseille, 3-4 novembre 2008*. Disponible en <http://www.ue2008.fr>).

En cuanto a la financiación, la UpM movilizará recursos suplementarios, principalmente a través de los mencionados proyectos regionales y subregionales en los ámbitos señalados que provendrán esencialmente de las siguientes fuentes: sector privado; contribuciones del presupuesto de la UE y de todos los socios euromediterráneos; contribuciones de otros países, de instituciones financieras internacionales y entidades regionales; la Facilidad euromediterránea de inversión y asociación (FEMIP), o las inversiones que provengan de la política de vecindad a través del Instrumento de Vecindad y Asociación (IEVA), entre otros. En cualquier caso, las contribuciones financieras de la UE a los nuevos proyectos regionales no podrán realizarse en detrimento de las dotaciones financieras bilaterales ya existentes en el marco de la PEV, del instrumento de preadhesión, o del FED, en el caso de Mauritania.

La Declaración de París establece que las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno serán bianuales, tendrán lugar alternativamente en la UE y en los países socios mediterráneos y deberán desembocar en una declaración política que contenga una breve lista de proyectos regionales a desarrollar, así como un plan de trabajo bienal. Las reuniones de Ministros de Asuntos Exteriores se desarrollarán cada año con el fin de hacer un balance de los progresos realizados en la puesta en marcha de las conclusiones de las sucesivas Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno, preparar las próximas reuniones de la Cumbre y, en su caso, de aprobar nuevos proyectos. Por otra parte, la UpM mantendrá y reforzará la Asamblea Parlamentaria Euromediterránea, así como la Fundación Euromediterránea Anna Lindh, que contribuirá a la dimensión cultural de la iniciativa, en cooperación con la Alianza de Civilizaciones de las Naciones Unidas.

Por lo que respecta al marco institucional, la citada Declaración de París diseñó una estructura que ha sido concretada en la reunión ministerial de principios de noviembre en Marsella. En primer lugar, conviene señalar que los Ministros de Asuntos Exteriores propusieron un cambio de denominación. En lugar de «Proceso de Barcelona: Unión por el Mediterráneo», pasará a llamarse simplemente «Unión por el Mediterráneo», en un intento de resaltar que nos encontramos no tanto en un proceso sino en un proyecto más definido y ultimado.

La estructura institucional se basa en la copresidencia; los altos funcionarios; el Comité permanente conjunto y la Secretaría. En cuanto a la copresidencia, que se aplicará en las Cumbres y en todas las reuniones de los diferentes órganos, recaerá en un copresidente originario de la UE y en un copresidente elegido por consenso entre los socios mediterráneos, por un período no renovable de dos años. Ambos copresidentes convocarán y dirigirán las reuniones de la UpM y someterán a aprobación el orden del día de las mismas.

Los altos funcionarios, que se reunirán regularmente para preparar las reuniones ministeriales, evaluarán los progresos de la UpM en todas sus dimensiones. Las líneas directrices y los criterios de evaluación de las propuestas de proyectos serán aprobadas por los altos funcionarios, que deberán respetar, según la Declaración de Marsella, el principio de que todo proyecto

debe contribuir a la paz y estabilidad de la región euromediterránea, no atentar contra los intereses legítimos de los miembros de la UpM, tener en cuenta la geometría variable y respetar el desarrollo de los proyectos en curso.

El Comité Permanente Conjunto, cuya sede estará en Bruselas, examinará todas aquellas cuestiones que estaban bajo la competencia del Comité Euromed, que ahora desaparece, y que no sean de la responsabilidad de los altos funcionarios, a cuyas reuniones prestará asistencia, tanto en su preparación, como en su desarrollo y continuidad. El Comité podrá servir igualmente de mecanismo de reacción rápida en el caso de que se produzca una situación excepcional en la región que requiera la consulta de los socios euromediterráneos.

