

V. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. LA NUEVA *NATIONAL SPACE POLICY* (2006) DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)

1. Sabido es que la utilización militar del espacio ultraterrestre se produce desde el inicio mismo de las actividades espaciales, aunque se prefiriera por obvias razones silenciar en lo posible el lado oscuro de este nuevo triunfo tecnológico, pero la militarización de las actividades espaciales se ha producido en la realidad de las cosas. Porque al uso del espacio como lugar *desde el que* facilitar empleo de las armas en tierra se ha añadido su utilización como lugar *en el que* el empleo de las armas puede llevarse a cabo directamente: Desde 1966, Estados Unidos ha estudiado sistemas para la destrucción y/o inutilización de ingenios espaciales enemigos a partir de bases terrestres o aéreas y, desde 1967, la entonces Unión Soviética investigó y ensayó con el mismo objetivo armas disparadas desde tierra o ubicadas en el espacio mismo a bordo de objetos espaciales.

El Derecho internacional no se mostró demasiado sensible, podemos considerar hoy, a estos peligros, pues la respuesta que el Tratado del Espacio de 1967 dio a estas actividades fue insuficiente. Es cierto que los riesgos actuales no existían entonces en la proporción que hoy tienen; cierto asimismo que determinados usos militares del espacio se encontraban por esas fechas en fase de ensayo y de experimentación tan solo; pero cierto igualmente que una posición más dura del «legislador» hubiera segado en flor la carrera de armamentos en el espacio exterior o, al menos, hubiera dado a la opinión pública mundial y a los políticos del mundo de buena fe importantes argumentos jurídicos y políticos para erosionarla notablemente.

No fue así y las lamentaciones ahora son inútiles. Es menester por el contrario aprender de los errores del pasado e impedir que años más tarde alguien pueda decir del Derecho del Espacio de comienzos del siglo XXI lo que quien esto escribe acaba de afirmar del que nació hace ya casi medio siglo.

2. La llegada al poder, recién nacida la década de los ochenta, en los Estados Unidos de la Administración Reagan supuso, por lo demás, el punto de inflexión de una línea que se mantenía, ya que no «descendente», sí «plana» en esta materia. Recordemos [...]

En 1979 se concluyeron los Acuerdos sobre limitación de armas estratégicas ofensivas SALT-II como fruto de los esfuerzos negociadores de la Administración Carter y del Gobierno de la Unión Soviética, entre cuyos objetivos se incluía el control de armamento «espacial»: El artículo IX.I.c del Tratado prohibía el ensayo, desarrollo y despliegue de armas nucleares a bordo de ingenios del tipo FOBS (*Fractional Orbit Bombardement System*), esto es, satélites

que no llegan a dar una órbita completa alrededor del planeta; en las *Declaraciones acordadas y común entendimiento* respecto del Tratado, ambas partes decidían respecto de dicho artículo que «las disposiciones del subparágrafo c [...] no requieren el desmantelamiento o la destrucción de ninguno de los lanzadores existentes que posean las Partes» [el texto del Tratado, su Protocolo y las Declaraciones en BARCIA GARCÍA-VILLAMIL, E., *SALT*, OID, Madrid, 1981, 145 y ss., y su texto (auténtico) en inglés Goldblat, J.: *Agreements for arms control. A critical survey*, SIPRI y Taylor & Francis Lmted, Londres, 1982, 267 y ss.]. Pero el Acuerdo SALT-II no pudo entrar en vigor por la negativa del Senado estadounidense a ratificarlo, sin que se reanudaran tampoco las conversaciones sobre sistemas antisatélite iniciadas entre ambos países en torno a las fechas de conclusión del Acuerdo; la nueva Administración americana en el poder, por el contrario, procedió a reforzar el poder militar de los Estados Unidos en todos los campos, incluidos la fabricación y perfeccionamiento de nuevas armas espaciales (al respecto 6. Discussion paper (Garwin), Pugwash meeting núm. 283: Pugwash Workshop on *Preserving the Non-Weaponization of Space*, Castellón de la Plana [Spain], 22-24 may 2003; GREGO, L.: «A history of United States and Soviet ASAT Programs», http://www.ucsusa.org/global/_security/space_weapons/ahistory-o...).

Lo que popularmente se conoció como «Guerra de las galaxias», y más técnicamente como Iniciativa de Defensa Estratégica (SDI con sus siglas en inglés), comenzó a elaborarse en 1983 («Text of Reagan Address on Defence Policy», *Congressional Quarterly Weekly Report*, 26 march 1983, núm. 41, 633 y ss.). Se trataba de ambicioso y complejo sistema de destrucción en vuelo de misiles enemigos, que forzó al Gobierno estadounidense a defender una interpretación más amplia del Tratado sobre limitación de sistemas de misiles antibalísticos (Tratado ABM) concertado con la Unión Soviética en 1972 [*ILM*, XI (1972), núm. 4.784 y ss.] y que, si bien se mira, suponía ya entonces la «crónica de una denuncia anunciada».

3. El Presidente George Bush (senior) optó por un programa antimisiles menos ambicioso [*Global Protection Against Limited Strikes* (GPALS)] y su sucesor del Partido Demócrata, William Clinton, todavía se conformó con menos; fue con todo durante su Administración en la que nació el concepto, vigente aún hoy, de la Defensa Nacional Antimisiles (NMD) y cuando por vez primera el objetivo del programa apunta, no a los soviéticos, sino a los *rogue States* (Corea del Norte, Irán y, por entonces, Libia e Iraq) [CERVELL HORTAL, M.^a J., «La denuncia del Tratado ABM (diciembre de 2001) por Estados Unidos», *REDI*, LIV (2002), núm. 1, p. 510].

4. Muy pronto, tras su llegada al poder en los Estados Unidos (2001), la Administración republicana comunicó por medio de su Presidente, G.W. Bush (junior), su decisión de denunciar el Tratado ABM, algunas de cuyas disposiciones obstaculizaban seriamente los planes del Gobierno de reforzar su poderío militar en y desde el espacio exterior. El 1 de mayo de 2001, en la *National Defense University*, el Presidente anunciaba que había ordenado la puesta en marcha y el desarrollo de la Defensa Nacional Antimisiles (NMD); el 13 de diciembre del mismo año, Estados Unidos comunicó su decisión de retirarse del Tratado ABM, denuncia que sería operativa, de acuerdo con su artículo XV, seis meses después, esto es, el 13 de diciembre de 2002.

La denuncia del Tratado, posiblemente correcta desde un punto de vista estrictamente jurídico al haberse realizado de acuerdo con las exigencias que al respecto determinaba su artículo XV.2, fue políticamente muy criticada y acaso prematura. Es cierto, sí, que los nuevos planes aprobados para la NMD, que preveían el despliegue de misiles interceptores de base marítima y aérea así como incluso sobre plataformas terrestres móviles, entraban en colisión directa con el artículo V del Tratado, pero también lo es que el Gobierno estadounidense tomó su decisión mucho tiempo antes (varios años como mínimo según los expertos más cualificados) de que los avances científicos y tecnológicos hicieran posible el desarrollo continuado de sus pruebas y después de su despliegue (CERVELL HORTAL: «La denuncia...», 511, 513). Parece obvio que los Estados Unidos deseaban liberarse cuanto antes de un compromiso que tan

enojoso resultaba para la opción tanto defensiva como ofensiva que en relación con el espacio exterior la nueva Administración había decidido.

5. En junio de 2005, Peter Brookes anunciaba el «lanzamiento» por la Administración Bush» de una nueva Política Nacional del Espacio («Militarizar el espacio», Grupo de Estudios Estratégicos GEES, colaboradores núm. 428, 13 de junio de 2005, 1) y el 29 de abril de 2006, L.E. Rodríguez Hernández, de nuevo apuntaba «noticias recientes sobre la próxima publicación de una nueva doctrina espacial de los Estados Unidos [...]» («La geopolítica espacial del Imperio en el siglo XXI», <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=30711>) llamada a sustituir a la aprobada en 1996 por la Administración demócrata y cuya revisión por fases fue anunciada ya en el verano (National Space Policy Review June 28, 2002 National Security Presidential Directive-15, <http://www.spaceref.com/news/viewsr.html?pid=6128>).

No es que se pensara que fuera a modificar esta radicalmente; baste recordar que la NSP (1996) no se oponía al uso militar del espacio, pudiendo leerse en ella por ejemplo que los Estados Unidos: «shall maintain the capability to execute mission areas of space support, force enhancement, space control and force application», lo que se interpretó como la clara aceptación de los sistemas de armas antisatélite (ASAT) ni la utilización del espacio para el ataque a objetivos enemigos en tierra (mar o aire). Pero el contexto en el que la nueva Política debería aplicarse sí iba a ser diferente, lo que generaría en quienes planifican y gestionan el uso militar del espacio una interpretación de la Política Espacial muy distinta de la que se había venido haciendo hasta el momento. Tres cambios fundamentales pueden detectarse al respecto (GREGO, L.: «Comments on context of anticipated new NSP», http://www.ucsus.org/global_security/space_weapons/context-0...):

– En primer lugar en el contexto político. La Administración del Partido Republicano actualmente en el poder no solo es en general más receptiva que la anterior del Partido Demócrata a la noción misma de «armas espaciales», sino que en ella han conseguido ámbitos de influencia y poder importantes «viejos conocidos» en la defensa del rearme y en particular del rearme espacial, como el Secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, o Richard Myers (Chairman of the Joints Chiefs of Staff General).

– Un segundo cambio en el contexto es de naturaleza militar. Los Estados Unidos dependen militarmente hoy mucho más de sus sistemas de satélites que hace diez años. Un ejemplo: Todos los bombardeos masivos de los últimos conflictos llevados a cabo por los Estados Unidos [«Guerra de Afganistán» (2001-2002) o «Guerra de Iraq» (2003)] han sido guiados en alguna fase de su trayectoria por el Sistema de Posicionamiento Global que funciona a partir y por medio del correcto funcionamiento de una red de satélites artificiales (vide J. HYTEN y R. UY, «Decisiones morales y éticas con relación a las guerras espaciales», document created 14 december 2004, *Air & Space Power*, 6-7). A estos temores responde la invocación por los defensores del rearme en el espacio de la posibilidad de un nuevo *Space Pearl Harbor* con la que auguran a los Estados Unidos, si su Gobierno no se aviene a desarrollar un sólido sistema de armas antimisiles y antisatélites, una catástrofe análoga a la sufrida en 1945 por el ataque japonés a su flota del Pacífico; aunque más importante que la opinión de un individuo, por experto que sea en su materia (BROOKES, P., «Militarizar...», 3), es la de toda una importante Comisión oficial, cuando cuatro años atrás defendía también ese punto de vista (*Report of the Commission to Assess United States National Security Space Management and Organization*, executive summary, pursuant to Public Law 106-65, January 11, 2001, 15, en <http://www.fas.org/spp/military/commission/report.htm>).

– Y un tercer cambio en el contexto apunta al dato de que la capacidad para construir y operar satélites está creciendo, con lo que nuevos Estados aspiran a convertirse, o lo han hecho ya en algún caso, en potencias espaciales. Algunos políticos estadounidenses pueden ver en este dato un nuevo factor de peligro para la nación [...]. Item más, hoy la tecnología permite a Estados poderosos como los Estados Unidos «hacer cosas» relacionadas con la militarización

defensiva y ofensiva del espacio exterior que hace veinte años, cuando otra Administración republicana, si se me permite decirlo así, abrió el melón, resultaban inalcanzables.

Todo parece indicar, en suma, que la Administración Bush se propone abordar con decisión un rearme «espacial» que le permita no solo defenderse sino asimismo atacar a sus enemigos *en y desde* el espacio ultraterrestre. Lo veremos enseguida. Pero ahora quería únicamente añadir para terminar este punto que indicios de lo que va seguramente a pasar están ya escritos en *el Informe de la Comisión de Evaluación para la Organización y Gestión de la Seguridad Nacional Espacial de los Estados Unidos* hecho público en el año 2001, a comienzos del primer mandato del Presidente G. W. Bush; no se sorprenderá el lector cuando le diga que dicha Comisión fue presidida por el actual Secretario de Estado de Defensa, Sr. Rumsfeld. En dicho Informe, se defiende tanto la necesidad de que los Estados Unidos se doten de armas espaciales para defenderse de actos hostiles de otros países, como de que lo haga también con el fin de atacar objetivos enemigos en tierra, mar, aire o espacio. Curiosamente, como el teniente general Henry sostuvo a principios de los ochenta, el Informe (2001) defiende la idea de que el espacio no es sino un teatro de operaciones, como puedan serlo la tierra, el mar o el aire, en el que los Estados Unidos deben saber interpretar como nadie su papel de Prima Donna en estas particulares Artes (*The Report... cit.*, 11, 12 y 16).

6. Tres son los sistemas de defensa antimisiles que la Administración Bush planea desplegar a corto, medio y largo plazo:

i) El de Defensa a media trayectoria con base en tierra (*Ground based Midcourse Defense*) (GMD) ha supuesto el despliegue de diez cohetes interceptores, ocho en Fort Greely (Alaska central) y dos en la base de la Fuerza Aérea de Vandenberg (California), así como de diez más a lo largo del bienio 2005-2006. El sistema está ya plenamente operativo aunque dado que no se encuentra activado las 24 horas sólo puede iniciarse previo paso a un estado de alerta. Las diez primeras unidades interceptoras utilizan el método sencillo pero eficaz de destruir el misil enemigo explotando contra él directamente; han sido realizadas hasta el momento y desde 2002 nueve ensayos que han alcanzado plenamente su objetivo en ocho ocasiones, la última de ellas el 1 de septiembre de 2006 fecha en la que la Agencia de Defensa Antimisiles (MDA) informó que un ingenio interceptor procedente de la base de Vandenberg había destruido en vuelo sobre el Pacífico un objetivo lanzado desde Kodiak (Alaska) (SMITH, S. D., «Missile Defense Program moves forward», American Forces Information Service, 11/01/2006; diario *ABC* del sábado 2 de septiembre de 2006, 33). Y debo añadir que la función antimisil de estos interceptores GMD «podría ser efectiva [asimismo] como armas ASAT'S contra una amplia gama de satélites de órbita baja» (WRIGHT, D. y GREGO, L., «Anti-satellite capabilities of planned United States missile defense systems», http://www.ucsusa.org/global_security/spce_weapons/asatcapabi...; GRONLUND, L. y WRIGHT, D.: «The Alaska test bed fallacy: Missile defense deployment goes stealth», *Arms control today* [sept. 2001] http://www.armscontrol.org/act/2001_09/grondlundwrightsept.01.asp).

La Administración Bush desarrolla, asimismo, un sistema de defensa que reestructura el anterior, denominado Defensa a media trayectoria de base marítima [SMD]), y estando previsto su despliegue en tres navíos con hasta veinte interceptores *Aegis-LEAP* entre finales del 2004 y el 2006. Con este dispositivo Estados Unidos podría defenderse también de la amenaza de satélites enemigos en órbita baja (WRIGHT, D., y GREGO, L., «Anti-satellite capabilities...», 3-4; WRIGHT, D.: «An analysis of the 25 January 2002 test of the Aegis-LEAP interceptor for navy theater-wich», Union of Concerned Scientists working paper [3 March 2002], en [http://www.uscusa.org/global_security/missile_defense/.](http://www.uscusa.org/global_security/missile_defense/)).

ii) El Sistema de Láser Aerotransportado (*Air-Borne Laser*) (ABL) supone el empleo de un poderoso láser químico a bordo de un avión de carga modificado capaz de destruir los misiles del enemigo a unos cientos kilómetros de altura. Tras dos años de prueba de los sistemas de

fijación de objetivos y control de fuego con láser de baja intensidad, en el verano de 2005 comenzaron los ejercicios de fuego desde el *Advanced Tactical Laser* (ATL), un láser químico a bordo del avión de carga C-130H. En el presente año (2006) se está ultimando un gran láser de oxígeno y yodo que será la base de la primera generación del sistema ABL y podrá destruir blancos enemigos a más de cuatrocientos kilómetros; se ubicará a bordo de la plataforma de un Boeing 747 mucho más rápido y con capacidad de volar a mayor altura que el C-130 H antes mencionado. La Agencia de Defensa Antimisiles (MDA) espera tener plenamente operativo el sistema a finales de 2008, año en el que al menos dos Boeing 747 puede estar equipados y dispuestos para alcanzar en pocas horas cualquier escenario conflictivo (HACKETT, J. T., «Needed:laser in the sky», *The Washington Times*, 6 abril 2006; SEPÚLVEDA, I., «Promesa o peligro: La materialización de la Iniciativa de Defensa estratégica», *ARI. Real Instituto Elcano*, núm. 34, julio 2006, 15).

Repárese en la escalada que este nuevo sistema supone en la militarización del espacio: El sistema ABL, del que la Fuerza Aérea de los Estados Unidos tiene ya programada la adquisición de hasta siete unidades, es no solo un mecanismo de defensa contra misiles sino asimismo de ataque contra objetivos enemigos; los láser a bordo del C-130H tendrán (han tenido ya en algunas pruebas) objetivos terrestres fijos (torres de comunicación) y móviles (carros de combate y otros vehículos acorazados), tratándose en el año sucesivo de blancos aéreos ya de baja velocidad (helicópteros) ya de alta (aviones de carga y cazas de combate). El actual director del Instituto Universitario, General Rodríguez Mellado, ha establecido en este contexto recientemente una preocupante conexión del sistema ABL con ciertas manifestaciones de la política de seguridad de los Estados Unidos, la de poder convertirse en «un instrumento ejecutor de dimensión única» del principio de uso preventivo de la fuerza sustentado por la Administración Bush desde el 2002 y plenamente ratificada en la revisión de 2006 de su Estrategia de Seguridad Nacional (SEPÚLVEDA, I., «Promesa o peligro...», 16; sobre la revisión en el 2006 de la Estrategia de Seguridad Nacional hecha pública cuatro años antes BERMEJO GARCÍA, R., realiza en esta misma Sección de la *REDI*, LVIII [2006], núm. 1, [en prensa] un análisis comparativo).