Finalmente se crea una Secretaría, que ocupará un lugar central en la arquitectura institucional de la UpM. La creación de una Secretaría, que ya se propuso en su momento en el seno de la AEM, pero que no se materializó por falta de consenso, dará un impulso a todo el proceso, en lo que respecta a la identificación, seguimiento y promoción de nuevos proyectos, así como en la búsqueda de financiación para su puesta en marcha. La Secretaría, que tendrá una personalidad jurídica diferenciada y un estatuto autónomo, asegurará la coordinación con todas las instancias del proceso, en particular con las copresidencias, teniendo su mandato un carácter técnico, mientras que la dimensión política se reserva a las reuniones de los Ministros de Asuntos Exteriores y de los altos funcionarios. Entre sus principales atribuciones destaca la de reunir y convocar las iniciativas de proyectos regionales, subregionales y transnacionales, así como de la evaluación e información al Comité Permanente Conjunto y a los altos funcionarios de su puesta en marcha.

La Secretaría se compondrá de un secretario general (previsiblemente tunecino), y de cinco secretarios generales adjuntos (Autoridad Palestina, Grecia, Israel, Italia y Malta), elegidos por consenso por los altos funcionarios a propuesta de los socios euromediterráneos y sobre la base de una primera selección presentada por la copresidencia y la Comisión. La duración del mandato será de tres años, prorrogables una sola vez. La Secretaría tendrá una composición ligera de alrededor de setenta funcionarios, designados por el secretario general y los secretarios adjuntos en función de los criterios de competencia y de equilibrio geográfico.

La financiación de la Secretaría corresponderá de forma equilibrada a los socios euromediterráneos, a aportaciones voluntarias y al presupuesto comunitario, en el marco del mencionado IEVA. El presupuesto de la Secretaría será aprobado con carácter anual por los altos funcionarios a propuesta del secretario general y de los secretarios adjuntos. Una vez que los estatutos de la Secretaría sean adoptados por los altos funcionarios (antes de finales de febrero de 2009), de conformidad con el sistema jurídico del país donde se ubicará la Secretaría, en este caso España, se realizarán las primeras contribuciones financieras con el objetivo de que la Secretaría pueda empezar a funcionar antes de mayo de 2009. Con anterioridad deberá adoptarse un acuerdo de sede entre España y la Secretaría que garantizará a ésta un estatuto autónomo, una personalidad jurídica para ejercer sus actividades, así como los privilegios e inmunidades de la propia Secretaría y de su personal internacional.

En cuanto a la sede, Barcelona fue elegida para albergar la Secretaría durante la citada reunión de los Ministros de Asuntos Exteriores desarrollada en Marsella durante los días 3 y 4 de noviembre de 2008. La candidatura de Barcelona, que competía con las de Marsella, Túnez y Malta, se impuso finalmente en reconocimiento de su tradición mediterránea y gracias a la unidad institucional de las administraciones central, autonómica y municipal que posibilitó una estrategia diplomática con resultados excelentes para la candidatura.

Antonio BLANC ALTEMIR

6. LA NUEVA CONVENCIÓN SOBRE LAS MUNICIONES EN RACIMO

El término restos explosivos de guerra (REG) alude a una amplia panoplia de artefactos explosivos que son abandonados o han sido lanzados o disparados pero no han explotado como había sido previsto y quedan sin retirar en una zona, una vez ha finalizado un conflicto armado. Los REG incluyen los proyectiles de artillería, los cohetes y las bombas, las granadas, las granadas de mortero, las minas, las submuniciones, los misiles y demás artefactos explosivos. Habitualmente, tras el final de los enfrentamientos, extensas áreas de las partes en conflicto quedan *sembradas* de miles o incluso millones de REG, que matan y hieren a numerosos hombres, mujeres y niños anualmente. En efecto, según el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) aproximadamente dos mil personas mueren o son heridas por los REG en todo el mundo cada mes. Además, los REG dificultan el retorno de los desplazados a sus lugares de origen y la reconstrucción posbélica e imposibilitan el cultivo de los terrenos, aunque muchos agricultores arriesgan su vida trabajando dichas tierras. Por otro lado, los heridos por los REG se convierten en una carga gravosa para las instituciones y el presupuesto sanitario de los Estados afectados. Por último, como una parte numerosa de los heridos son niños el problema se perpetuará durante la siguiente generación. En la actualidad son numerosos los Estados afectados por los REG, por ejemplo, desde Vietnam y Laos a Afganistán e Irak, sin olvidar, desde luego, los efectos de los REG en Kosovo, donde en el año siguiente a los bombardeos de la OTAN fallecieron o fueron heridas por los restos explosivos 492 personas.

Una parte muy importante de los daños que derivan de los REG son causados por un tipo particular de restos: las denominadas bombas de fragmentación, bombas de racimo o municiones en racimo (MER), y las bombetas o submuniciones que estas bombas liberan. Por ejemplo, de las 492 víctimas o heridos mencionados en Kosovo, el 36 por 100 resultaron muertos o heridos por estas submuniciones. Las bombas de racimo son lanzadas desde el aire o disparadas con artillería y están diseñadas para que la bomba libere decenas o, en su caso, centenares, de submuniciones explosivas o bombetas a una altitud determinada o al cabo de un lapso de tiempo. Puesto que las submuniciones o bombetas caen libremente o en paracaídas poseen un elevado riesgo de causar daños indiscriminados, ya que su precisión depende de factores variables, tales como las condiciones meteorológicas, la altura y la velocidad, de forma que pueden acabar afectando a extensas zonas civiles. Por otro lado, a pesar de que las submuniciones han sido diseñadas para hacer explosión en el momento del impacto, una buena parte de las mismas no lo hacen porque han sido diseñadas para explotar cuando impactan contra objetos duros, como vehículos o suelos asfaltados, y en muchas ocasiones lo hacen contra superficies blandas como nieve, arena, vegetación o suelos fangosos, demasiado blandos para activar los mecanismos de detonación. Las submuniciones que no han estallado o que han sido abandonadas deben ser retiradas y los Estados deben dedicar ingentes recursos económicos para la remoción de las mismas.

Los problemas de precisión y de fiabilidad de las MER han tenido consecuencias humanitarias dolorosas y han provocado numerosas víctimas y heridos en los conflictos en los que se han utilizado dichos artefactos desde hace casi cuarenta años. Sorprendentemente, a pesar de la gravedad de los efectos de las MER, definidas como armas convencionales, las únicas normas relevantes eran las normas generales de Derecho Internacional Humanitario; es decir, no existían normas específicas aplicables a los mismas, ni desde luego una prohibición de utilización, y las únicas normas aplicables a los problemas que causan una vez finalizados los conflictos derivaban del Protocolo V sobre los Restos Explosivos de Guerra, que no regula la utilización de las MER y tampoco contiene obligaciones específicas relativas a los procesos de producción para impedir que las submuniciones se conviertan en restos explosivos de guerra.

En los últimos años, y debido a sus graves daños sobre las poblaciones, la cuestión de las MER se ha convertido en un tema de particular preocupación para numerosos Estados, organizaciones no gubernamentales y organizaciones internacionales, y se ha asentado la convicción de que es necesaria una prohibición de estas armas. A las terribles consecuencias humanitarias hay que añadir que alrededor de setenta y cinco Estados poseen existencias de las MER, sumando miles de millones de submuniciones. Muchas de estas existencias se están tornando obsoletas y son escasamente fiables. La perspectiva de un uso futuro de las mismas es inquietante. En ese sentido, ciertos incidentes armados han probado que los grupos armados no estatales ya tienen acceso a este tipo de armas. Finalmente, el uso inmoral, y probablemente ilegal, de las MER durante el conflicto en el Líbano dio un impulso definitivo a las iniciativas de la comunidad internacional para restringir la utilización de las mismas. En efecto, a mediados del año 2006, durante la guerra del Líbano, Israel bombardeó con varios millones de submuniciones el sur de dicho Estado. Lo más grave es que el 90 por 100 de las bombas de racimo fueron lanzadas en las últimas 72 horas del conflicto, cuando un alto el fuego había sido ya acordado. La consternación que causaron estos hechos impulsó al Comité Internacional de la Cruz Roja a lanzar el 7 de noviembre de 2006 un llamamiento para la negociación de un acuerdo internacional que afrontara eficazmente el problema de las MER. A iniciativa del gobierno noruego, en febrero de 2007, los representantes de cuarenta y seis Estados aprobaron la Declaración de Oslo, en virtud de la cual se puso en marcha el denominado *Proceso de Oslo* para la negociación de un tratado internacional sobre la prohibición del uso, la producción, la transferencia y el almacenamiento de las MER que causan daños inaceptables a los civiles. El *Proceso de Oslo* concluyó con la adopción en Dublín del convenio el 30 de mayo del 2008, por los representantes de 107 Estados, y con la posterior apertura a la firma del mismo el 3 de diciembre de 2008 en Oslo.