Si el sistema ABL puede desarrollarse en su integridad, también podría emplearse como arma antisatélite para ingenios de órbita baja (WRIGHT y GREGO, «Anti-satellite capabilities...», 4-5).

iii) Más ambicioso es el Sistema de Defensa Antimisil de Base Espacial (*Space-based Missile Defenses*) (SMD) que utilizaría rayos láser y de energía cinética. Los trabajos iniciales se anunciaron en diciembre de 2002 y su principal importancia radica en la capacidad que el sistema poseerá para destruir o inutilizar satélites enemigos en órbita sincrónica o geostacionaria (36.000 kilómetros de altura), lo que resultaría inalcanzable para los demás programas examinados [WRIGHT y GREGO, «Anti-satellite capabilities...», 5-6; FELLER, J., «Missile Defense Agency announces kinetic-energy interceptor Program», *Inside Missile Defense*, 18 december 2002; GILDEA, K., «MDA (The United States Missile Defense Agency) plans to kick-off space-based interceptor testbed Program in 2004», *Defense Daily*, 20 december 2002].

7. *Consumatum est*, cabría decir tras haberse hecho pública con mucho retraso y mayor discreción la nueva Política Espacial Nacional (2006) de los Estados Unidos. Un documento de diez páginas hecho público en internet (octubre 2006) («U.S. National Space Policy», <http://www.ostp.gov/html/US%National%20Policy.pdf>) nos informa que la nueva Política Espacial fue autorizada por el Presidente Bush el 31 de agosto, siendo su objetivo el de sustituir a la del Presidente Clinton (Presidential Decision Directive/NCC-49/NSTC-9, NSP, 14 september 1996). Según declaraciones de un funcionario que evitó ser identificado se informó de esta decisión a algunos miembros del Congreso y a los gobiernos de algunos Estados (entre ellos al de Rusia) (Agencia EFE, <http://www.laraza.com/print.php?nid=38015&origen=1>).

La nueva política de los Estados Unidos es más agresiva y, desde luego, más unilateralista que la adoptada por la Administración Clinton; como la directora del Centro de Información de la Defensa (CDI), Washington D.C., Theresa Hitchens, sostuvo, «existen claras diferencias de enfoque y mentalidad» entra una y otra (<http://www.newscientinspace.com/article.ns?id=dn102628.print=trne,4/11/2006>). La nueva versión emplea un lenguaje contundente para transmitir el «mensaje» de que los Estados Unidos harán todo lo que sea necesario, todo, para la defensa de sus sistemas espaciales, poniendo el énfasis (aunque sin olvidar abrir de par en par las puertas del espacio a la empresa privada) en la seguridad y destacando que «la libertad de acción en el espacio es tan importante para los Estados Unidos como su supremacía naval y aérea» («U.S. National Space Policy» cit., 1: Background, párrafo segundo); a mi juicio y en síntesis, cuatro son sus principios cardinales:

– Estados Unidos considera tener un derecho de paso hacia y desde el espacio y a operar en él sin interferencia alguna («The United States considers space systems to have the right of passage through and operations in space without interference. Consistent with this principle, the U.S. will view purposeful interference with its space systems as an infringement on its rights», «U.S. National Space Policy» cit., 2: «Principles», pág. cuarto).

– La capacidad espacial es un interés vital (*sic*) de los Estados Unidos, así como lo es su preservación y defensa frente a todo tipo de interferencias; Estados Unidos rechazará incluso el derecho a toda capacidad espacial de sus adversarios que resulte hostil para sus intereses nacionales («The U.S. considers space capabilities—including the ground and space segments and supporting links— vital to its national interests. Consistent with this policy, the U.S. will: preserve its rights, capabilities, and freedom of action in space; dissuade or deter others from either impeding these rights or developing capabilities intended to do so; take those actions necessary to protect its space capabilities; respond to interference; and deny, if necessary, adversaries the use of space capabilities hostile to U.S. national interests», *ibídem*, pág. quinto).

– Estados Unidos se opondrá al desarrollo de nuevas normas jurídicas destinadas a negar o limitar su derecho de libre acceso y de uso del espacio, y ningún posible acuerdo internacional sobre control de armas menoscabará el derecho de los Estados Unidos a llevar a cabo investigaciones, ensayos, operaciones u otro tipo de actividades espaciales para beneficio del país («The U.S. will oppose to development of new legal regimes or other restrictions that seek to prohibition or limit U.S. access to or use of space. Proposed arms control agreements or restrictions must not impair the rights of the U.S. to conduct research development, testing, and operations or other activities in space for U.S. national interest» (*ibídem*, pág. sexto).

La continuación de los ensayos para conseguir un sistema de defensa contra misiles enemigos, que en algunos de sus componentes servirá asimismo como sistema de ataque contra objetivos terrestres, aéreos, navales del enemigo así como también de defensa y ataque contra satélites adversarios, parece plenamente asegurada por este nuevo texto; nuevos desarrollos y estudios sobre este tipo de armas, también.

Pero la nueva Política Espacial adoptada (2006) incluye, entre otros temas, directrices de interés sobre la utilización de fuentes de energía nuclear en el desarrollo de las actividades espaciales de los Estados Unidos («U.S. National Space Policy», documento *cit.*, 9: «Space nuclear power», 7-8). En ellas, el Gobierno estadounidense deja claro que usará sistemas espaciales propulsados por energía nuclear o que precisen de ella para su eficaz funcionamiento siempre que dicho uso «incrementa significativamente las capacidades operacionales o la exploración espacial» (*ibídem*, 7); lo que el documento no nos aclara es si dichos sistemas forman parte de los planes del Presidente para el envío de misiones tripuladas a la Luna o Marte o se trata más bien «de potenciales fuentes de energía para algún nuevo tipo de satélite militar» (HECHT, Jeff: «United States takes unilateral stance in new space policy», 10 october 2006

(<http://www.newscientinspace.com>), aunque en todo caso nada en la nueva Política Espacial prohibiría este último aspecto.

8. Se han propuesto nuevas disposiciones *de lege ferenda* para hacer frente a esta situación y que por lo demás no ocultan las insuficiencias del Derecho en vigor.

Tres textos «oficiales» se han elaborado hasta el momento: En 1979, Italia propuso en la Conferencia de Desarme un Protocolo adicional al Tratado del Espacio de 1967 (CD/9, de 26 de marzo de 1979); en 1983, la Unión Soviética presentó la revisión de un Tratado sobre la prohibición del uso de la fuerza en el espacio ultraterrestre y desde el espacio contra la Tierra que había presentado dos años antes (documento A/38/194, de 19 de agosto de 1983; el texto inicial A/36/192, de 20 de agosto de 1981); y en junio de 2001, China presenta a la Conferencia de Desarme un documento en el que se incluye la relación de «Posibles elementos del futuro instrumento jurídico internacional sobre la prevención de la militarización del espacio ultraterrestre» [«Carta de fecha 5 de junio de 2001 dirigida al Secretario General de la Conferencia de Desarme por el Representante Permanente de China, por la que se transmite un documento de trabajo titulado ...» (CD/1645, 6 de junio de 2001), 1-5].

Asimismo, son dignos de mención dos textos «privados»: En mayo de 1983, K. Gottfried, R. Darwin y L. Meeker, miembros de la fundación estadounidense *Union of Concerned Scientists* (UCS), presentaron ante el Comité de Relaciones Exteriores del Senado un proyecto de Tratado de Limitación de Armas Antisatélite que habrían de concertar en su caso Estados Unidos y la Unión Soviética (disponible en http://www.ucsusa.org/global_security/space_weapons/a-draft-tre...). Y, en el marco de su lucha por la desmilitarización espacial, una fundación canadiense, *The Institut for Cooperation In Space* (ISCI), ha promovido un Tratado de Preservación del Espacio para el que pide la convocatoria de una Conferencia internacional que permita su adopción (http://www.peaceinspace.com/sp_treaty.shtml); en el contexto de este proceso, el Consejo de la ciudad de Vancouver (Canadá) aprobó el 21 de octubre de 2003 una resolución por la que se pedía al Gobierno de Canadá la convocatoria al efecto de una Conferencia internacional (<http://www.city.vancouver.bc.ca/ctyclerk/cclerk/20031021/regmins.htm>), resolución que impulsó al ICIS a pedir al Comité para la Paz y la Justicia del Consejo de esa ciudad acciones conjuntas con las ONG's interesadas para acordar en su caso que Vancouver fuera la sede de una Conferencia de firma del Tratado sobre Preservación del Espacio en el 2006 (http://www.peaceinspace.com/sp_vancouver.shtml).

En la actualidad, es sin duda la propuesta de la República Popular China la de mayor significación lejana y, ciertamente, posibilidad de éxito. En ella se establece una desmilitarización total del espacio exterior, se obliga a los Estados partes de manera expresa a adoptar las normas, todas las medidas internas necesarias para permitir el cumplimiento íntegro del Tratado, decide la creación de un mecanismo institucional que controle el cumplimiento del acuerdo y define útilmente términos como los de «armas» y «espacio ultraterrestre». Razonable todo, salvo en dos aspectos: Se incluye una cláusula de denuncia motivada similar a la que consta en los tratados de desarme en vigor y, sobre todo, no establece mecanismo alguno de verificación, lo que en particular no merece precisamente valoración positiva alguna.

El alcance que las propuestas formuladas, en particular la de China, pretenden dar a la no militarización del espacio es un factor que no invita, por paradójico que *prima facie* pueda parecer, al optimismo. Quiero decir que desde un punto de vista político, o de realismo si se prefiere, resulta difícil que prohibiciones tan absolutas como las que las propuestas suponen sean aceptadas por quienes deberían para que las mismas fuesen efectivas y útiles. Por lo que a la última de ellas se refiere, la de China, un intérprete objetivo no puede pasar por alto el dato de que quien propone el desarme total, en un contexto en el que uno de los Estados del planeta Tierra está unos pasos por delante de todos los demás en el asunto y al que por tanto la propuesta va a afectar «ya» directamente, se niegue a que en la misma se incluya sistema de veri-

ficación alguno; ¿acaso no podrá interpretar el Estado que va a resultar ya «afectado» por ese texto que quien lo propone puede, en la sombra, ir tejiendo su propia red?

La prohibición total de las armas en el espacio exterior mediante la concertación de un tratado internacional aceptado por todos los Estados que *deben* formar parte de él no parece una opción realista: Baste recordar que la nueva Política Espacial de los Estados Unidos (2006) considera expresamente como uno de sus principios el rechazo a un tratado de esta naturaleza. Dos caminos nos quedan: O abandonamos el intento o ensayamos, a la espera de mejores días, fórmulas alternativas a la prohibición total de armas de cualquier tipo en el espacio ultraterrestre: Por ejemplo, Rusia ha propuesto formalmente en la Conferencia de Desarme «como un primer paso práctico [...] declarar una moratoria sobre el emplazamiento de armas en el espacio ultraterrestre, mientras se concluye por la comunidad internacional un acuerdo apropiado» («China and Russia present new contributions to Conference on banning weapons in outer space», *Press Document*, de 26 de agosto de 2004, <http://www.un.org..>, 1 y 3); otro enfoque posible es el de proceder, como ocurriera a lo largo de la «Guerra Fría», a ir «fijando» y/o «limitando» los sistemas de armas espaciales en manos de los Estados, así como intentar la prohibición en particular de «algunos» de ellos, esto es, por la vía del *control de armamentos* y del *desarme*.

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA

2. EL ALCANCE RESTRICTIVO DE LAS RESERVAS AL CEDH. COMENTARIO DE LA SENTENCIA *DACOSTA SILVA C. ESPAÑA* DEL TEDH

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) *Dacosta Silva c. España*, de 2 de noviembre de 2006, constituye una interesante aportación jurisprudencial sobre el alcance de las reservas.

Con carácter general, y de conformidad con el artículo 19 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, una reserva será nula si está prohibida por el propio tratado, o si es contraria a su objeto y fin. Por su parte, el TEDH ha analizado las consecuencias de la invalidez de una reserva o de una declaración interpretativa, y las obligaciones que se derivan, en esas circunstancias, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) para sus Estados partes.

Así, en los asuntos *Belilos c. Suiza* (pár. 60), *Weber c. Suiza* (párrs. 38, 39 y 40) y *Loizidou c. Turquía (cuestiones preliminares)* (párrs. 90 a 98) el TEDH ha considerado que, a pesar de que una reserva o una declaración interpretativa sean consideradas nulas, los Estados partes permanecen ligados a las obligaciones que se deriven del CEDH, por lo que la vinculación de los Estados a este instrumento y el cumplimiento de las obligaciones que de él se emanan, no se condicionan a la validez o no de las reservas que hayan formulado.

Ahora bien, cuando una reserva es válida, esto es, no está prohibida por el tratado y no es contraria a su objeto y fin, ¿qué alcance tendrá esta reserva? La sentencia *Dacosta Silva c. España* analiza esta cuestión.

El presente asunto versa sobre el alcance de una reserva efectuada por España al CEDH. España ratificó este instrumento internacional el 26 de septiembre de 1979, formulando una reserva en relación a la aplicación de los artículos 5.1 y 6.1, en la medida en que su regulación fuera incompatible con el *régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, más concretamente con lo establecido en el Capítulo XV del Título II y el Capítulo XXIV del Título III del *Código de justicia militar*.

El asunto *Dacosta Silva c. España* se inicia por la reclamación de un guardia civil que considera que su derecho a la libertad, recogido en el artículo 17.1 de la Constitución española y por el artículo 5.1 del CEDH, se ha visto vulnerado por la imposición de una sanción consistente en una pena de arresto domiciliario –considerada por el Tribunal Constitucional español (TC) como *privativa de libertad* y no una mera restricción de ésta (STC 14/1999, de 22 de febrero).

Una vez que el *Código de justicia militar* fue derogado y sustituido por la *Ley orgánica (LO) 12/1985, de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, y pocos días antes de su entrada en vigor, España confirmó la reserva a los artículos 5.1 y 6.1 en la medida en que fueran incompatibles con esta norma.

Por otro lado, la *LO 2/1986, de 13 de marzo, de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado*, establece en su artículo 9 que la *Guardia Civil* pertenece, junto con la Policía nacional, a las *Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado*, y es una *institución armada de naturaleza militar*. Por esta naturaleza, su artículo 15 dispone que su régimen disciplinario se establecerá a través de *normas específicas*, diferentes de las aplicables a las *Fuerzas Armadas*.

Estas *normas específicas* no se recogerán hasta 1991 en la *LO 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil*. Hasta entonces, y para colmar esa laguna, el TC consideró en su STC 194/1989, de 16 de noviembre, que las normas disciplinarias aplicables a la Guardia Civil eran aquellas de las *Fuerzas Armadas*, aunque con carácter *meramente transitorio*.

Sobre esta cuestión, el *gobierno español* considera que la *LO 11/1991* no es más que una *simple especificación* de la *LO 12/1985*, en la medida en que concreta el régimen disciplinario de la Guardia Civil, por lo que, en todo caso, el contenido material y el alcance de la reserva que afecta a los artículos 5 y 6 del CEDH *es plenamente aplicable* a este cuerpo militar.

Por su parte, el *demandante* considera que *España no ha manifestado su voluntad de extender el alcance de la reserva a la LO 11/1991*, por lo que, a su parecer, conforme a la jurisprudencia del TEDH (sentencia del asunto *Weber c. Suiza*, pár. 38), están prohibidas expresamente las reservas generales en relación a normas presentes y futuras que rijan el régimen disciplinario de ciertos colectivos. Conforme a esta interpretación, y de acuerdo con la exposición de motivos de la *LO 11/1991*, la aplicación a la Guardia Civil del régimen disciplinario de las *Fuerzas Armadas* debe ser considerada *provisional*; por ello, una vez producida la entrada en vigor de esta norma, puede decirse que existen *dos regímenes disciplinarios diferenciados*: uno propio de las *Fuerzas Armadas*, y otro, de la *Guardia Civil*, aplicándose, por tanto, el primero tan solo de forma provisional y con la intención de colmar la laguna existente hasta la entrada en vigor de la *LO 11/1991*.

La cuestión crucial a dilucidar es, en consecuencia, si la reserva española a los artículos 5 y 6 del CEDH se aplica a la *LO 11/1991*. Como ya se ha indicado *supra*, la reserva se formuló en el momento del depósito del instrumento de ratificación y en relación a las disposiciones del *Código de justicia militar* en vigor en aquel momento. Esta reserva fue actualizada en 1986, en coherencia con la entrada en vigor de la *LO 12/1985, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*.

El TEDH considera que esta ley fue *reemplazada por dos normas*: la *LO 11/1991 del régimen disciplinario de la Guardia Civil*, y la *LO 8/1998, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*. Ahora bien, la reserva se formuló en relación a un *régimen disciplinario* –actualización de la reserva en relación a la *LO 12/1985*– de aplicación *meramente provisional* a la Guardia Civil.

Por tanto, ¿cubre la reserva formulada por el gobierno español en el momento de ratificación del CEDH y actualizada en 1986 a la *LO 11/1991* conforme a la cual se impuso una pena privativa de libertad al guardia civil demandante? El Tribunal realiza una interpretación *legala y estricta* de esta cuestión. Así, considera que el objeto de la reserva era el *régimen disci-*

plinario de las Fuerzas Armadas, regulado primero por el *Código de justicia militar*, después, por la LO 12/1985, y, actualmente, por el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas que se recoge en la LO 8/1998, de 2 de diciembre, cambio legislativo que no ha sido puesto en conocimiento del Consejo de Europa.

Ahora bien, el establecimiento de un régimen *disciplinario específico*, contenido en una norma posterior, relativo a la Guardia Civil a través de la LO 11/1991, diferente del *régimen general* aplicable a las Fuerzas Armadas, difícilmente puede verse afectado por la formulación de una reserva anterior y que afecta al régimen general.

En este sentido, conviene hacer referencia al artículo 57 del CEDH, regulador de las reservas:

«1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio, en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.

2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate.»

Conforme al primer párrafo, sólo pueden formularse reservas en relación a leyes que estén en vigor en el territorio del Estado, y se desautorizan explícitamente las reservas generales. En este sentido, no parece posible extender el alcance de la reserva formulada en 1979 y actualizada siete años después, a la LO 11/1991, que además tiene un carácter específico al referirse al régimen disciplinario aplicable a la Guardia Civil.

Por su parte, el segundo párrafo de esta disposición establece que la formulación de toda reserva al CEDH debe acompañarse de una *breve exposición de la ley en relación a la cual ésta se realiza*. Para el TEDH este requisito es un elemento de prueba y un factor de seguridad jurídica, en la medida en que se garantiza que la reserva no sea de aplicación a otras normas distintas de aquéllas a las que ha hecho referencia el Estado que la formula (vide asunto *Weber c. Suiza*, pár. 38).

Así pues, si la reserva objeto de debate afecta al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, y si la Guardia civil es considerada conforme a la LO 11/1991 «fuerza y cuerpo de seguridad del Estado», y no «fuerza armada», y por tanto, se rige por un régimen disciplinario específico, *la reserva no puede extenderse a una norma que tiene como finalidad la diferenciación de aquélla en relación a la cual se formuló dicha reserva*.