Obligaciones generales (art. 1). El precepto impone a las partes la obligación de no emplear, desarrollar, producir, adquirir de un modo u otro, almacenar, conservar o transferir a nadie, directa o indirectamente, MER en cualquier circunstancia, incluyendo los conflictos internacionales y no internacionales. La transferencia de MER a otro Estado parte para su destrucción sí está permitida. Aunque el precepto no lo indica, la prohibición de transferencia debería interpretarse como inclusiva de la prohibición del tránsito de MER a través del territorio nacional de un Estado parte, tal y como se ha acordado en la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997. También se prohíbe ayudar, alentar o inducir a nadie a participar en una actividad prohibida a un Estado Parte por la Convención. En ese sentido, sería conveniente que el término *alentar* incluya la prohibición de invertir en empresas productoras de MER en Estados no partes, como ya recogen ciertas legislaciones nacionales.

Definiciones (art. 2). La Convención sobre las MER es un avance histórico ya que prohíbe la práctica totalidad de las MER entendidas como una categoría de armas. A los efectos del Convenio, una munición en racimo es definida como una «munición convencional que ha sido diseñada para dispersar o liberar submuniciones explosivas, cada una de ellas de un peso inferior a 20 kilogramos, y que incluye estas submuniciones explosivas. El Convenio excluye de su ámbito de aplicación las MER o las submuniciones diseñadas para producir efectos eléctricos o electrónicos, para emitir bengalas, humo, efectos de pirotecnia o contramedidas de radar («chaff»); o una munición diseñada exclusivamente con una función de defensa aérea. También quedan excluidas aquellas MER y submuniciones que, para evitar los efectos indiscriminados sobre una zona o los riesgos de las submuniciones sin explotar, reúnen *todos* los requisitos siguientes: (i) Cada munición contiene menos de diez submuniciones explosivas; (ii) Cada submunición explosiva pesa más de cuatro kilogramos; (iii) Cada submunición explosiva está diseñada para detectar y atacar un objeto que constituya un blanco único; (iv) Cada submunición explosiva está equipada con un mecanismo de autodestrucción electrónico; (v) Cada sub-

munición explosiva está equipada con un dispositivo de autodesactivación electrónico. La exclusión se justifica porque es poco probable que los tipos de MER que reúnen dichas características causen problemas humanitarios. Este precepto, además de delimitar el ámbito material de la Convención, posee un poderoso efecto disuasorio con respecto al desarrollo de nuevas armas, ya que únicamente serán legales aquellas armas similares a las MER que satisfagan igualmente los criterios reseñados y además eviten los efectos indiscriminados en una zona, así como los riesgos que entrañan las submuniciones sin estallar.

El Convenio tampoco se aplica a las minas, ya que las más devastadoras, desde el punto de vista humanitario, tienen su propio régimen jurídico en la Convención sobre las minas antipersonal de 1997.

Almacenamiento y destrucción de arsenales (art. 3). Cada Estado parte se compromete a destruir todas las MER bajo su jurisdicción o control *lo antes posible* y, a más tardar, en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de la Convención para ese Estado parte. En el caso de necesitar un plazo adicional un Estado parte podrá solicitar a la Reunión de los Estados partes una prórroga de hasta un máximo de cuatro años para completar la destrucción de dichas MER.

No obstante, las partes podrán retener o adquirir un número limitado de MER y submuniciones explosivas para el desarrollo y entrenamiento en técnicas de detección, limpieza y destrucción de MER y submuniciones explosivas, o para el desarrollo de contramedidas, aunque la cantidad de submuniciones explosivas retenidas o adquiridas no excederá el número mínimo absolutamente necesario para estos fines. Para hacer cumplir cabalmente esta disposición, los Estados partes están obligados a presentar cada año un informe detallado sobre el uso que se planea hacer de estas MER, su tipo, cantidad y números de lote.