Esta es la contribución jurisprudencial de la sentencia *Dacosta Silva c. España*, en la medida en que se establece que las reservas al CEDH, instrumento regional de protección de derechos humanos, tienen un alcance restrictivo. En este sentido, la redacción del artículo 57 es clara: las reservas sólo serán aplicables en relación a las normas en función a las cuales se formularon.

De esta forma, las reservas no se pueden aplicar a leyes posteriores, ya que estaríamos ante una situación de incertidumbre jurídica generada por una extensión del alcance de la reserva. Por tanto, las reservas solamente pueden formularse en relación a normas que estén en vigor, y tampoco puede extenderse el alcance de las reservas a leyes que especifiquen o desarrollen un aspecto determinado de la norma en relación a la cual la reserva se formuló.

En consecuencia, esta sentencia deja claro que *los efectos de una reserva solamente serán aplicables a la norma en vigor en relación a la cual se formuló*.

Así pues, la gran aportación de esta sentencia consiste en la interpretación estricta del alcance de la reserva española. Esta interpretación es consecuente con la jurisprudencia del TEDH sobre las reservas al CEDH, y con la doctrina sobre la regulación estricta que se debe aplicar a las reservas formuladas a Tratados sobre derechos humanos.

Por otro lado, y ya desde un punto de vista material, en esta sentencia se realiza una interesante interpretación del artículo 5.1 del CEDH y de las garantías que deben respetarse en caso de imposición de una pena privativa de libertad.

En este sentido, el TEDH considera que esta privación de libertad debe ser consecuencia de un proceso judicial, por lo que al no ser aplicable la reserva española a la LO 11/1991 que establece el régimen disciplinario de la Guardia Civil, cualquier medida que suponga una privación de libertad deberá respetar las garantías que proporciona un proceso judicial.

En consecuencia, el TEDH considera que en el presente asunto se ha producido una violación del artículo 5.1 del CEDH, en tanto que la imposición de la pena de arresto domiciliario impuesta al guardia civil demandante, no tuvo lugar en el marco de un proceso judicial con las debidas garantías.

Ana MANERO SALVADOR

3. LOS ACUERDOS SOBRE LA PROMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES CELEBRADAS POR ESPAÑA CON MOLDAVIA Y MACEDONIA: NUEVAS TENDENCIAS EN LA POLÍTICA ESPAÑOLA DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES

1. Con una mínima separación temporal han sido publicados en el *BOE* sendos acuerdos sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones (APPRI) celebrados por España con Moldavia (*BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 2007, con corrección de errores en el *BOE* núm. 79, de 2 de abril de 2007) y Macedonia (*BOE* núm. 43, de 19 de febrero de 2007). La consolidación del proceso de mundialización comercial y económica durante los últimos años ha multiplicado la actividad trasnacional de las empresas españolas y esta realidad ha relanzado la política exterior de promoción y protección de las inversiones exteriores. Asimismo, los dos APPRI examinados evidencian una tendencia por intensificar las relaciones de vecindad en el marco de la Unión Europea (UE).

Los dos APPRI, tramitados en sede parlamentaria *ex* artículo 94.1 de la Constitución Española, forman parte de un reciente conjunto de acuerdos destinados a promover y proteger las inversiones exteriores con arreglo al principio de reciprocidad, cuyo contenido analizaremos en la presente nota de documentación no sólo en sede material, sino también desde algunos sectores normativos del Derecho internacional público. Conforme a estas previsiones, todos los acuerdos internacionales se ordenan en torno a unos ámbitos de aplicación personal, material, temporal y territorial que singularizan su aplicación por las partes.

2. En cuanto al *ámbito de aplicación personal*, los conceptos de inversor e inversión definidos en el artículo 1 de los APPRI son determinantes para identificar el alcance de las obligaciones de promoción y protección recíproca de las inversiones. Respecto al concepto de inversor, ambos APPRI distinguen entre el inversor como persona física, identificado conforme a la legislación que disciplina la nacionalidad en cada parte contratante, y el inversor como persona jurídica o sociedad, para cuya determinación se precisará no sólo su constitución de acuerdo con la legislación de cada parte, sino también que aquél establezca su sede en el territorio de la misma [vide GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores (los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados por España)*, Valencia 2005, pp. 99-120 y 128-163].

Asimismo, cabe destacar que en el APPRI con Moldavia se utiliza el término «sociedad» para referirse al inversor, eludiendo identificarlo expresamente como «persona jurídica». Esta singularidad podría entenderse considerando el particular régimen jurídico que presentaba el

APPRI celebrado entre España y la Unión Soviética (URSS) (*BOE* núm. 301, de 17 de diciembre de 1991), en el que sólo se permitía efectuar inversiones a las personas jurídicas. Debe recordarse que, de conformidad con las normas internacionales de sucesión de Estados en materia de tratados, Moldavia se encontraba vinculada por aquel compromiso internacional hasta la entrada en vigor del APPRI examinado en la presente nota.

El concepto de inversión previsto por los APPRI se organiza en torno a una enumeración que tasa con bastante precisión el conjunto de derechos reales, económicos y societarios susceptibles de ser cubiertos bajo aquella categoría, aun cuando esté desprovista de un afán exhaustivo (vide UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*, vol. I, New York and Geneva 2004, p. 120). En sintonía con la práctica española vigente, para identificar el origen de la inversión se invoca el criterio de la nacionalidad del inversor, aunque éste se completa con el criterio del control efectivo de la inversión. Ambos APPRI, además de sobre las inversiones y las rentas, también extienden su aplicación sobre las denominadas «inversiones indirectas» en el último inciso del artículo 1.2, es decir, aquellas inversiones realizadas en el territorio de una parte contratante conforme a su legislación interna, por cualquier entidad jurídica de esa misma parte que estuviera controlada efectivamente o fuera propiedad de inversores de la contraparte.

La afirmación del criterio de la nacionalidad en los dos APPRI resulta un elemento fundamental para facilitar una aplicación de las normas de Derecho internacional público sobre protección diplomática exenta de las distorsiones planteadas por el criterio de la residencia, sin perjuicio de que aquellas normas exijan la observancia de otros requisitos y de que puedan ser objeto de renuncia expresa por las partes [vide CRESPO NAVARRO, E., «El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas», en *REDI*, vol. LVII (2005), 1, 221-238, pp. 223-225 y 230-232]. En esta línea, debe entenderse que aquellas personas jurídicas legalmente constituidas en un Estado parte, pero participadas por personas físicas o jurídicas nacionales de terceros Estados, podrán solicitar el ejercicio de la protección diplomática en aquel Estado (vide *A/CN.4/530*, de 13 de diciembre de 2003, párs. 28-46).

3. Los dos APPRI no formulan ninguna declaración precisa en cuanto a su *ámbito de aplicación territorial*. La delimitación de las zonas de soberanía y jurisdicción de cada una de las partes se regirá conforme a las normas de Derecho internacional público que ordenan la competencia del Estado sobre el territorio, el espacio aéreo y los espacios marinos. No obstante, cabe resaltar la exclusión efectuada por el artículo 1.4 del APPRI con Moldavia, que descarta su aplicación sobre el espacio aéreo.

En cuanto a su *ámbito de aplicación temporal*, se equilibra el principio de buena fe y el de irretroactividad mediante la distinción entre las inversiones y las controversias creadas a partir de una inversión. Así, los dos APPRI extienden su obligatoriedad sobre las inversiones efectuadas antes y después de su entrada en vigor, pero no se aplicarán a las controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor. Aunque tan sólo el APPRI con Macedonia recoja expresamente esta declaración en su artículo 13, una aplicación de la norma sobre el derecho de los tratados prevista en el artículo 28 de los *Convenios de Viena*, que regula la entrada en vigor de los mismos y su irretroactividad, conduciría a una misma conclusión en el APPRI con Moldavia. Asimismo, en el supuesto de extinción de las obligaciones convencionales por la terminación del periodo de duración inicialmente previsto de diez años o cualquiera de sus prórrogas, se conviene que ambos APPRI continúen disciplinando aquellas inversiones efectuadas antes de la fecha en que surta efecto su extinción por otro periodo de diez años.

4. El *ámbito de aplicación material* de los APPRI viene regulado en sus artículos 2 a 9 mediante la enumeración de aquellas obligaciones internacionales convenidas por las partes conforme al principio de reciprocidad, para favorecer la promoción y la protección de las

inversiones exteriores. Con relación al compromiso de promover las inversiones, se echa en falta una mención expresa en los preámbulos o en el propio articulado al principio de información recíproca entre las partes, presente en otros APPRI celebrados por España. Asimismo, la admisión de las inversiones debe entenderse como una obligación, siempre que el inversor se sujete al cumplimiento de la legislación interna de la parte receptora de la inversión. En este sentido, importa subrayar que la admisión de la inversión constituye un acto jurídico que despliega distintas consecuencias en el Estado receptor como, por ejemplo, la obligación de conceder todos los permisos y acuerdos de asistencia técnica, comercial o administrativa necesarios para ejecutar dicha inversión y facilitar las autorizaciones administrativas de entrada a aquellos consultores cualificados que hubieran sido designados por el inversor.

El segundo gran núcleo normativo de los APPRI se cimenta en torno a la obligación de protección de las inversiones, manifestada a través del principio de no discriminación. Ambos APPRI hacen efectivo este enunciado mediante la enumeración sucesiva de las cláusulas de trato justo y equitativo, de trato nacional (TN) y de Nación más favorecida (TNMF) en los artículos 3 y 4. Siguiendo lo establecido por el artículo 3.2, al haberse reconocido el trato justo y equitativo en la cláusula de protección de las inversiones, debe entenderse que éste será una exigencia predicable durante toda la vida de la inversión. Esta formulación autónoma supone un significativo avance en el caso de las relaciones con Moldavia, pues el acuerdo entre España y la URSS no preveía tal separación material.

Representa, además, una receta idónea para proteger al inversor, toda vez que el trato justo y equitativo se convierte en la estructura que rige el funcionamiento de las otras dos cláusulas ya que, con el objeto de preservar el equilibrio de prestaciones derivado del principio de reciprocidad, los dos APPRI carecen de una redacción precisa en todo lo que atañe al ejercicio del principio de no discriminación sobre las inversiones o los inversores.

Los APPRI prevén una serie de excepciones al principio de no discriminación que, siguiendo el régimen hermenéutico codificado en los *Convenios de Viena* sobre el derecho de los tratados, deberían interpretarse por las partes en sentido estricto. Hecha esta consideración general, la primera excepción se proyecta sobre aquellas materias relacionadas, total o principalmente, con las normativas nacionales o internacionales de carácter tributario [art. 4.3.b) del APPRI con Macedonia y 12 del APPRI con Moldavia]. En segundo lugar, también se restringe su aplicación sobre los beneficios resultantes de la participación de alguna de las partes en una Organización internacional de integración, una zona de libre cambio y una unión aduanera o monetaria, como podría resultar la UE [art. 4.3.a) del APPRI con Macedonia y 4.3 del APPRI con Moldavia]. Este precepto resulta vital para los intereses de España, puesto que actúa como cortapisa para frenar la extensión del régimen jurídico comunitario a sus contrapartes. En tercer lugar, los artículos 8.3 de ambos APPRI excluyen su aplicación sobre cualquier cuestión relacionada con los derechos y obligaciones de propiedad intelectual e industrial suscritos en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En última instancia, el artículo 4.4 del APPRI con Moldavia recoge una disposición que excluye de la esfera de aplicación del principio de no discriminación todas aquellas medidas nacionales adoptadas por razón de seguridad, orden público o salud pública. La ausencia de tal enunciado en el APPRI con Macedonia ofrece, a salvo de lo que se pudiera convenir con posterioridad por las partes, una mayor protección para el inversor español.

5. Las partes deben ajustarse al principio de buena fe durante la aplicación de los tratados internacionales. En determinadas ocasiones, la práctica internacional evidencia cómo podría desencadenarse una modificación unilateral del estatuto jurídico regulador de la inversión por parte del Estado receptor. No es de extrañar que los dos APPRI disciplinen un régimen de garantías para ordenar los *supuestos de expropiación, compensación por pérdidas y transferencias*.

En esta línea, se debe resaltar el contenido exhaustivo del precepto que reglamenta los supuestos de expropiación, nacionalización u otra medida de efecto equivalente. Además de someter cualquier medida expropiadora a la normativa interna del Estado receptor, bajo la égida de los principios de interés público y no discriminación, los APPRI conceden una protección adecuada al inversor a través de la cláusula *Hull*, esto es, exigen un pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización correspondiente. Las garantías para el inversor se refuerzan, al prever ambos que la indemnización será calculada en moneda libremente convertible y será libremente transferible. El APPRI con Macedonia, en el párrafo final del artículo 5.2, incluso llega a establecer un plazo de un mes para efectuar la transferencia, contado desde la fecha en que aquella fue solicitada. La citada normativa se extiende, asimismo, a los supuestos de inversiones indirectas en el artículo 5.4 de los dos APPRI.

Un supuesto distinto resulta de las pérdidas sufridas por los inversores a causa de un conflicto armado o fenómeno de similar naturaleza. La calificación, regulación y efectos jurídicos de estas situaciones resulta una operación compleja que debe realizarse conforme a las normas de Derecho internacional público sobre derechos humanos y derecho humanitario. Por esta razón, en presencia de una situación de aquella naturaleza, los dos APPRI se limitan a proteger al inversor mediante el principio de no discriminación en sus vertientes interna e internacional, ordenando la «restitución, indemnización, compensación u otro arreglo» (art. 6.1 de los APPRI).

Dado que en las situaciones de conflicto y violencia interna participan órganos de un Estado o particulares que pueden actuar por cuenta de un Estado, ambos APPRI han previsto una norma específica en su artículo 6.2 para atribuir al Estado receptor, en virtud de las normas consuetudinarias sobre responsabilidad internacional, la conducta de aquellos sujetos que requisaran o destruyeran, total o parcialmente, la inversión, compliéndole igualmente a satisfacer la correspondiente indemnización con arreglo a la cláusula *Hull*.

Para completar el elenco de garantías al inversor, se protege expresa e individualmente la transferencia de los pagos efectuados por los inversores nacionales de la contraparte en el artículo 7 de los dos APPRI. Ambos diseñan un sistema de *numerus apertus* para singularizar el concepto de transferencia, por lo que resulta más interesante analizar los atributos que enmarcan el procedimiento de transferencia. En el APPRI con Moldavia se dispone un sistema para ordenar el pago de las transferencias de manera pronta y efectiva, mientras que en el APPRI con Macedonia se enriquece dicho estatuto mediante el principio de no discriminación derivado del TNMF. Ninguno de los dos APPRI menciona, no obstante, las posibles causas que podrían excepcionar la aplicación de este precepto, como por ejemplo la constatación de un desequilibrio en la balanza de pagos del Estado receptor. La sujeción de las transferencias al cumplimiento de las normas fiscales internas en el Estado receptor, expresamente recogida en el APPRI con Macedonia, debe entenderse a la luz de su artículo 12.2 como un límite a la eventual invocación de un régimen internacional más beneficioso, a partir del principio de no discriminación derivado del TNMF.

6. La parte final del texto de los dos APPRI se dedica, principalmente, a convenir un procedimiento de *arreglo de las controversias* entre los Estados parte o entre un Estado parte y un inversor de la contraparte. Con carácter previo, no obstante, se disponen otros dos preceptos para disciplinar las transformaciones de carácter material o personal que pueden afectar a cualquiera de las partes. En primer lugar, al enunciarse el principio *favor inversionis* en el artículo 8 de los dos APPRI, se incorpora una buena dosis de flexibilidad a la relación bilateral. En virtud de esta máxima las partes conceden preferencia sobre el APPRI a todos aquellos compromisos internacionales anteriores o posteriores, de carácter bilateral o multilateral, a la legislación interna e incluso al propio contrato de inversión. De conformidad con lo dispuesto por el último inciso del artículo 30.2 de ambos *Convenios de Viena*, con esta declaración se enerva el criterio de la prioridad, principio rector de la sucesión de tratados relativos a una misma mate-

ria con identidad de partes, creándose un sistema autónomo para dilucidar los conflictos materiales que resulten de los dos APPRI.

En otro orden de cosas, como resultado de la sofisticación de los mecanismos previstos para garantizar las inversiones exteriores, ambos APPRI incluyen en su artículo 9 una cláusula de subrogación que reconoce al Estado de origen o institución de éste la posibilidad de ocupar la posición procesal del inversor y de hacerse acreedor de cualquier pago en concepto de indemnización que pudiera corresponderle a aquél. La citada disposición toma cuerpo sólo cuando la inversión haya sido previamente asegurada contra riesgos no comerciales en el Estado de origen y este último, bien directamente o a través de un organismo previsto a tal efecto (la CESCE en España), haya efectuado un pago al inversor en concepto de indemnización.

La subrogación, desde la perspectiva del Derecho internacional público, implica la asunción por parte del Estado de origen de la posición procesal del inversor y le confiere legitimación activa para acudir a cualquiera de los medios de arreglo de controversias establecidos convencionalmente. En este sentido, en el artículo 11.4 del APPRI con Moldavia se excluye la posibilidad de que cualquier Estado parte invoque la subrogación en la posición de un inversor como excepción procesal.

Las controversias entre los Estados parte nacidas de la interpretación o la aplicación de las disposiciones convencionales se revuelven por medio del artículo 10 de los dos APPRI, que ofrece a las partes un sistema de arreglo arbitral alternativo a la negociación diplomática, autónomo, obligatorio y que resolverá conforme al marco jurídico bilateral que regula la inversión entre las partes y los principios del Derecho internacional universalmente aceptados.

Las controversias entre un Estado parte y un inversor de la contraparte se resuelven, con carácter general, a la luz del artículo 11 de los dos APPRI. Se trata de un precepto que otorga al inversor, transcurrido un periodo preceptivo para el arreglo amistoso de 6 meses, la facultad de iniciar una controversia contra el Estado receptor de la inversión ante la jurisdicción interna de este último o ante los correspondientes órganos arbitrales de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o, si ambos Estados fueran parte en el *Convenio de Washington* de 1965, en el sistema de arreglo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Según los datos proporcionados por el propio CIADI (<http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>), el *Convenio de Washington* entró en vigor para España el 17 de septiembre de 1994 y para Macedonia el 26 de noviembre de 1998. Mientras Moldavia tan sólo lo ha firmado, con fecha de 12 de agosto de 1992.

7. La política convencional española de promoción y protección de las inversiones se caracteriza tanto por su continua evolución, como por su cada vez mayor precisión. A ello está contribuyendo una nueva gama de APPRI, entre los que se encuentran los celebrados con Moldavia y Macedonia, que amplían la protección del inversor a través de la separación entre el trato justo y equitativo y los principios de TN y TNMF y el reconocimiento de las cláusulas de subrogación, de la compensación por pérdidas, de las transferencias y del principio *favor inversionis*.

Sin embargo, si bien los dos APPRI establecen un régimen internacional de caracteres particulares, no puede obviarse que ambos constituyen instrumentos jurídicos de naturaleza y contenido sensible, cuya aplicación necesita vertebrarse mediante las normas del Derecho internacional general que disciplinan sectores tan fundamentales como el Derecho de los Tratados, la competencia personal y territorial del Estado, la responsabilidad internacional y la protección diplomática. La consideración de todos ellos bajo una dimensión integradora facilita la determinación de su alcance y su aplicación.

4. ALGUNAS PALABRAS PARA CAMBIAR, NO INÚTILMENTE, EL MUNDO: EL TERCER PASO DEL CONSEJO DE EUROPA PARA ELIMINAR LA APATRIDIA RESULTANTE DE UNA SUCESIÓN DE ESTADOS

«No hemos llegado lejos, pues con razón me dices
que no son suficientes las palabras
para hacernos más libres»
José Ángel Valente (del poema *No inútilmente*)

1. Resulta enormemente llamativo y digno, por tanto, de comentario, que la primavera del año 2006 haya ofrecido al panorama internacional el que constituye tercer paso adelante ofrecido por el Consejo de Europa en pos de la regulación de un fenómeno que a su vez trata de erradicar otro íntimamente conectado con el anterior: la sucesión de Estados y la necesidad de eliminar las situaciones de apatridia a que dicha sucesión pudiera dar lugar. Ha surgido en el panorama internacional la «Convención del Consejo de Europa para la eliminación de la apatridia en relación con la sucesión de Estados» [texto en versión inglesa en *ILM*, vol. 45, 2006, pp. 793-797 y en <http://conventions.coe.int> (inglés y francés), 200 *European Treaty Series*].

Prácticamente desde que la convulsa Europa sufrió los fenómenos sucesorios plasmados gráficamente en la caída del Muro de Berlín, el Consejo de Europa ha estudiado, con mayor o menor fortuna, la cuestión a la que dedicamos estas líneas. Y ello con un objetivo: eliminar uno de los principales efectos nocivos que una sucesión de Estados puede provocar, esto es, la apatridia. Esta necesidad no ha surgido de la nada ni ha sido fruto del azar, sino que ha constituido una clara meta en los intentos reguladores emprendidos por el Consejo de Europa desde la segunda mitad de la década de los noventa. Para explicar las razones que han llevado a la adopción de esta Convención en los albores del siglo XXI indagaremos en primer lugar sus antecedentes previos, aspecto éste que permite desglosar su contenido de forma crítica.

2. Un total de 22 artículos –muchos de ellos de enorme brevedad– precedidos de un Preámbulo ciertamente extenso comparado con el texto del articulado, conforman la Convención adoptada por el Consejo de Europa el 19 de mayo de 2006, fecha en que se abrió a la firma en Estrasburgo. Con escaso éxito, por cierto, puesto que transcurrido un año sólo había recibido una ratificación, de las tres que deben reunirse para su entrada en vigor internacional, según la letra de su artículo 18. Dicha ratificación provenía de un Estado que no se ha visto inmerso en sucesiones recientes (Noruega). Bien es cierto que ha sido firmado –que no ratificado en el momento en que redacto estas líneas– por dos Estados desgajados de la antigua Unión Soviética (Ucrania y Moldova) así como por el recientemente independizado Montenegro.

Su título no deja lugar a dudas sobre su contenido, al tratarse de una Convención específica que ha salido al paso de un problema al que textos anteriores sobre la materia adoptados por el propio Consejo de Europa e inclusive por la Organización de Naciones Unidas no habían podido ofrecer una respuesta, o al menos no de forma positiva y realista, a los problemas que una sucesión de Estados puede provocar sobre la nacionalidad. Lamentablemente, como ha sucedido casi siempre que se intenta codificar algo relacionado con la sucesión de Estados, se tropieza con dos aspectos que parecen perseguir el tema, como si de una maldición se tratase: el carácter cíclico con el que suelen hacer su aparición estos fenómenos en el escenario internacional, unido al hecho de que la codificación casi siempre suele llegar tarde, cuando los problemas que pretendía solventar ya se han desvanecido o sus efectos nocivos se han paliado por el simple paso del tiempo.

Lo anteriormente dicho no ha sido óbice para emprender la codificación de un tema (la sucesión y la nacionalidad, marcándose como objetivo final prevenir la apatridia) al que hasta

fechas recientes no se le había prestado la atención que merece. Los intentos codificadores tuvieron lugar a dos niveles:

1) A nivel universal por parte de la CDI, de la mano de V. Mikulka como Relator Especial, cuyos trabajos desarrollados entre 1994 y 1997 han fructificado en una Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (A/RES/55/153, aprobada el 12 de diciembre de 2000). Como Anexo a la misma figura un texto articulado, bajo el título «Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados» [vide diversos análisis del contenido de dicha Resolución o bien de los trabajos que condujeron a su adopción en SAURA ESTAPÀ, J., *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, Madrid, Barcelona, 1998, pp. 10-11; ECONÓMIDES, C. P., «Les effets de la succession d'États sur la nationalité des personnes physiques», 103 *RGDIP* (1999), pp. 577-599; TORRES CAZORLA, M. I., *La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas físicas*, Málaga, 2001, pp. 43-57, e igualmente BLANC ALTEMIR, A., *La herencia soviética. La Comunidad de Estados Independientes y los problemas sucesorios*, Madrid, 2004, pp. 149-154. Asimismo gozan de especial relevancia para comprender los problemas que plantea la cuestión los tres informes presentados por el Relator Especial en 1995 (Doc. A/CN.4/467), 1996 (Doc. A/CN.4/474) y 1997 (Doc. A/CN.4/480)]. No pasará desapercibido al lector que en este caso la CDI ha rehuido elaborar una convención, a diferencia de lo que acaeció en 1978 y 1983 con las Convenciones de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados y en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, respectivamente, cuyas definiciones y categorías sí han sido «reutilizadas» en el intento codificador al que se ha aludido.

2) En el ámbito regional ha sido el Consejo de Europa el que ha abordado en diversas ocasiones esta cuestión, afrontando el tema de forma muy diferente, que paso a describir: a) un primer paso, más osado, pero de menor relevancia jurídica en cuanto a su grado de obligatoriedad, lo constituyó la «Declaración sobre las consecuencias de la sucesión de Estados respecto de la nacionalidad de las personas físicas», de 14 de septiembre de 1996, gracias a la labor desarrollada por la denominada «Comisión de Venecia», creada por el Consejo de Europa en 1990 [vide dicho documento, un informe explicativo, el cuestionario enviado a los Estados y sus respuestas en [http://www.venice.coe.int/docs/1997/CDL-INF\(1997\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1997/CDL-INF(1997)001-e.asp), así como un comentario del contenido de dicha declaración en TORRES CAZORLA, M. I., *op. cit.*, pp. 66-71. En relación con la labor de la Comisión de Venecia vide SALINAS ALCEGA, S., *La Comisión para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia): una acción en el marco del Consejo de Europa para el desarrollo y la extensión de los valores democráticos*, Zaragoza, 1999]. b) El segundo paso fue más contundente y se produjo el 6 de noviembre de 1997. Esta vez sí se adoptó un tratado internacional, aunque mucho más general, que sólo dedicaba al tema que nos ocupa tres artículos –del 18 al 20– junto a diversas disposiciones que trataban de regular la nacionalidad. No en vano se trató de la Convención Europea de Nacionalidad [texto reproducido en *ETS* núm. 166, 37 *ILM* (1998), pp. 44 y ss, y 101 *RGDIP* (1997), pp. 1092-1102]. Las disposiciones de la Convención ponían de relieve la necesidad de prevenir la apatridia al producirse una sucesión de Estados, así como el acuerdo entre los Estados concernidos para alcanzar ese objetivo [vide un análisis crítico en SCHÄRER, R., «The European Convention on Nationality», 40 *GYBIL* (1997), pp. 438-459; DE GROOT, G. R., «The European Convention on Nationality: A Step Towards a *ius commune* in the Field of Nationality Law», 7 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2000), pp. 117-157, e igualmente TORRES, M. I., *op. cit.*, pp. 59-65]. Su contenido, pese a que el objetivo perseguido era loable, se ha revelado insuficiente, como se ha demostrado. c) El tercer paso se da en 2006 mediante un convenio complementario de la Convención Europea de Nacionalidad, pero a su vez mucho más específico al dedicar su atención a un objetivo que la Convención citada meramente abocetó. Se trata de prevenir la apatridia, pero cuando la misma surge tras una sucesión de Estados. Este loable objetivo se trata de lograr mediante algo más de una veintena de artículos, de los cuales aproxi-

madamente la mitad gozan de un carácter sustantivo, mientras que los demás atañen a cuestiones procesales y procedimentales.

3. En relación con el contenido de la Convención, resaltaremos los siguientes aspectos: a) motivaciones que condujeron a su adopción y textos de los que trae causa; b) definiciones utilizadas y principios básicos de los que parte; c) objetivos que pretende alcanzar, a partir de las obligaciones que asumen los Estados concernidos (predecesor y sucesor); d) criterios flexibilizadores; e) necesidad de cooperar; f) aplicación y efectos de la Convención; g) cuestiones procedimentales vinculadas a su carácter de convención multilateral.

a) En la resolución de los problemas que se plantean tras una sucesión de Estados, de forma general, y respecto de la nacionalidad de la población del territorio que sufre dicho fenómeno, de forma particular, siempre se ha jugado con la existencia de un principio básico: el acuerdo como vía predominante que permite solventar las cuestiones pendientes, incluso décadas después de haberse producido dicho fenómeno. La práctica internacional en la materia nos ofrece sobradas muestras relativamente recientes de este hecho, de los que destaca, por su dilación temporal, el Acuerdo finalmente alcanzado por las Repúblicas exyugoslavas en 2001, respecto de los bienes y deudas de Estado [al respecto, vide ORTEGA TEROL, J. M., «La sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado: la puesta a prueba de un ejercicio codificador», 54 *REDI* (2002), pp. 132-142; igualmente USHAKOVA, T., «La sucesión de Estados en materia de bienes y deudas de Estado: el caso de la desintegración de la República Federativa Socialista de Yugoslavia», 55 *REDI* (2003), pp. 865-884]. Por esta razón, resulta digno de elogio que una institución como el Consejo de Europa se preocupe de solventar mediante un convenio internacional al menos uno de los problemas acuciantes que provoca la sucesión de Estados: la apatridia. En su Preámbulo parte de las siguientes premisas, que fundamentan la necesidad de adoptar este convenio: el hecho de que la sucesión de Estados sea una de las situaciones que genera mayor número de apátridas; la existencia de principios generales sobre la materia, plasmados en la Convención Europea sobre Nacionalidad, pero no reglas específicas para regular la nacionalidad cuando acaece una sucesión de Estados; la existencia de algunos instrumentos internacionales previos concernientes a esta materia que, sin embargo, o bien no son obligatorios o dejan a un lado aspectos cruciales, cuya regulación se echa en falta. Todo ello hace necesario este instrumento internacional, cuya interpretación y aplicación se efectuará teniendo presentes los principios que la Convención Europea de Nacionalidad preestablecía (la prevención de la apatridia era precisamente uno de ellos). Por ello, la Convención que ahora ve la luz persigue dos objetivos: la prevención y/o reducción/abolición de la apatridia (de la que encontramos ejemplos en la Convención de Naciones Unidas relativa al Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954 –360 *UNTS*– y en la Convención para la Reducción de los casos de Apatridia, de 30 de agosto de 1961, en 989 *UNTS*). A este respecto, cabe resaltar que España sólo ha ratificado el primero de estos textos, es decir, el relativo al estatuto de los apátridas, sin que haya transcurrido ni una década desde entonces (*BOE* de 4 de julio de 1997). Junto a todo lo anterior, el Preámbulo no olvida los diversos ejemplos normativos que el Consejo de Europa llevó a cabo desde la década de los noventa, así como los esfuerzos que la CDI emprendió prácticamente al unísono.

b) Las definiciones que utiliza la Convención de 2006 se caracterizan por ser escuetas en número y sumamente breves en su contenido, limitándose en ocasiones a transcribir definiciones ya acuñadas en convenciones anteriores. Esto va a suceder con la definición de «sucesión de Estados» recogida en las Convenciones de 1978 –art. 2.1 b)– y 1983 –art. 2.1 a)– sobre sucesión de Estados en materia de tratados y en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, respectivamente: «La sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales sobre un territorio». Eso sí, a diferencia de lo acaecido en las Convenciones relativas a la sucesión, donde se plantean diversas categorías de sucesión, que además no son siempre coincidentes, el Convenio de 2006 huye de esa fórmula, decantándose simplemente

por una segunda definición de «Estado involucrado», relativo al Estado predecesor, o bien al sucesor, dependiendo del caso. La Convención no se refiere –ni pretende distinguir a priori respecto a las soluciones posibles– a supuestos como la unificación, la disolución, la separación o la transferencia de una porción de territorio a otro Estado, entre otras. Dichas distinciones sí habían encontrado cabida en intentos codificadores previos ya mencionados, e igualmente en la Declaración de la Comisión de Venecia y en la Resolución de la Asamblea General que acogía los trabajos de la CDI en la materia. El Consejo de Europa, sin embargo, parte de un fundamento más generalizador, sin plantear distinciones de esta índole, que sólo aparecen de soslayo en algunos párrafos del informe explicativo del Convenio de 2006 (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Projets/Repstatelessness.htm>, entre otros los párs. 7, 21 ó 36). La definición de «apatridia» resulta prácticamente idéntica a la que ya figuraba en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, teniendo tal condición «toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación». De igual manera, la expresión «residencia habitual» se entiende como referida a una situación *de facto*, tal y como la misma es concebida en las Convenciones de La Haya de Derecho Internacional Privado. La última de las cinco breves definiciones que se contemplan en este artículo 1 que comentamos se refiere a las «personas concernidas», esto es, toda persona que en el momento de producirse la sucesión de Estados tuviese la nacionalidad del Estado predecesor y que a consecuencia de dicha sucesión devenga o pudiera devenir apátrida. Estos últimos son los verdaderos beneficiarios de la Convención de 2006.

Los principios básicos de los que parte la Convención, si bien no son nuevos, sí que se encuentran adaptados a la realidad que se pretende prevenir: que una persona devenga apátrida a consecuencia de una sucesión de Estados. Los mismos serían los siguientes: i) el derecho a una nacionalidad, concebido como derecho humano (art. 15 DUDH) y principio básico ya planteado en la Convención Europea de Nacionalidad. Se concibe dicho derecho en los términos siguientes en el artículo 2 (la traducción es nuestra, dado que los textos auténticos son el inglés y el francés): «Cualquier persona que, en el momento de producirse la sucesión de Estados, tuviese la nacionalidad del Estado predecesor y que haya devenido o pudiese devenir apátrida a consecuencia de la sucesión, tendrá derecho a la nacionalidad del Estado involucrado, de acuerdo con los artículos siguientes».

ii) La prevención de la apatridia de las personas que en el momento de la sucesión tuviesen la nacionalidad del Estado predecesor es un principio básico, plasmado en el artículo 3, que insta al Estado involucrado en el proceso sucesorio a tomar las medidas apropiadas para evitar que ese hecho nocivo llegue a acontecer. Se trata de un loable principio, al igual que lo es el que rubricamos como iii), esto es, el principio de no discriminación, que se plantea en unos términos muy amplios en el artículo 4, en línea directa con lo planteado en la CEDH (art. 14) y en el más reciente Protocolo 12 de dicha Convención, adoptado el 4 de noviembre de 2000. El artículo 4 de la Convención de 2006 dice así: «Al aplicar esta Convención, los Estados involucrados no realizarán ninguna discriminación contra persona alguna en razón de su sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, propiedad, nacimiento o cualquier otra situación».

c) La Convención plantea en sus artículos 5 y 6 una serie de responsabilidades, tanto para el Estado sucesor como para el predecesor. El Estado sucesor garantizará su nacionalidad a las personas que en el momento de la sucesión tuviesen la nacionalidad del predecesor y que hubiesen devenido o pudiesen devenir apátridas como resultado de la sucesión (art. 5). Para ello, dichas personas deberían haber sido residentes habituales en el territorio que devino parte del Estado sucesor, o en su defecto, debían tener un vínculo apropiado de conexión con el Estado sucesor. Entre dichos «vínculos apropiados» figuran, tal y como se desglosan en el artículo 5.2: un vínculo jurídico con una unidad territorial del Estado predecesor que ha devenido territorio del Estado sucesor; haber nacido en el territorio que ha devenido parte del sucesor o que la últi-

ma residencia habitual se encontrase en el territorio del Estado predecesor que devino parte del sucesor. Como contrapunto lógico a todo lo anterior, en el artículo 6 se expone como responsabilidad del predecesor que el mismo no privará de la nacionalidad a sus nacionales que no hubiesen adquirido la nacionalidad del Estado sucesor o que de otro modo deviniesen apátridas como consecuencia de la sucesión de Estados. Esta disposición es positiva pero tiene ciertos puntos flacos, como puede serlo el hecho de que sólo se aplicará lo aquí señalado si el Estado predecesor continúa existiendo, una vez acaecida la sucesión, situación ésta que no encuentra eco más que en contadas ocasiones de la práctica internacional reciente.