Limpieza y destrucción de restos de MER y educación sobre reducción de riesgos (art. 4). Los Estados partes se comprometen a limpiar y destruir los restos de MER ubicados en las áreas que se encuentren bajo su jurisdicción o control, lo antes posible, y, a más tardar, en un plazo de diez años a partir del día de la entrada en vigor de la Convención para cada Estado parte. En el caso de que un Estado parte necesitara un plazo adicional podrá solicitar a la Reunión de los Estados partes una prórroga de hasta un máximo de cinco años para completar la limpieza y destrucción de dichos restos de MER.

Las partes se comprometen también a identificar, marcar, controlar y cercar para la efectiva exclusión de civiles todas las áreas contaminadas con MER bajo su jurisdicción o control. También impartirán educación sobre prevención y reducción de riesgos entre los civiles que viven dentro o en los alrededores de áreas contaminadas.

Es importante traer a colación que en los casos en los que un Estado parte haya empleado o abandonado MER en áreas bajo la jurisdicción o control de otro Estado parte, la Convención *alienta fervientemente* al primero a proveer, *inter alia*, asistencia técnica, financiera, material o de recursos humanos al otro Estado parte para facilitar el marcaje, limpieza y destrucción de los restos de MER.

Asistencia a las víctimas (art. 5). La Convención consagra una noción de víctima extraordinariamente amplia y novedosa, ya que se entiende por *víctimas de MER* «todas las personas que han perdido la vida o han sufrido un daño físico o psicológico, una pérdida económica, marginación social o un daño substancial en la realización de sus derechos debido al empleo de MER. La definición incluye a aquellas personas directamente afectadas por las MER, así como a los familiares y comunidades perjudicados». La obligación fundamental de los Estados partes con respecto a las víctimas de las MER en áreas bajo su jurisdicción o control consiste en proporcionar asistencia, de acuerdo con la edad y el género de las víctimas. La asistencia incluye la atención médica, la rehabilitación, y el apoyo psicológico, así como la provisión de los medios para lograr su inclusión social y económica.

Cooperación y asistencia internacional (art. 6). Cada Estado parte tiene derecho a solicitar y recibir asistencia. En concreto, cada Estado parte que esté en condiciones de hacerlo proporcionará asistencia técnica, material y financiera a los Estados parte afectados por las MER, con vistas a aplicar las obligaciones de la Convención. El precepto regula diversas modalidades de cooperación incluyendo la asistencia para la limpieza y destrucción de las MER, la educación para el riesgo, el intercambio de información y de equipos, asistencia económica y social y contribuciones financieras a fondos fiduciarios.

Medidas de transparencia (art. 7). Las partes están obligadas a remitir un informe al secretario general de la ONU tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, no más tarde de 180 días a partir de la entrada en vigor de la Convención para cada Estado parte, sobre las medidas para la aplicación de la Convención. Entre otras cuestiones, se debe remitir información sobre las reservas de MER, los programas de cierre o reconversión de las instalaciones de producción de MER, los programas de destrucción de MER, sobre las áreas contaminadas por las MER, las medidas de educación para la reducción del riesgo e información sobre las medidas de asistencia a las víctimas y de cooperación y asistencia internacionales. La información debe ser actualizada anualmente y remitida antes del 30 de abril de cada año al secretario general.

Facilitación y aclaración de cumplimiento (art. 8). Los Estados parte han acordado facilitar las consultas y la cooperación entre sí con respecto a la aplicación de las disposiciones de la Convención, y se comprometen a trabajar conjuntamente para facilitar el cumplimiento por parte de los Estados partes de sus obligaciones. Para ello se ha incorporado al Convenio un mecanismo de Solicitud de Aclaración que permite que un Estado parte pida, a través del secretario general, una aclaración o resolución de una cuestión relacionada con un asunto de cumplimiento de las disposiciones de la Convención por parte de otro Estado parte. Si la respuesta no se recibe en un plazo de 28 días o es insatisfactoria, cabe la posibilidad de que el Estado solicitante someta la cuestión a la Reunión de las partes, que podrá sugerir a los Estados partes interesados formas y medios para aclarar o resolver el asunto en consideración. Si se determina que el tema en cuestión es originado por circunstancias que escapan al control del Estado parte requerido, la Reunión de Estados parte podrá recomendar las medidas apropiadas, incluido el uso de medidas cooperativas.