d) Una serie de criterios flexibilizadores, que a su vez son derechos de los que gozan las personas involucradas, conforman los cinco artículos siguientes (del 7 al 11, ambos inclusive), bastante avanzados en su formulación y en los objetivos que pretenden alcanzar. El artículo 7 se refiere al respeto de la voluntad de la persona involucrada, cuando la misma pueda adquirir la nacionalidad de otro Estado, lo que no conllevará incumplimiento por parte del Estado sucesor de lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención. Esta disposición está pensada especialmente para los casos en que diferentes miembros de una misma familia puedan tener una conexión apropiada con varios Estados sucesores y en ese caso el respeto de la voluntad expresa de dicha persona ayudaría a preservar la unidad familiar. Otra obligación asumible por el Estado sucesor se señala en el artículo 8, en relación con la relajación de las reglas de prueba para adquirir dicha nacionalidad, cuando las circunstancias hagan imposible o muy difícil verificar las mismas (ej.: destrucción de registros o archivos que permitan probar el nacimiento, la filiación, etc.). En esa misma línea, las personas que residan legal y habitualmente en el territorio de un Estado en el momento de la sucesión y que devengan apátridas, tendrán facilidades para adquirir la nacionalidad del sucesor, conforme a lo previsto en el artículo 9. El artículo 10 es digno de encomio, al referirse a la necesidad de abolir la apatridia resultante de la sucesión para los menores, que dice así: «Un Estado involucrado garantizará su nacionalidad por nacimiento al niño nacido tras la sucesión de Estados en su territorio de un padre que, en el momento de la sucesión, tuviese la nacionalidad del predecesor si dicho niño, de otro modo deviniese apátrida». Sin duda, esta disposición es enormemente positiva, en línea con lo establecido en el artículo 7 de la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (BOE de 31 de diciembre de 1990) y trata de paliar numerosas situaciones injustas acaecidas en el pasado [vide TORRES CAZORLA, M. I., «El derecho del menor a una nacionalidad: análisis de los recientes casos de sucesión de Estados», *Los derechos del niño: estudios con motivo del X Aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, 2002, pp. 193-211]. En la misma línea, la necesidad de garantizar una información suficiente acerca de las reglas y procedimientos relativos a la adquisición de la nacionalidad (art. 11) y una serie de garantías procesales, cierran este conjunto de disposiciones relativas a los derechos conferidos. Estas garantías procesales serían: que las solicitudes sean tramitadas en un plazo razonable; que las decisiones sean motivadas por escrito y sujetas a un proceso de revisión administrativa o recurso judicial conforme al derecho interno; que las tasas sean razonables y no resulten ser un obstáculo para los solicitantes. Cabe destacar que sus términos no siempre gozan de un significado que en todos los casos sea susceptible de determinación clara: p.e. la expresión «plazo razonable». Dicha disposición es susceptible de ser reservada, al igual que los artículos 7; 8, p. 2, y 14, p. 2, lo que podría restarles efectividad.

e) La necesidad de cooperar se plantea de dos formas: mediante la adopción de acuerdos internacionales cuando los mismos permitan solventar los problemas que comporta regular la nacionalidad (art. 13) y mediante la cooperación, facilitándose la oportuna información de su derecho interno (art. 14.1), colaborando con el Secretario General del Consejo de Europa, con el ACNUR y, cuando se considere apropiado, con otros Estados y Organizaciones internacionales (art. 14.2, que a su vez admite reservas).

f) La Convención se aplica a los casos de sucesión que se produzcan tras su entrada en vigor, lo que viene a ser algo habitual en este ámbito; ahora bien, como señala el artículo 15.2, cabe la aplicación a situaciones acaecidas con anterioridad si el Estado involucrado así lo declara mediante notificación enviada al Secretario General del Consejo de Europa en el momento de expresar su consentimiento o en cualquier otro. Igualmente, se considera una norma de mínimos, que no impide la aplicación de normas internas o internacionales que resulten más favorables (art. 16.1) e inclusive la aplicación de la Convención Europea de Nacionalidad (a la que complementa) u otros instrumentos internacionales que resulten compatibles con la misma.

g) Los artículos 17 a 22 conforman las disposiciones que, como suele ser habitual en la mayoría de los convenios multilaterales, establecen un mecanismo de solución de controversias (en este caso la negociación, como afirma el art. 17), las disposiciones acerca de la firma y entrada en vigor (para ello se requiere la expresión del consentimiento de tres Estados miembros del Consejo de Europa o bien que participaron en su elaboración, vide art.18), adhesión (art. 19), reservas (art. 20), denuncia (art. 21) y notificaciones (art. 22).

Quedan con todo lo anterior dibujados los contornos de la Convención de 2006, la última hasta la fecha, cuyas palabras, como dijo el poeta, «todavía no sabemos hasta cuándo o hasta dónde» pueden llegar, ni quién las recogerá para darles su forma verdadera. En manos de los Estados queda tratar de hacer realidad sus pretensiones, en aras de alcanzar mejoras sustanciales para el individuo, habitualmente inerte ante la producción de una sucesión de Estados.

María Isabel TORRES CAZORLA

5. CONFERENCE ON THE GOVERNANCE OF HIGH SEAS FISHERIES AND THE UN FISH AGREEMENTS: *MOVING FROM WORDS TO ACTION* ST. JOHN'S NEWFOUNDLAND AND LABRADOR, CANADA MAY 1-5, 2005

Entre los días 1 a 5 de mayo de 2005 ha tenido lugar en St. John's, Terranova y Labrador (Canadá), la referida Conferencia con participantes de 49 Estados y Organizaciones de Integración económica (UE), entidades pesqueras, organizaciones de ordenación de la pesca, sector industrial, sociedad civil y comunidades académicas. La Conferencia fue copresidida por el Embajador Hasjim Djalal, de Indonesia, y el doctor Arthur May, de Canadá.

1. **Objetivos de la Conferencia.**

Durante los meses anteriores a la convocatoria definitiva de la Conferencia, el lema y los objetivos sufrieron varios cambios condicionados por las posiciones cambiantes de los organizadores. El lema definitivo «*Moving from words to action*» ha sido tomado de la Declaración de Ministros de Roma de 2005 sobre la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (IUU en inglés; INN o INDNR en francés y español) en la que se expresó el deseo de «*pasar de las palabras a la acción mediante una aplicación completa de los diversos instrumentos internacionales que para unas pesquerías sostenibles se han aprobado o dictado en las décadas anteriores*».

Los objetivos de la Conferencia también han experimentado cambios. En un primer momento se pretendió, en exclusiva, resolver las amenazas derivadas de las pesquerías de altura, especialmente de arrastre de fondo, contra la diversidad biológica o biodiversidad marina

adoptando las recomendaciones de la Resolución 59/25 (2004) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Doc. A/RES/59/25, de 17 de enero de 2005); en la Declaración de Ministros de 2 de mayo de 2005, a la que después nos referiremos, este aspecto de la biodiversidad queda relegado a un puesto secundario (punto 13, B) que se pierde en los presupuestos de ordenación y gestión de los recursos en alta mar.

Después se pretendió obtener un tratamiento integral del medio marino que permitiera alcanzar la «*governance*» –término inexistente en el idioma español que podría traducirse, sin caer en un anglicismo, como «ordenamiento y gestión»– de la pesca en alta mar. Pero, según la primera pretensión, este ordenamiento y gestión quedaría desligado de la cooperación y ordenación que impone el Acuerdo de Naciones Unidas sobre Pesca de 1995 sobre las especies transzonales y las especies altamente migratorias; es decir, la pretensión era regular, en principio, las poblaciones de peces que se encuentran exclusivamente en alta mar (en terminología anglosajona, «*discrete high seas stocks*»).

Otro de los importantes objetivos de la Conferencia ha consistido en la potenciación del papel que en defensa de la pesca en alta mar han de jugar en el futuro las organizaciones regionales de ordenación pesquera y acuerdos regionales (OROP/A), dotándolas de mejores procedimientos de adopción de acuerdos sustituyendo las votaciones por el consenso; se conseguiría de esta manera eliminar la práctica de las objeciones para todas las partes contratantes de los acuerdos de la OROP/A.

Mediante estas nuevas OROP/A reforzadas se conseguiría, además, fortalecer las disposiciones del Acuerdo de Nueva York de 1995 sobre prohibición de pesca en alta mar a las flotas de Estados no miembros y de efectuar descargas de pescado en los puertos de los Estados miembros de tales organizaciones o acuerdos regionales.

Algunas delegaciones, siguiendo la posición de la Unión Europea, objetaron el objetivo principal –el «ordenamiento y gestión» de la pesca en alta mar– por considerarlo insuficiente e incompleto, toda vez que aun contemplando la diversidad biológica del medio marino, éste debe ordenarse como unidad de intereses dirigido a la protección integral de las distintas especies que tienen su hábitat en la misma región o subregión. De esta forma, la correcta «*governance*» tendría su base o fundamento en la compatibilidad de las disposiciones adoptadas dentro de las zonas económicas exclusivas y en alta mar; espacio éste donde todavía sigue rigiendo el principio de libertad de pesca al menos de manera formal, aunque en la realidad este corolario de la libertad de los mares está restringido por las competencias funcionales de las OROP/A cedidas por los Estados miembros y sobre todo por las actuaciones unilaterales de los Estados ribereños.

Por último, también entre los objetivos de la Conferencia, además de identificar los obstáculos en la aplicación de los acuerdos y de utilizar correctamente los instrumentos existentes, figura la necesidad de fijar las lagunas jurídicas del régimen actual, así como adaptar las medidas adecuadas para eliminar los obstáculos y rellenar tales lagunas.

2. Directrices obligatorias para la Conferencia.

Durante los días 1 y 2 de mayo, simultáneamente a los trabajos de la Conferencia, tuvo lugar una Mesa Redonda de Ministros de Pesca a la que asistieron Ministros de 19 Estados, incluido el Consejero de Pesca de la Unión Europea. Esta Mesa Redonda tenía como objetivo alcanzar una Declaración unánime que, siendo complementaria de la Declaración de Ministros de Roma, sirviera a los delegados de la Conferencia de pauta a seguir en las discusiones para obtener los resultados jurídicos previstos a nivel político.

La Declaración de Ministros de 2 de mayo consta de un preámbulo y 16 puntos. En el Preámbulo –como no podía ser de otra forma– se reconoce expresamente el derecho de todos

los Estados a que sus nacionales pesquen en alta mar con sujeción a sus obligaciones convencionales, a los derechos, obligaciones e intereses de los Estados ribereños, en particular en materia de conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y poblaciones de peces altamente migratorias, el deber de los Estados de cooperar entre sí en su conservación y ordenación, así como la función de los Estados de controlar las actividades de los buques que enarbolan su pabellón, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Acuerdo UN sobre Pesca, hecho en Nueva York en 1995.

También en el Preámbulo –como fundamento de su desarrollo en el cuerpo de la Declaración– los Ministros reconocen la necesidad de adoptar el principio de compatibilidad para las medidas de conservación y ordenación que se adopten en alta mar y bajo la jurisdicción nacional para las especies transzonales y especies altamente migratorias.

La mayoría de los 16 puntos se refieren a las OROP/A reforzando un contenido y competencias en especial en materia de adopción de acuerdos, arreglo de controversias y aplicación de medidas de vigilancia, así como fortaleciendo el control de las sanciones que corresponde imponer a los Estados sobre los buques de su propio pabellón. Pese a la declaración amplia del preámbulo sobre el derecho de todos los Estados a que sus nacionales pesquen en alta mar, los Ministros en el punto 10 de la Declaración reconocen que los Estados, las organizaciones de integración económica y otras entidades que, o no son miembros de una OROP/A o no han accedido a aplicar sus medidas de conservación y ordenación, no tendrán acceso a los recursos pesqueros a los que se apliquen esas medidas y que a cualesquiera capturas de esos recursos pesqueros se les negará el acceso comercial de acuerdo con el Derecho internacional.

Respecto al derecho de los buques que enarbolan el pabellón de un Estado, en desarrollo de la exigencia del artículo 91.1 de la Convención de 1982 sobre la «*relación auténtica*», los Ministros manifiestan su disposición a colaborar en la definición del vínculo auténtico entre los Estados del pabellón y los buques pesqueros que enarbolan su bandera (punto 13, C); ésta es una cuestión pendiente desde el Aviso Consultivo del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de junio de 1960 (CIJ, Doc., 1960, p. 169). Este mismo punto 13 incluye otras tres lagunas que los Ministros desean afrontar: A. la ordenación sostenible de las pesquerías aisladas de alta mar («*discrete high seas fisheries*»), incluyendo las de aguas profundas; B. la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad marina y de los ecosistemas marinos sensibles; C. las obligaciones de los Estados del puerto y el desarrollo y aplicación de medidas estatales portuarias más enérgicas de acuerdo con el derecho internacional.

3. Estructura de la Conferencia.

El Gobierno de Canadá, como promotor de la Conferencia, se reservó el privilegio de dar a conocer con distintos motivos su posición política sobre los temas a examinar, a través de las intervenciones del Primer Ministro, Mr. Paul Martin; del Ministro federal de Pesca y Océanos, Mr. Geoff Regan, y del Ministro de Pesca y Acuicultura del Gobierno de Terranova y Labrador, Mr. Trevor Taylor. Todos ellos resaltaron, con mayor o menor dramatismo, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para evitar la sobrepesca y el exceso de flotas en las aguas situadas fuera de las 200 millas de Terranova y, en consecuencia, en la zona de regulación de NAFO.

La Conferencia propiamente dicha se desarrolló en dos formas diferenciadas: una de aportaciones doctrinales, bien de presentación de comunicaciones generales, bien de aportaciones preparatorias de los grupos de trabajo en los que prácticamente se encajaron los objetivos perseguidos, y otra fase, desarrollada en los cinco grupos de trabajo, cuyos resultados fueron recogidos en un informe resumido, bajo el lema «El camino hacia delante».

A) *Fase 1: Aportaciones doctrinales al debate.*—En esta fase intervinieron cinco oradores que sentaron las bases de los principales temas a debatir con proyección de futuro en las

pesquerías de alta mar. El profesor Scott Parsons, de la Universidad de Ottawa, disertó sobre «*Ecosystem Considerations in Fisheries Management*»; la profesora Rosemary Rayfuse de la Universidad de New South Wales, Australia, expuso el tema «*Compliance and Enforcement in Regional Fisheries Management Organization (RFMOs)*»; el profesor Ted L. McDormaw, Universidad de Victoria, British Columbia, Canadá, disertó sobre «*Decision-Making Processes of Regional Fisheries Management Organizations (RFMOs)*»; Rebeca Metzner, de FAO, presentó su trabajo «*Fishing Aspirations and Fishing Capacity. Two Key Management Issues*»; por último, el profesor de la Universidad de Utrech, Holanda, Erik Japp Molenaar, dictó su conferencia sobre «*New Areas and Gaps. How to Adress Them*».

También dentro de esta primera fase, previa a la reunión de los Grupos de Trabajo, el día 3 de mayo desarrollaron sus exposiciones Denzil Miller, de la Convención para la Conservación de la Fauna y Flora Marinas del Antártico (CCAMLR), «*The State of Global Fisheries and Ecosystem*»; Carl-Christian Schmidt, OCDE, «*The Economic Drivers of Overfishing*». Sin duda, la intervención más interesante en esta fase de la Conferencia fue la del Embajador Satya N. Nandan, «*Current Fisheries Governance*»; no en vano, el Embajador Nandan tuvo un papel destacado en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, entre otros cometidos, como Presidente del Grupo de los 21 sobre delimitación de especies marítimas; como Presidente de la Conferencia de Naciones Unidas sobre especies transzonales y especies altamente migratorias, y ahora como Secretario General de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

B) *Fase II. Grupos de Trabajo.*—En esta fase, como ya hemos indicado, desarrollaron su actividad cinco grupos de trabajo presididos por personalidades concedoras de la pesca en alta mar.

1. Implementing Ecosystems-based considerations in Fisheries Management. Este Grupo de Trabajo, presidido por Denzil Miller (CCAMLR) desarrolló de manera esquemática las consideraciones expuestas por su presidente sobre el *enfoque ecosistémico de las pesquerías* (EEP) —en terminología inglesa «*Ecosystem Approach to Fisheries (EAF)*».

Los elementos del EEP son, básicamente, su identificación en términos espaciales y temporales; necesidades; inclusión de efectos indirectos y directos de la pesca; base científica; operatividad declarada; inclusión de todas las partes interesadas/afectadas, y su fundamentación en las mejores prácticas.

Además estos elementos del EEP comprenden: medidas pesqueras convencionales, gestión de tecnologías de aparejos, conservación general del ecosistema; gestión de los efectos del ecosistema; ciencia; transparencia institucional, y responsabilidad individual o institucional.

Con estos elementos y sobre la base de las mejores prácticas actuales pueden destacarse, entre otras, las siguientes acciones clave para hacer avanzar la aplicación del EEP: poner en funcionamiento criterios cautelares en pesquerías nuevas y en desarrollo; analizar y asegurar que los principios que afrontan la necesidad de un EEP esbozado en el Acuerdo UN sobre Pesca de 1995 tienen cabida en los mandatos de las OROP/A cuando así proceda; coordinar el EEP mediante el intercambio de información y una actuación coherente, en particular un establecimiento eficaz de redes por la OROP/A y una cooperación regional; y, basar una aplicación activa y precautoria del EEP en el mejor asesoramiento científico que se disponga.

2. Compliance and Enforcement. El Grupo de Trabajo, presidido por el Embajador Gudmundur Eiriksson, de Islandia, destacó la necesidad de cooperar entre los Estados para potenciar la actual red de seguimiento, control y vigilancia voluntarios con el fin de establecer un sistema mundial de información basado en buques de pesca en alta mar, en particular respecto a la propiedad y control de tales buques, así como preparar directrices para los Estados del pabellón por lo que respecta a sus buques pesqueros en alta mar. Los Estados también deberían

adoptar medidas sancionadoras graves en relación con sus nacionales que se dediquen a la pesca ilegal, no declarada y no reglamentado (INDNR).

Por otra parte, los Estados deben fomentar la colaboración dentro de las OROP/A para racionalizar y mejorar la eficacia de las medidas de cumplimiento y aplicación, en particular el intercambio de información entre las partes interesadas. En esta dirección, los Estados deben alentar a las OROP/A a que recojan información de sus miembros sobre el sistema nacional de sanciones en relación a la pesca INDNR con el fin de evaluar la gravedad y la suficiencia para asegurar eficazmente su cumplimiento, desalentar ulteriores violaciones y privar a los infractores de los beneficios que se deriven de sus actividades ilegales.

3. Decision-making by Regional Fisheries Management Organizations. Este Grupo de Trabajo estuvo presidido por Don McRae, de Canadá. Cinco son los aspectos fundamentales que el Grupo puso de manifiesto: la necesidad de asegurar que las OROP/A basen sus decisiones sobre conservación y ordenación en la mejor información científica disponible, la compatibilidad entre las medidas de conservación y ordenación establecidas para alta mar y las establecidas para zonas comprendidas en la jurisdicción nacional; debe destacarse que, a diferencia de lo establecido en el preámbulo de la Declaración de Ministros de 2 de mayo, el Grupo de Trabajo estableció la «compatibilidad» con carácter general sin referirse a las especies transzonales y a las especies altamente migratorias.

Asimismo, las OROP/A deben estudiar la elaboración de criterios para tomar decisiones en materia de asignación de recursos, debiendo aplicar el modelo de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste (NEAFC) para solucionar las posibles controversias que surjan en esta materia de asignación de recursos económicos.

Respecto a los procedimientos de adopción de decisiones, las OROP/A deben tratar de alcanzar sus decisiones mediante consenso como forma de reducir la necesidad de recurrir a procedimientos de objeción que, en todo caso, han de utilizarse de forma responsable y apropiada para que no constituyan una amenaza para la conservación de las pesquerías.

Por último, en el apartado de solución de controversias, se recomienda a las OROP/A que sigan como modelos los adoptados por la NEAFC –antes citado– y la Comisión de Pesca del Pacífico Centro Occidental (WCPFC), así como las disposiciones que sobre esta importante materia contienen la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y el Acuerdo de Nueva York de 1995.

4. Fishing Capacity and Fishing Aspiration –A Balancing Act–. Presidido por Transform Agorau, del Forum Fisheries Agency. El Grupo de Trabajo estableció la necesidad de que los Estados, incluso a través de las OROP/A, procedan, de manera inmediata, a establecer planes de ordenación de su capacidad pesquera mediante procesos decisorios que aseguren el equilibrio entre los recursos disponibles y la productividad de los ecosistemas, así como el reconocimiento de la diferencia entre capacidad excesiva y sobrecapacidad. Reconoció, asimismo, el vínculo existente entre los subsidios o ayudas de pesca y la sobrecapacidad, debiendo formular criterios para favorecer las subvenciones que contribuyan a pesquerías sostenibles y para evitar las que den lugar a sobrecapacidad; a tal fin, los Estados, incluso a través de las OROP/A, deben reducir y controlar la capacidad total de pesca y prescindir de la construcción de nuevos buques para eliminar la capacidad excesiva.

5. New Areas and Gaps. How to Address Them. Bajo la presidencia del diplomático español Carlos Domínguez, ex Director General de Recursos Pesqueros, de la Secretaría General de Pesca Marítima, este Grupo de Trabajo abordó los temas de mayor contenido jurídico y de gran proyección de futuro.

En primer lugar, los participantes compartieron la opinión de que los Estados deben aplicar los principios fundamentales de ordenación del Acuerdo de Naciones Unidas de 1995 a las poblaciones de peces que se encuentren exclusivamente en alta mar (*discrete high seas stocks*).

A este respecto se hicieron dos recomendaciones: confirmar formalmente esta aplicación en la Conferencia que para el examen del Acuerdo se celebre en 2006; y, sobre la base de los resultados de dicha Conferencia, los Estados deben elaborar un instrumento legal basado en ese compromiso. Se pretende, pues, generalizar el sistema de cooperación y ordenación adoptado por el Acuerdo de 1995 a todas las poblaciones de peces de alta mar, sean o no especies transzonales o especies altamente migratorias.

En el aspecto de la biodiversidad marina, ecosistemas sensibles y especies de alta mar, el Grupo destacó, en primer lugar, que los Estados, con pleno respeto de los regímenes jurídicos aplicables a cada zona y su hábitat, deben elaborar criterios científicos para definir el ámbito geográfico en el que las especies requieran una protección especial. Por lo que respecta a las pesquerías de alta mar y a las pesquerías en ecosistemas marinos sensibles, las OROP/A y los Estados de pabellón deben adoptar medidas provisionales, caso por caso, siguiendo las pautas establecidas en el artículo 6 del Acuerdo para pesquerías nuevas y exploratorias. Las OROP/A, por aplicación de los compromisos actualmente contraídos, deben proteger los tiburones, las aves marinas y las tortugas.

Con el fin de cubrir las actuales lagunas geográficas y las lagunas de ámbito funcional, los Estados deben crear nuevas OROP/A o reforzar las existentes, mediante la adopción de medidas de ordenación que sean vinculantes para sus miembros o ampliando los mandatos de las actuales organizaciones a otras zonas geográficas o a poblaciones de peces no reglamentadas.

En el apartado sobre las obligaciones de los Estados de puerto, medidas de los Estados de puerto y medidas comerciales, el Grupo de Trabajo recomendó la aplicación del plan modelo de FAO sobre Estados de puerto (cfr. Plan de acción internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, Roma, FAO 2001, p. 27.)

Gran importancia concedió el Grupo de Trabajo al vínculo auténtico entre el Estado de pabellón y los buques pesqueros, así como a las responsabilidades del Estado de pabellón, preconizando mejorar la definición de «*relación auténtica*» como condición necesaria para que un Estado otorgue un pabellón a buques pesqueros. Consideró, asimismo, que este tema debe figurar en el programa de la Conferencia de Examen del Acuerdo de Naciones Unidas a celebrar en mayo de 2006.

Por último, respecto a las lagunas de capacidad en los Estados en desarrollo, los participantes, además de subrayar la importancia que desempeñan los Estados en desarrollo para asegurar la conservación, ordenación y aplicación eficaz en alta mar, recomendaron a los Estados desvincular los programas de asistencia bilateral en pesquerías de los acuerdos sobre acceso a los recursos pesqueros; esta acción fue tomada unilateralmente por la Unión Europea en su Política Pesquera Común.

4. Plenario final de la Conferencia.

En el plenario final se presentó el documento «*Summary Report: The Way Forward*» con el resumen esquemático de la labor llevada a cabo por cada Grupo de Trabajo.

Varias delegaciones señalaron el desequilibrio que presenta el documento en la reglamentación y desarrollo otorgado al «enfoque ecosistemático de las pesquerías» (EEP) como nueva fórmula de ordenación de la pesca en alta mar y los aspectos jurídicos que necesariamente han de introducirse en la Conferencia de 2006.

La delegación de la Unión Europea destacó, además, el criterio de compatibilidad que debe existir entre las medidas de conservación y ordenación adoptadas por los Estados ribereños en sus zonas jurisdiccionales y las adoptadas por las OROP/A en alta mar para toda clase de poblaciones de peces. Asimismo, insistió en la necesidad de que «el gobierno y ordenación»

de la pesca en los distintos aspectos destacados en la Conferencia no fueran sólo aplicables a las poblaciones de peces de alta mar, sino a todo el medio marino, incluso el sometido a las jurisdicciones nacionales.

José Luis MESEGUER SÁNCHEZ

6. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS (NUEVA YORK, 20 DE DICIEMBRE DE 2006)

La Convención contra las desapariciones forzadas fue adoptada por consenso el 20 de diciembre de 2006 mediante la Resolución 61/177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Convención, que había sido previamente adoptada por el Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/1/L.6/L.2) durante su primera sesión (19-30 de junio de 2006), fue abierta a la firma el 6 de febrero de 2007 en París, habiendo sido firmada hasta el momento presente (junio 2007) por un total de sesenta Estados. El fenómeno de las desapariciones forzadas de personas no es, desgraciadamente, una reliquia del pasado, pues además de continuar sin esclarecerse muchas de las desapariciones perpetradas en las décadas anteriores, sigue practicándose en muchos países de todos los continentes. En efecto, según el último Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias (A/HRC/4/41, de 25 de enero de 2007), durante 2006 se recibieron más de trescientos nuevos casos correspondientes a doce países diferentes, que si bien constituye una disminución respecto al año anterior en que se contabilizaron más de quinientos, relativos a veintidós Estados diferentes (E/CN.4/2006/56) no significa que el fenómeno haya disminuido realmente, ni mucho menos desaparecido, ya que muchos casos no llegan al conocimiento del Grupo.

Dado el carácter esencialmente humanitario de los mecanismos existentes hasta el momento de la adopción de la Convención, en particular el relativo al Grupo de Trabajo sobre Desapariciones, y de que su eficacia dependa en gran parte de la buena voluntad del Gobierno en cuestión al que se solicita la información pertinente sobre las víctimas, la Convención para la protección contra las desapariciones forzadas viene a *cubrir una enorme laguna en el ámbito jurídico internacional relativo a los derechos humanos*, ya que hasta la fecha no existía ningún instrumento jurídicamente vinculante (al margen de la Convención interamericana, que entró en vigor en 1996), que regulara específicamente dicho fenómeno.

La Convención, de 45 artículos, se estructura en *tres partes* respectivamente dedicadas a la definición y calificación de la desaparición forzada, así como a las obligaciones impuestas a los Estados Partes (Parte primera: arts. 1 a 25); a la creación de un Comité contra la Desaparición Forzada en cuanto principal instrumento de control establecido por la Convención (Parte segunda: arts. 26 a 36); y por último, a las disposiciones generales y finales sobre firma, ratificación y entrada en vigor de la Convención (arts. 37 a 45). El artículo 1 comienza con una *prohibición absoluta* de practicar la desaparición forzada o involuntaria: «Nadie será sometido a una desaparición forzada», estableciendo a continuación la prohibición, también absoluta, de invocar circunstancias excepcionales, «tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública» para justificar tales prácticas. En este sentido conviene señalar que este segundo párrafo incorpora una redacción literalmente idéntica a la contenida en el artículo 2, 2.º, de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984.

En el artículo 2 se *define la desaparición forzada* , a los efectos de la Convención, como «el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean

obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley». Por lo que puede observarse, de la definición contenida en el citado artículo 2, se desprenden una serie de elementos a tener en cuenta. En primer lugar, la amplitud de las acciones que pueden dar como resultado una desaparición forzada: arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad. En segundo lugar, la necesaria participación directa «obra de agentes del Estado», o indirecta, es decir de personas o grupos de personas que actúan «con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado». En tercer lugar, la negativa por parte de tales autoridades a reconocer dicha privación de libertad, ocultando, en su caso, el paradero de la persona desaparecida. Finalmente, y como consecuencia de los elementos anteriores, se sustrae a la persona desaparecida de toda protección jurídica, situándola en una especie de «limbo jurídico».

Sin lugar a dudas, la desaparición forzada de personas ha constituido muy frecuentemente un método particularmente repudiable de represión gubernamental utilizado por determinados regímenes políticos, que como tal viola una amplia gama de derechos humanos e impone un sufrimiento físico y psicológico generalizado y permanente. Las desapariciones constituyen una práctica represiva estrechamente relacionada con otras, como la tortura y las ejecuciones extrajudiciales. En efecto, dondequiera que existe o haya existido una pauta de desapariciones, ha habido también una práctica sistemática de torturas y de ejecuciones extrajudiciales. Por todo lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que los *elementos constitutivos* de la desaparición forzada o involuntaria de personas son: a) la concurrencia de fundamentos razonables para creer que una persona ha sido detenida arbitrariamente por los agentes del Estado, o con su apoyo o tolerancia; b) la negativa de las autoridades a reconocer su participación o la de sus agentes en la detención de la víctima, a pesar de su evidencia, y en algunos casos, su constatación; c) la existencia de un cuadro persistente y, en ocasiones, generalizado de violaciones manifiestas y sistemáticas de los derechos humanos; d) la ineficacia y falta de imparcialidad del poder judicial, que determinan, en la práctica, la inutilidad de los recursos existentes en su caso.

El hecho de que hasta la adopción de la Convención no existiera un instrumento internacional general de carácter vinculante que definiera y calificara específicamente el fenómeno de la desaparición forzada o involuntaria de personas, como ya ocurría con la tortura, implicaba la necesidad de determinar los derechos internacionalmente reconocidos por otros instrumentos jurídicos, que dicha práctica denegaba o violaba. En particular pueden destacarse los siguientes: el derecho a la libertad y seguridad de la persona, que constituye el principal derecho humano violado directamente por el hecho mismo de la desaparición; el derecho a no ser arbitrariamente detenido ni preso; el derecho a un juicio imparcial en materia penal; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la Ley; el derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales nacionales que lo amparen contra la violación de los derechos fundamentales; el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida.

Es evidente que la desaparición forzada de personas constituye *la negación de los derechos más fundamentales de la persona humana*, constituyendo, la prohibición de tales prácticas, una norma imperativa de derecho internacional. Su comisión, en particular si es generalizada y sistemática, puede implicar el incumplimiento de obligaciones convencionales contraídas por los Estados, y como tal, la comisión de un hecho internacionalmente ilícito que puede generar la responsabilidad internacional del Estado, como ya indicamos en su momento al calificar la desaparición forzada o involuntaria de personas como un «crimen internacional» de conformidad con el entonces artículo 19.3.c, del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados (Blanc Altemir, A.: *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 335 y ss.)

El artículo 5 de la Convención califica la práctica «generalizada o sistemática» de la desaparición forzada como un *crimen de lesa humanidad*, «tal como está definido en el derecho internacional aplicable». La remisión al «derecho internacional aplicable» nos conduce irremediablemente al Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 7.1.i), califica la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad, cuando «se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil», entendiéndose como desaparición forzada, «la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado» [art. 7.2.i)].

Como puede observarse, esta definición es muy similar a la contenida en el artículo 2 de la Convención, de la que prácticamente sólo difiere en su última parte, ya que mientras en dicho artículo la expresión final «sustrayéndola a la protección de la ley» parece indicar que ésta es la consecuencia de la desaparición, en el citado artículo del Estatuto de la Corte Penal Internacional se introduce un elemento subjetivo «con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado», que más que una consecuencia lógica de la desaparición pareciera configurar un requisito para su tipificación como tal, de tal forma que si la intención del autor fuera otra distinta a dejar a la víctima fuera del amparo de la ley, no cumpliría, eventualmente, con tal requisito.

La Convención es muy precisa en cuanto a las *obligaciones que impone a los Estados Partes*, siendo éstas de diferente alcance y contenido. En primer lugar se exige a los Estados Partes que tomen todas las medidas necesarias para investigar las conductas definidas en el citado artículo 2 «que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado» y para procesar a los responsables. Con ello se intenta cubrir los supuestos, en lo relativo a la investigación y procesamiento de los presuntos culpables, no contemplados en el citado artículo que se limita a los agentes del Estado o a las personas o grupos de personas «que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado».

Como en otros instrumentos de derechos humanos y como consecuencia lógica derivada de la ratificación de la Convención, se exige a los Estados Partes que *tipifiquen* la desaparición forzada como *delito en sus respectivas legislaciones penales* (art. 4), y que tomen las medidas necesarias para considerar penalmente responsables a toda persona que «cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma» [art. 6.1.a)], con lo cual se cubren todas las posibilidades en grado de tentativa, inducción, complicidad o participación. En cuanto a la posible incriminación de los superiores, el artículo 6.1.b) exige a los Estados Partes que consideren penalmente responsable al superior que habiendo tenido conocimiento de que sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada y teniendo responsabilidad y control efectivo sobre las actividades que guardan relación con dicho delito, no haya adoptado todas las medidas necesarias para prevenirlo o reprimirlo. Por otra parte se rechaza la *excusa de la orden superior*, provenga ésta de una autoridad civil, militar o de otra índole, como justificación de un delito de desaparición forzada (sobre la excusa de la orden superior en general, vide DAVID, E.: «L'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité», *RBDI*, 1978-79, vol. I, pp. 65-84).

Las penas impuestas por los Estados Partes en sus respectivas legislaciones penales para el delito de desaparición forzada deberán ser apropiadas a la gravedad del mismo pudiendo establecerse *circunstancias atenuantes*, en particular para quienes, aunque hayan sido partícipes en la comisión del delito, hayan contribuido a la reaparición con vida de la persona desaparecida, a esclarecer el caso o a identificar a los culpables; o *circunstancias agravantes*, para el caso de muerte de la persona desaparecida o para los culpables de una desaparición de personas espe-

cialmente vulnerables, como mujeres embarazadas, niños o personas discapacitadas (art. 7). En relación con los niños, conviene señalar que en virtud del artículo 25, los Estados Partes se comprometen a tomar las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente la *apropiación de los niños desaparecidos* o de niños cuyo padre o madre hayan desaparecido e incluso de aquellos que hayan nacido durante la desaparición de su madre. Por otra parte se sancionará penalmente la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños que se encuentren en tales situaciones.

Los artículos 9, 10 y 11 incorporan el compromiso de que los Estados Partes *repriman* el delito de desaparición forzada y, en su caso, *instituyan su propia jurisdicción* sobre dicho delito, de forma muy similar, aunque con matices diferenciadores, a lo que los artículos 5, 6 y 7 de la Convención contra la tortura establecen para la represión de tal delito [vide a tal efecto MARIÑO, F. M.: «La Convención contra la Tortura», en GÓMEZ, F. (dir.), y PUREZA, J. M.: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 247 y 248]. En este sentido, el artículo 9 establece que los Estados Partes instituirán su propia jurisdicción cuando el delito de desaparición forzada se cometa en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en dicho Estado; cuando el presunto autor del delito sea nacional de ese Estado (el art. 5.1.b del Convenio contra la Tortura añade «y éste lo considere necesario»); cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado; o cuando el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite, lo entregue a otro Estado en cumplimiento de sus obligaciones internacionales o «lo transfiera a una jurisdicción penal internacional, cuya competencia haya reconocido».

Los Estados Partes ejercerán, asimismo, su jurisdicción sobre los presuntos responsables de cometer un delito de desaparición forzada que se encuentren en su territorio y, si las circunstancias lo justifican, procederá a su detención o tomará medidas para asegurar su presencia, abriendo inmediatamente una investigación sobre los hechos. En el caso de que no proceda su extradición, su entrega a otro Estado o su transferencia a una instancia penal internacional, de conformidad con sus obligaciones internacionales, el Estado Parte, en cuyo territorio se encuentra el presunto autor del delito, someterá el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, que se llevará a cabo con el debido respeto a las garantías jurídicas y procesales (arts. 10 y 11). A los efectos de *extradición* entre Estados Partes, éstos se comprometen a incluir el delito de desaparición en los tratados de extradición celebrados entre ellos, así como a no calificar dicho delito como delito político y a considerar la Convención como base jurídica necesaria para efectuar aquélla en lo relativo al delito de desaparición forzada, en el caso de que no existiera un tratado de extradición entre ambos (art. 13).

Como en otros convenios de derechos humanos, en particular el Convenio contra la Tortura (art. 3), el Convenio contra la desaparición forzada establece que ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que pueda sufrir una desaparición forzada o involuntaria, para lo que se tendrán en cuenta las circunstancias pertinentes, en particular la existencia de un cuadro persistente y generalizado de violaciones de los derechos humanos, añadiéndose en este caso (art. 16.2), en mi opinión de forma acertada, la frase «o violaciones graves del derecho internacional humanitario», que no aparecía en el citado artículo 3 de la Convención contra la Tortura.