Medidas de implementación a nivel nacional (art. 9). Cada Estado parte está obligado a adoptar todas las medidas legales, administrativas y de cualquier índole que sean pertinentes para aplicar la Convención. En particular, se destaca que los Estados deben dotarse de las disposiciones penales correspondientes para, en su caso, sancionar penalmente a las personas bajo su jurisdicción o control que realicen cualquier actividad prohibida en la Convención.

Relaciones con Estados no partes de la presente Convención (art. 21). Los primeros apartados del precepto establecen la obligación de los Estados partes de promover las normas de la Convención y hacer todos los esfuerzos posibles por desalentar a los Estados no partes de la misma de utilizar MER. Además las partes alentarán a los Estados no partes a ratificar o adherirse a la Convención, con el objetivo de alcanzar la vinculación de todos los Estados a la misma. En el tercer párrafo nos encontramos con una de las disposiciones más controvertidas del tratado a causa de la ambigüedad de su tenor. En él se dispone que: «Sin detrimento de lo previsto en el artículo 1 de la presente Convención y de conformidad con el Derecho Internacional, los Estados parte, su personal militar o sus nacionales podrán cooperar militarmente y participar en operaciones con Estados no parte de la presente Convención que pudieran desarrollar actividades que estén prohibidas a un Estado parte». Luego se añade que esta posibilidad no autoriza a un Estado parte a desarrollar, producir o adquirir de un modo u otro, municiones en racimo; almacenar él mismo o transferir municiones en racimo; utilizar él mismo municiones en racimo; o solicitar expresamente el uso de municiones en racimo en casos en los que la elección de las municiones utilizadas se encuentre bajo su control exclusivo. Se trata de disposiciones vagas y problemáticas, aunque en su aplicación hay que recordar que el artículo 1 indica que los Estados partes tienen prohibido *nunca*,

y *bajo ninguna circunstancia* ayudar, alentar o inducir a nadie a participar en una actividad prohibida a un Estado parte según lo establecido en la Convención.

Finalmente, destacar que la Convención ha previsto Reuniones anuales de los Estados partes y también Conferencias de Examen. La Convención prohíbe formular reservas a los artículos de la misma y, según su artículo 17, entrará en vigor el primer día del sexto mes a partir de la fecha de depósito del trigésimo instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión. A 22 de diciembre de 2008, cincuenta Estados han manifestado su consentimiento en obligarse por la Convención.

En definitiva, el problema de los restos explosivos de guerra, de las denominadas «armas que siguen matando» tras el final de las hostilidades es extremadamente grave. En los últimos años el Derecho Internacional Humanitario ha incorporado la preocupación por los efectos de las armas sobre las poblaciones civiles una vez han finalizado los enfrentamientos. La comunidad internacional tiene ahora a su disposición una panoplia de herramientas para hacer frente a los REG, ya que se ha dotado de un verdadero régimen jurídico dirigido a luchar contra los efectos de los restos explosivos de guerra: en primer lugar, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997; en segundo lugar, el Protocolo V sobre los Restos Explosivos de Guerra de 2003 y finalmente la Convención sobre las Municiones en Racimo de 2008. Pero además, tal y como ha indicado el CICR, la comunidad internacional, a través de estos tratados, ha consagrado una nueva norma en el Derecho Internacional, que los contendientes en un conflicto armado ya no pueden desentenderse de los efectos que generan sus restos explosivos de guerra y transmitir esa carga a las comunidades afectadas.

En particular, la Convención sobre las Municiones en Racimo es un texto extraordinariamente valioso que aúna la acción humanitaria con las medidas de desarme. La rápida negociación de la Convención y su próxima entrada en vigor manifiestan el compromiso de un buen número de Estados, de la Organización de las Naciones Unidas, del CICR y de la propia sociedad civil mundial a través de las organizaciones no gubernamentales, para poner fin al indecible dolor que causan las municiones en racimo en todo el mundo. Seguramente, la ausencia de importantes Estados productores y usuarios de las MER en la lista de Estados signatarios es una traba enorme para su universalidad. A pesar de ello, a través de la Convención, la comunidad internacional ha condenado firmemente el uso de las MER y difícilmente serán empleadas de nuevo, incluso por Estados que no se hayan adherido a la misma.

Roberto PÉREZ SALOM