Los Estados Partes se comprometen igualmente a *cooperar* en todo lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a un delito de desaparición forzada, prestándose todo el auxilio judicial necesario, en particular en el suministro de pruebas, la asistencia a las víctimas, así como en la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas, y en el caso de fallecimiento, en la exhumación, identificación y restitución de los cadáveres a sus familiares (arts. 14 y 15).

La Convención incorpora, asimismo, una serie de *medidas para garantizar las vías jurídicas de recurso y reparación a las víctimas*. Entre ellas destacan el compromiso que asumen los Estados Partes de velar por que toda persona que alegue haber sido sometida a una desaparición forzada tenga derecho a presentar una queja y que su caso sea examinado sin demora e imparcialmente por las autoridades competentes. Éstas asegurarán la protección del denunciante, testigos, familiares y defensores contra todo maltrato o intimidación en relación con la denuncia efectuada, y, en su caso, iniciarán de oficio una investigación cuando haya motivos razonables para creer que se ha cometido un delito de desaparición forzada, aunque no se haya presentado ninguna denuncia formal (art. 12).

En cuanto a las *medidas de reparación*, conviene destacar en primer lugar la ampliación del concepto de «víctima» que lleva a cabo la Convención en su artículo 24, al considerar como tal no sólo a la persona desaparecida, sino también a toda persona que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada, en particular los familiares. A tal efecto, se reconoce el derecho de las víctimas a conocer las circunstancias verdaderas de la desaparición, así como la evolución y resultados de las investigaciones, asumiendo los Estados Partes el compromiso de adoptar las medidas necesarias para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas, y en caso de fallecimiento de éstas, a localizar y restituir los cadáveres a sus familiares. En cuanto a las medidas de reparación propiamente dichas, los Estados Partes se comprometen a que su sistema legal garantice el derecho de reparación, que comprenderá todos los daños materiales y morales provocados, así como una indemnización «rápida, justa y adecuada» a las víctimas.

La Convención incorpora asimismo una serie de *medidas de prevención*, algunas de ellas en el ámbito de las garantías jurídico-procesales, como la prohibición de practicar detenciones en secreto y, a tal efecto, la obligación que contraen los Estados Partes de establecer, en sus legislaciones respectivas, las condiciones bajo las cuales pueden impartirse las órdenes de privación de libertad, las autoridades facultadas para ello y los centros que pueden alojar a las personas privadas de libertad, que serán en cualquier caso oficialmente reconocidos, garantizándose a aquéllas la posibilidad de comunicarse y de recibir visitas de su familia, abogado o persona de su elección, así como el acceso de toda autoridad competente.

Por otra parte, cada Estado Parte asume el compromiso de establecer un registro oficial y actualizado de las personas privadas de libertad, que será puesto a disposición de la autoridad competente y que deberá contener una serie de datos, como la identidad de la persona privada de libertad; el día, hora y lugar donde fue detenida; la autoridad que procedió a la misma, que la decidió y que la controla; el lugar de privación de libertad; día y hora de admisión en el centro y datos relativos a la integridad física de la persona privada de libertad. En el caso de que ésta sea trasladada a otro centro, deberá figurar asimismo el día, la hora, el destino y la autoridad responsable del traslado, y, si es liberada, deberán figurar asimismo las circunstancias de la liberación de tal forma que permitan verificar con certeza que ha sido puesta efectivamente en libertad. Todos los Estados asumen igualmente el compromiso de garantizar a toda persona con un interés legítimo el acceso a toda esta información, así como de adoptar las medidas necesarias para prevenir y sancionar a los responsables por los incumplimientos de tales medidas (arts. 17, 18, 21 y 22). Asimismo, y como *medida de prevención adicional*, los Estados Partes velarán por incluir en los programas de educación y formación del personal militar o civil encargado de aplicar la ley, del personal médico y de los funcionarios que puedan intervenir en la custodia de personas privadas de libertad, la enseñanza y la información necesarias sobre las disposiciones de la Convención contra las desapariciones forzadas o involuntarias (art. 23).

La segunda parte (arts. 26 a 36) se dedica al sistema de garantía y control del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados Partes por la Convención: el *Comité contra la Desaparición Forzada*, que al igual que otros mecanismos de control instaurados por otras

tantas convenciones de derechos humanos (que pueden clasificarse en no contenciosos, cuasi-contenciosos y contenciosos, cfr. VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, 2002, pp. 379-566) ejercerá sus funciones de conformidad con las disposiciones de la presente Convención y del Reglamento interno que habrá de adoptar en el futuro. El Comité se compondrá de diez miembros, expertos de reconocida competencia en materia de derechos humanos, independientes y que actuarán a título personal y con total imparcialidad, teniendo en cuenta, igualmente, una distribución geográfica equitativa, su experiencia jurídica, así como una representación equilibrada de géneros.

De conformidad con el artículo 26, la elección, que se efectuará a lo más tardar a los seis meses después de la entrada en vigor de la Convención, se llevará a cabo en votación secreta sobre una lista de candidatos designados por los Estados Partes entre sus propios nacionales, durante las reuniones bienales (cuyo quórum se establece en dos tercios) convocadas a tal efecto por el Secretario General de las Naciones Unidas, considerándose elegidos los que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes, procedimiento que recuerda el establecido para la elección de los miembros del Comité contra la Tortura (art. 17 de la Convención contra la Tortura). Los miembros del Comité, que serán elegidos por cuatro años siendo reelegibles una sola vez, gozarán de las prerrogativas e inmunidades reconocidos a los expertos en misión para las Naciones Unidas, comprometiéndose los Estados Partes a cooperar con el Comité y a asistir a sus miembros en el ejercicio de su mandato. Cooperación, que de conformidad con el artículo 28 de la Convención, llevará a cabo igualmente el Comité con todos los órganos, oficinas, organismos especializados de las Naciones Unidas, así como con los comités convencionales creados en virtud de los convenios internacionales de derechos humanos, organizaciones regionales intergubernamentales y organismos nacionales, y, de una forma particular, con el Comité de Derechos Humanos con el fin, en este caso, de garantizar la coherencia de sus recomendaciones y observaciones.

Llama poderosamente la atención, por su novedad, la disposición contenida en el artículo 27, mediante la cual, el Comité, órgano de control, se somete a su vez al *control de la Conferencia de los Estados Partes* que se reunirá «no antes de cuatro años y no más tarde de seis años» de haber entrado en vigor la Convención y que evaluará el funcionamiento del Comité e incluso podrá decidir, por mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes, atribuir a otra instancia –que pasaría a ejercer sus competencias– la supervisión de la aplicación de la Convención. ¿Desconfianza sobre la eficacia futura del Comité a la luz del funcionamiento de otros Comités creados al amparo de diversos convenios de derechos humanos? o ¿voluntad expresa de someter al futuro Comité a una estrecha vigilancia de sus funciones? En cualquier caso parece positivo, a nuestro entender, la inclusión de una disposición de esta naturaleza que viene a reforzar el control sobre el órgano que debe velar por su eficaz aplicación.

El Comité, cuya competencia sólo se extenderá a los supuestos de desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención, desarrollará sus funciones por medio de *diferentes procedimientos de control*. El primero de ellos consistirá en el *examen de los informes* que cada Estado Parte, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, presentará al Comité sobre las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones derivadas de la Convención. Los informes, que serán presentados dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Convención y que serán puestos a disposición de todos los Estados Partes, serán examinados por el Comité, que podrá hacer cuantas observaciones y recomendaciones estime oportunas, siendo éstas trasladadas al Estado Parte interesado para que pueda responder tanto a iniciativa propia como a petición del Comité (art. 29).

El segundo consiste en un *procedimiento urgente* mediante el cual el Comité podrá examinar cualquier petición presentada por los allegados de una persona desaparecida, sus abogados o cualquier persona que tenga un interés legítimo, con el fin de que se localice su paradero.

A tal efecto, y tras un examen preliminar de dicha petición que determinará si cumple con los requisitos necesarios (estar fundamentada, no constituir un abuso de derecho, haberse agotado previamente los recursos internos del Estado en cuestión y no estar siendo examinada en otra instancia internacional), solicitará al Estado Parte interesado que le proporcione cuanta información considere oportuna sobre la situación de dicha persona. Examinada aquélla, el Comité podrá formular recomendaciones al Estado Parte, que podrán incluir la petición de que adopte todas las medidas necesarias, incluso cautelares, para localizar y proteger a la víctima, recabando de aquél información al respecto e intentando mantener la colaboración recíproca hasta que se localice a la persona desaparecida (art. 30).

El artículo 31 de la Convención introduce el procedimiento de *recepción y examen de quejas individuales*, que es facultativo pues se condiciona a la presentación por el Estado Parte en cuestión (en el momento de la ratificación o con posterioridad a ésta), de una declaración por medio de la cual reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones presentadas por personas que se encuentren bajo su jurisdicción o en nombre de ellas, que aleguen ser víctimas de una desaparición forzada. Si el Comité, que celebrará sus sesiones a puerta cerrada, la declara admisible por cumplir con los requisitos exigidos (básicamente los anteriormente expuestos), la transmitirá al Estado Parte interesado recabando las observaciones correspondientes, y, en su caso y antes de llegar a una decisión sobre el fondo, podrá solicitar al Estado Parte que adopte las medidas cautelares necesarias para evitar daños irreparables a la víctima o víctimas de una desaparición forzada.

Igualmente facultativo es el *procedimiento de recepción y examen de comunicaciones presentadas por un Estado Parte* que alegue que otro Estado Parte no cumple con las obligaciones derivadas de la Convención, pues se condiciona a que tanto el Estado que presenta la comunicación como el Estado respecto a la cual se refiere aquélla, hayan formulado la declaración por la que aceptan la competencia del Comité para recibir y examinar tales comunicaciones (art. 32).

Finalmente, los artículos 33 y 34 establecen dos procedimientos diferenciados para el supuesto de que el Comité reciba «información fidedigna» que revele *violaciones graves de la Convención* por un Estado Parte, y para el supuesto de que reciba información que «a su juicio», contenga «indicios bien fundados» de que en *un Estado Parte se practica la desaparición forzada de forma generalizada o sistemática*. En el primer supuesto, el Comité, tras informar por escrito al Estado Parte interesado de su intención de efectuar una *visita*, así como del objeto y composición de la delegación, podrá enviar a uno o a varios de sus miembros para que la lleven a cabo y le informen sin demora sobre la situación. El Comité, que procurará cooperar con el Estado Parte interesado para definir las modalidades de la visita, comunicará a éste sus observaciones y recomendaciones. En el segundo supuesto, y tras haber recabado del Estado Parte interesado toda la información pertinente, el Comité podrá llevar la cuestión, con carácter urgente, a la consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Por último, la Tercera Parte (arts. 37 a 45) contiene las disposiciones generales y finales de la Convención, entre las que conviene destacar la relativa a su entrada en vigor que se producirá al trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión (art. 39).

Sin lugar a dudas, la Convención constituye un instrumento necesario, y esperemos que suficiente, para combatir la lacra de las desapariciones forzadas o involuntarias de personas, un fenómeno que, lejos de desaparecer, se muestra persistente en muchos Estados como ya ha quedado dicho anteriormente. Su aplicación efectiva, en particular por lo que respecta a los mecanismos de garantía y control, pero también y de forma destacada la voluntad política de ponerlos en práctica por los Estados Partes, van a ser determinantes para conseguirlo.

7. EL TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO

1. El 6 de febrero de 2007 las Naciones Unidas y el Gobierno del Líbano acordaron el establecimiento de un Tribunal Especial para ese país. El documento fue firmado en Beirut por el Director General del Ministerio de Justicia libanés y por Nicolas Michel, Secretario General Adjunto para Asuntos Legales de la ONU. La firma del Acuerdo de cooperación puso fin a un proceso que se inició el 13 de diciembre de 2005 cuando el Primer Ministro del Líbano pidió al Secretario General de las Naciones Unidas que se estableciera un *tribunal de carácter internacional* para enjuiciar a todos los responsables del atentado terrorista con bombas que tuvo lugar el 14 de febrero de 2005 en Beirut (Líbano) y que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano, Sr. Rafiq Hariri, y otras 22 personas. En su resolución 1644 (2005), de 15 de diciembre de 2005, el Consejo de Seguridad *reconoce* la solicitud del Gobierno del Líbano y *pide* al Secretario General que preste su ayuda para determinar «la naturaleza y el alcance de la asistencia internacional necesaria a este respecto».

En unas primeras consultas con las autoridades libanesas se llegó al *entendimiento común* de que la asistencia internacional podría concretarse en un acuerdo entre el Líbano y las Naciones Unidas para el establecimiento de un tribunal penal de composición mixta. Se consideró que, por un lado, «un tribunal puramente nacional no podía desempeñar eficazmente la tarea de juzgar a los acusados», pero que, por otro lado, «la creación de un tribunal exclusivamente internacional eliminaría la responsabilidad libanesa de lograr que se hiciera justicia en relación con un delito que principal y significativamente afectaba al Líbano» (S/2006/176, pág. 5). En otras palabras, se trataba de garantizar el principio de subsidiariedad en el Derecho internacional penal.

El Consejo de Seguridad autorizó el inicio oficial de las negociaciones el 29 de marzo de 2006 con la aprobación por unanimidad de la resolución 1664 (2006) en la que *pide* al Secretario General «que negocie con el Gobierno del Líbano un acuerdo para establecer un tribunal de carácter internacional basado en las más altas normas internacionales de justicia penal». Unos meses más tarde, el 21 de noviembre de 2006, el Presidente del Consejo de Seguridad informó al Secretario General de que los miembros del Consejo de Seguridad habían expresado su conformidad con el *Acuerdo de cooperación entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano*, así como, con su Estatuto (ambos documentos figuran en los anexos del Informe del Secretario General S/2006/893).

El Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (Tribunal Especial) está estructurado en cuatro Secciones, dedicadas sucesivamente a la «Competencia y ley aplicable», «Organización», «Derechos del inculpado y de las víctimas» y «Procedimiento».

2. El Tribunal Especial ha sido establecido por acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno del Líbano de conformidad con la resolución 1664 (2006) del Consejo de Seguridad. Su base jurídica, por tanto, es un *tratado internacional*, siguiendo, en sus líneas principales, el modelo del Tribunal Especial para Sierra Leona. Se trata, en consecuencia, de un tribunal independiente, en cuanto a sus funciones judiciales, tanto de las Naciones Unidas como de la República del Líbano (vide al respecto *Decision on immunity from jurisdiction*, Case SCSL-2003-01-I, párs. 37 y 38). Consecuentemente, y como afirma el artículo 4 de su Estatuto, «[e]l Tribunal Especial y los tribunales nacionales del Líbano tendrán competencia concurrente» y «[e]n su ámbito de competencia, el Tribunal tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales del Líbano».

En virtud de esta primacía, «en el plazo de dos meses desde que el Fiscal tome posesión de su cargo [...] el Tribunal Especial pedirá a la autoridad judicial nacional que conoce del caso del atentado contra el ex Primer Ministro Rafiq Hariri y otras personas que se inhiba».

Igualmente, y a petición del Tribunal, la autoridad judicial que conozca de otros delitos de competencia del Tribunal Especial deberá inhibirse en favor de aquél.

Además, «[q]uien haya sido sometido a juicio por un tribunal nacional podrá ser encausado posteriormente por el Tribunal Especial si las actuaciones del tribunal nacional no fueron imparciales ni independientes o tuvieron por objeto proteger al acusado de responsabilidad penal por los delitos que son competencia del Tribunal o si la causa no fue tramitada con la diligencia necesaria» (art. 5.2 Estatuto).

3. En cuanto a su organización, el Tribunal Especial está integrado por los siguientes órganos: a) Las Salas, que consistirán en un Juez de instrucción internacional, una Sala de Primera Instancia y una Sala de Apelaciones; b) el Fiscal; c) la Secretaría; d) la Oficina de la Defensa.

La Sala de Primera Instancia y la Sala de Apelaciones son de composición mixta con mayoría de magistrados internacionales (dos de tres y tres de cinco, respectivamente), siguiendo la práctica de las Naciones Unidas (a excepción de las Salas Especiales de Camboya, en las que existe una mayoría de jueces nacionales). El Secretario General designará a los magistrados libaneses a partir de una lista de personas presentada por el Gobierno a propuesta del Consejo Superior de la Magistratura del Líbano. Igualmente, el Secretario General designará a los magistrados internacionales sobre la base de las candidaturas presentadas por los Estados a invitación del Secretario General. En ambos casos, el Secretario General celebrará consultas con el Gobierno del Líbano y designará a los magistrados previa recomendación de un Comité de Selección integrado por dos magistrados, que formen o hayan formado parte de un tribunal internacional, y el representante del Secretario General. Los magistrados así elegidos serán independientes en el ejercicio de sus funciones y no aceptarán ni recabarán instrucciones de ningún gobierno u otra fuente (art. 2, Acuerdo de cooperación). En cuanto a la adopción del fallo, los magistrados decidirán por mayoría simple (art. 23, Estatuto).

A diferencia de lo que ocurre con los jueces de instrucción de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, o el Tribunal Especial de Sierra Leona, que son nombrados por el magistrado que preside una de las salas de primera instancia de entre sus miembros, el Juez de instrucción del Tribunal Especial es un único magistrado internacional dedicado en exclusiva a las labores de instrucción y no pertenece a ninguna de las Salas. La función primordial del Juez de instrucción es examinar la acusación y, si determina que el Fiscal ha establecido que hay indicios suficientes de criminalidad, confirmar el procesamiento. En caso contrario, desestimaré la acusación. Durante la fase de instrucción y a lo largo de toda la investigación, el Juez de instrucción puede dictar las resoluciones y órdenes de arresto, detención o traslado de personas que solicite el Fiscal a los fines de la investigación (art. 18, Estatuto).

La Fiscalía está compuesta por un Fiscal internacional, designado por el Secretario General, previa recomendación del Comité de Selección. El Fiscal estará encargado de la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de los delitos que sean competencia del Tribunal Especial. El Fiscal actuará de forma independiente como órgano separado del Tribunal Especial y no recabará ni recibirá instrucciones de ningún gobierno u otra fuente. El Fiscal contará con la asistencia de un Fiscal Adjunto libanés, designado por el Gobierno del Líbano en consulta con el Secretario General, y de los demás funcionarios libaneses e internacionales que sean necesarios para que pueda desempeñar en forma eficaz y eficiente sus funciones. La Fiscalía estará facultada para interrogar a sospechosos, víctimas y testigos, para reunir pruebas y para realizar investigaciones *in situ*. En el desempeño de esas funciones, el Fiscal contará, según proceda, con la asistencia de las autoridades del Líbano (art. 11, Estatuto; art. 3, Acuerdo de cooperación).

Bajo la autoridad del Presidente del Tribunal Especial, la Secretaría estará encargada de la administración del Tribunal. La Secretaría constará de un Secretario y los demás funcionarios que sean necesarios. El Secretario será designado por el Secretario General y será un funciona-

rio de las Naciones Unidas. Estará encargado de prestar servicios a las Salas y a la Fiscalía, de la contratación y gestión de todo el personal de apoyo y de la administración de los recursos financieros y del personal del Tribunal Especial. El Secretario establecerá una Dependencia de víctimas y testigos que, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la privacidad de víctimas y testigos y prestará asistencia adecuada a los testigos que comparezcan ante el Tribunal Especial y a otras personas que estén en peligro en razón de los testimonios prestados (art. 12, Estatuto). Los derechos de las víctimas aparecen recogidos en el artículo 17 del Estatuto, y aunque no se les reconoce la condición de parte civil, permite que sus opiniones y observaciones se presenten y examinen en cualquier etapa del procedimiento.

Los derechos de defensa, derivados del derecho a un juicio justo, exigen, según consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «una protección concreta y real que garantice el ejercicio efectivo de los derechos del demandado» (véase TEDH, sentencia *Artico c. Italia*, 13 mayo 1980, serie A, núm. 37, pág. 33). Estos derechos son garantizados en el Estatuto a través de la Oficina de la Defensa, cuyo Jefe es nombrado por el Secretario General, en consulta con el Presidente del Tribunal Especial, si bien la Oficina actúa con independencia en el cumplimiento de sus funciones. A esta oficina corresponde proteger los derechos de sospechosos y acusados, redactar la lista de letrados defensores y facilitar apoyo y asistencia a los letrados y a quienes tengan derecho a recibir su asistencia jurídica, incluso, cuando proceda, realizando investigaciones jurídicas, recabando pruebas y asesoramiento y compareciendo ante el Juez de instrucción o cualquiera de las Salas en relación con cuestiones concretas (art. 13, Estatuto). Además de enunciar los derechos del acusado (presunción de inocencia y carga de la prueba, entre otros), el Estatuto regula los derechos del sospechoso durante la instrucción, entre ellos los derechos a no ser obligado a confesarse culpable, a ser informado de los cargos que se le imputan, a recibir asistencia letrada y a ser interrogado en presencia de abogado (arts. 15 y 16 del Estatuto).

4. Al igual que en otros tribunales penales internacionales o mixtos, la competencia del Tribunal Especial está limitada temporalmente, aunque cabe distinguir hasta tres supuestos distintos. En primer lugar, el Tribunal Especial «tendrá competencia para enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano, Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas». Puede considerarse como el crimen principal objeto de persecución y castigo al cual se vinculan otros atentados terroristas. Así, en segundo lugar, añade el artículo 1 del Estatuto «[s]i el Tribunal determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1.º de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 [...] están conectados conforme a los principios de justicia penal al atentado del 14 de febrero de 2005 y son de naturaleza y gravedad similares, también será competente para enjuiciar a los responsables de esos ataques». Como explica el mismo artículo *in fine* la conexión estará determinada por la combinación de unos elementos: intención de delinquir (móvil), finalidad de los ataques, naturaleza de las víctimas, patrón de los ataques (*modus operandi*) y autores.

Las interconexiones entre el atentado terrorista que causó la muerte a Rafiq Hariri cometido el 14 de febrero de 2005 y otros ataques terroristas perpetrados en Beirut entre el 1.º de octubre de 2004 (fecha de la tentativa de asesinato del Ministro Marwan Hamadeh) y el 12 de diciembre de 2005 (asesinato de Gebran Tuenei y otras dos personas), fueran puestas de manifiesto por la Comisión Internacional Independiente de Investigación (la Comisión) en sus informes. En su cuarto informe, la Comisión concluyó de forma preliminar que «los 14 atentados no fueron ordenados y ejecutados por 14 personas o grupos distintos y sin relación entre sí con un número igual de motivos diferentes», más bien al contrario, «los casos pueden vincularse de varias formas distintas y desde perspectivas diversas, especialmente en lo que respecta a las similitudes en el *modus operandi* y el dolo (S/2006/375, pág. 69). Conclusión preliminar

que fue confirmada en su quinto informe afirmando que «conforme establecía pruebas que vinculaban los casos en grupos diferentes, preveía que pudiesen aflorar nuevos vínculos entre los casos a medida que aumentasen la información y las pruebas recogidas (S/2006/760, párr. 67). Teniendo en cuenta estas circunstancias, a juicio del Secretario General, «limitar las actuaciones judiciales al asesinato de Rafiq Hariri, dejando de lado toda una serie de atentados conexos podría plantear dudas serias en torno a la objetividad y la imparcialidad del tribunal y crear una imagen de “doble rasero”» (S/2006/893, párr. 18).

Finalmente, se ha incluido una cláusula abierta, según la cual el Tribunal podrá conocer de otros ataques terroristas, igualmente conectados con los anteriores, cometidos en el Líbano en «cualquier otra fecha posterior que decidan las Partes con consentimiento del Consejo de Seguridad». Esto permitiría, con la autorización del Consejo de Seguridad, incluir en la competencia del Tribunal Especial el atentado que le costó la vida al ministro libanés de Industria, Pierre Gemayel, perpetrado en Beirut el 21 de noviembre de 2006. Esta conclusión se desprende de la Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad condenando el atentado, en cuyo párrafo cuarto se puede leer: «[e]l Consejo de Seguridad aplaude la determinación y el compromiso del Gobierno del Líbano de llevar a la justicia a los autores, los organizadores y los patrocinadores de éste y otros asesinatos, y subraya su determinación de apoyar al Gobierno del Líbano en sus esfuerzos con ese fin» (S/PRST/2006/46). No es casualidad que fuese ese mismo día cuando el Presidente del Consejo de Seguridad informó al Secretario General de que el Consejo de Seguridad daba luz verde a la firma del Acuerdo de cooperación entre las Naciones Unidas y el Líbano para el establecimiento de un tribunal internacional (cfr. *supra*).

5. En cuanto a la competencia del Tribunal Especial *ratione personae*, el artículo 1 citado *supra* establece que el tribunal tendrá competencia para enjuiciar a «los responsables» de los delitos que estén comprendidos en su competencia por razón de la materia, cuyas modalidades de responsabilidad penal se regulan en el artículo 3. Según el párrafo primero serán individualmente responsables quienes hayan cometido u organizado el delito, hayan participado como cómplices en él o hayan dado instrucciones a otros para que lo cometan, o quienes, de cualquier forma, hayan contribuido a la comisión del delito. Este precepto es reflejo del Código Penal del Líbano y los principios generales del derecho penal, recogidos, entre otras disposiciones, en el párrafo 3 del artículo 2 del *Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*, de 1997 (resolución 52/164 de la Asamblea General, anexo).

El párrafo 2 del artículo 3 recoge el principio de responsabilidad de mando conforme al derecho internacional y a las normas penales y militares internas según la articulación más precisa que figura en el apartado b) del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Finalmente, con arreglo al párrafo 3 del artículo 3, la actuación en cumplimiento de una orden de un superior no constituye defensa, pero puede tenerse en cuenta para reducir la pena.

6. La principal novedad de la competencia *ratione materiae* del Tribunal –en cuanto a su pertenencia a la categoría de tribunales penales internacionalizados o mixtos– se encuentra en que la calificación de los crímenes comprendidos en su competencia está limitada a los delitos comunes tipificados en el Código Penal del Líbano. No hubo consenso entre los miembros del Consejo de Seguridad para incluir los crímenes de lesa humanidad en la competencia material del Tribunal Especial (S/2006/893, párr. 25). En consecuencia, el artículo 2 del Estatuto señala que «al enjuiciamiento y castigo de los delitos mencionados en el artículo 1 (atentado terrorista principal y conexos) se aplicará lo siguiente»:

a) «Las disposiciones del Código Penal del Líbano relativas al enjuiciamiento y castigo de los actos de terrorismo, los crímenes y delitos contra la vida y la integridad personal, la asociación ilícita y la omisión del deber de informar sobre crímenes y delitos, incluidas las normas relativas a los elementos materiales del delito, la participación en el delito y la conspi-

ración». Según el artículo 314 del Código Penal libanés «*Sont compris dans l'expression "actes de terrorisme" tous faits dont le but est de créer un état d'alarme, qui auront été commis par des moyens susceptibles de produire un danger común, tels que engins explosifs, matières inflammables, produits toxiques ou corrosifs, agents infectieux or microbiens*».

b) «Los artículos 6 y 7 de la Ley del Líbano de 11 de enero de 1958 sobre el agravamiento de las penas para los delitos de sedición, guerra civil y lucha entre confesiones religiosas». Esta ley prevé, en determinadas circunstancias y para el crimen de acto de terrorismo, la imposición de la pena capital y de los trabajos forzados a perpetuidad. Ahora bien, estas penas, desterradas del Derecho internacional penal, no serán de aplicación por el Tribunal Especial puesto que el artículo 2 del Estatuto indica que el Derecho libanés será de aplicación «sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Estatuto». En este sentido, el artículo 24, relativo a las penas, indica que la Sala de Primera Instancia impondrá al condenado *exclusivamente* «una pena de cadena perpetua o de privación de libertad por número determinado de años», para cuya imposición «recurrirá, según proceda, a la práctica internacional en la materia de condenas privativas de libertad y a la de los tribunales nacionales del Líbano».

7. Una vez comiencen a ejercer sus funciones, los magistrados del Tribunal Especial aprobarán las Reglas de Procedimiento y Prueba «inspirándose según proceda, en el Código de Procedimiento Penal del Líbano y otros materiales de referencia que reflejen las normas más estrictas del procedimiento penal internacional, con miras a garantizar un juicio justo y sin dilaciones indebidas» (art. 28, Estatuto). Debido a la tradición romanista del derecho procesal libanés, el Estatuto ha introducido dos novedades importantes frente a los Estatutos de otros tribunales penales internacionales o mixtos.

En primer lugar, los jueces asumen una función más activa. En efecto, a menos que la Sala de Primera Instancia decida otra cosa en interés de la justicia, «el interrogatorio de los testigos comenzará con las preguntas del magistrado presidente, seguidas de las de los demás miembros de la Sala, el Fiscal y la defensa». La Sala de Primera Instancia también puede, en cualquier etapa del procedimiento, «convocar a testigos adicionales u ordenar la práctica de nuevas diligencias de prueba, ya sea de oficio o a instancia de parte» (art. 20, Estatuto).

En segundo lugar, el Tribunal Especial celebrará el juicio en ausencia del acusado cuando éste haya renunciado expresamente y por escrito a su derecho a estar presente, no haya sido entregado al Tribunal por las autoridades estatales competentes o se haya dado a la fuga o se encuentre en paradero desconocido. En este caso, se estipula que cuando el juicio se celebre en ausencia del acusado, el Tribunal Especial velará por que éste designe un letrado defensor que esté presente en el juicio, o, si se ha negado a hacerlo, que la Oficina de la Defensa del Tribunal le asigne uno. En caso de condena, cuando el acusado no hubiera designado un letrado defensor de su elección en el primer juicio, tendrá derecho a que se repita el juicio en su presencia. De no ser así, la condena quedará firme (art. 22, Estatuto).

Finalmente, conviene subrayar la colaboración del Tribunal Especial con la Comisión Internacional Independiente de Investigación cuyo mandato fue establecido en la resolución 1595 (2005) del Consejo de Seguridad y en resoluciones subsiguientes. De conformidad con el Estatuto, el Tribunal Especial recibirá las pruebas obtenidas por las autoridades nacionales del Líbano o la Comisión de conformidad con su mandato, en relación con asuntos que sean competencia del Tribunal Especial. Ahora bien, las Salas determinarán su admisibilidad de conformidad con las normas internacionales sobre obtención de pruebas y el valor probatorio que deba otorgarse a cada una de ellas (art. 19, Estatuto). De esta forma, la Comisión actúa como un embrión de la futura Fiscalía.

8. Otras cuestiones de interés que aparecen reguladas en el Acuerdo de cooperación hacen referencia a los privilegios e inmunidades, la ubicación de la sede del Tribunal y el mecanismo de financiación.

En el artículo 8 del Acuerdo de cooperación se decide que el Tribunal Especial tendrá su sede fuera del Líbano. Su ubicación «se determinará teniendo debidamente en cuenta consideraciones de justicia y equidad, así como criterios de seguridad y eficiencia administrativa» y «con sujeción a que se concierten los correspondientes acuerdos con el Gobierno».

El Tribunal Especial no pertenece al sistema de las Naciones Unidas, por lo que no tiene derecho a los privilegios e inmunidades que otorga la *Convención de 1946 sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*. Consecuentemente, los privilegios e inmunidades de sus locales, fondos y archivos, así como de sus miembros, son establecidos en el Acuerdo de cooperación entre las Naciones Unidas y el Gobierno del Líbano (arts. 9 al 12) y en el futuro acuerdo de sede entre las Naciones Unidas y el Estado anfitrión.

En relación con la financiación del Tribunal Especial, el Secretario General propuso al Consejo de Seguridad los siguientes modelos de financiación: a) cuotas prorrateadas de los miembros, total o parcialmente; b) contribuciones voluntarias; c) combinación de cuotas y contribuciones voluntarias. Finalmente, el Consejo de Seguridad optó por un mecanismo de financiación mixta, aceptando el ofrecimiento del Gobierno de Líbano de sufragar el 49 % de los gastos del funcionamiento del Tribunal Especial y siendo el otro 51% sufragado con cargo a las contribuciones voluntarias de los Estados.

9. En suma, el diseño del Tribunal Especial, con una mayoría de magistrados internacionales que adoptan su fallo por mayoría, un fiscal, un juez de instrucción y un secretario también internacionales, la asistencia internacional en la defensa de los inculcados, así como la protección de las víctimas y testigos, consolida la práctica de las Naciones Unidas en el sentido de que, «al establecer cualquier tribunal de composición mixta, la presencia de un componente internacional es garantía de independencia, objetividad e imparcialidad en el proceso» (S/2006/893, pár. 27). Por otro lado, las novedades introducidas en su Estatuto, en relación con otros tribunales de naturaleza mixta (Sierra Leona, Camboya, Kosovo, Timor-Este), confirman otra de las características de los tribunales penales internacionalizados: su flexibilidad, configurándose en atención a las necesidades y particularidades del caso concreto.

M.^a Esther SALAMANCA AGUADO

8. EL ASUNTO SOBRE LAS ACTIVIDADES ARMADAS EN EL TERRITORIO DEL CONGO (NUEVA DEMANDA: 2002) O LA IMPORTANCIA DE LA LABOR DIDÁCTICA DE LOS JUECES

La valiosa función de interpretación y de desarrollo del Derecho Internacional que el TIJ lleva a cabo ha quedado sobradamente demostrada a lo largo de su trayectoria en muchas de sus resoluciones, que han sabido, con mayor o menor grado de aceptación entre la doctrina, pero siempre cumpliendo su misión, clarificar un ordenamiento jurídico como el internacional, no poco complejo. Mientras parte de su jurisprudencia se ha centrado en cuestiones de carácter muy específico o más bien técnico (por ejemplo, delimitaciones territoriales, Derecho del Mar...), otra tiene la virtud de encerrar reflexiones sobre cuestiones que forman parte, por expresarlo de alguna manera, del tronco mismo de nuestro Ordenamiento. El caso que ha enfrentado a la República Democrática del Congo (RDC) y Rwanda [*asunto sobre las actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda: 2002), sentencia sobre jurisdicción de la Corte y admisibilidad de la demanda*, de 3 de febrero de 2006] se enmarca, precisamente en esta línea, al haber el Tribunal desarrollado en ella, más si cabe que en otras, una labor de gran utilidad sobre cuestiones clave del Derecho internacional (ejercicio de su jurisdicción contenciosa, reservas a los tratados, actos unilaterales...), labor que permite considerar

a algunos de sus párrafos como pequeños manuales sobre temas concretos del Ordenamiento de contenido valioso por la credibilidad de la fuente de la que fluyen.

Los últimos años han sido de una actividad judicial internacional muy intensa para el Congo (desde finales de los noventa se ha visto envuelto, como demandante en la mayoría de casos, pero también como demandado, en siete controversias), motivada en gran medida por la grave situación que la región de los Grandes Lagos ha sufrido en la última década (el Congo ha demandado a Burundi, Rwanda y Uganda por cuestiones directamente relacionadas con los conflictos y abusos que en la zona se han vivido). En 1999 la RDC presentaba sendas demandas contra Rwanda y Burundi por violación flagrante de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario como resultado de los actos de agresión armada que estos Estados habían cometido en su territorio, retiradas posteriormente por un acuerdo de las partes, que optaron primero por dilucidar las cuestiones sobre jurisdicción y admisibilidad. El 28 de mayo de 2002 el Congo presentaba una nueva demanda, esta vez sólo contra Rwanda.

El Estado congoleño, ante la ausencia de cláusula compromisoria de aceptación de la jurisdicción del TIJ que obligara a las partes, planteó en su demanda otras vías para justificarla, que estudiaremos enseguida, pero ninguna de ellas convenció a la Corte, que cerraba así la puerta al enjuiciamiento de las cuestiones de fondo y al castigo de la más que dudosa legalidad de la conducta de Rwanda. A su enjuiciamiento simplemente, podríamos añadir, pues como el mismo TIJ considera (en este asunto, pár. 127), una cosa es la aceptación de la jurisdicción de la Corte y otra es la legalidad de sus actos conforme al Derecho Internacional, ya que todos los Estados están, hayan aceptado o no su jurisdicción, obligados a cumplir con sus deberes de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional.

Son varias las cuestiones de Derecho Internacional que al hilo de dilucidar su jurisdicción en el asunto el TIJ tuvo la oportunidad de analizar: la figura del *forum prorogatum*, el régimen de las reservas a los tratados internacionales, el artículo 66 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados y los actos unilaterales como fuente del Derecho Internacional.

1. La jurisdicción contenciosa de la Corte y el *forum prorogatum*.

El Congo pretendió (párs. 19 y ss.), como primera opción, justificar la jurisdicción de la Corte en el entendido de que Rwanda, pese a no haber formulado declaración expresa alguna de aceptación de la misma, había prestado su consentimiento de manera indirecta, a través de determinados actos y conductas (*forum prorogatum*). En concreto, se alegaba que el cumplimiento por Rwanda de todos los pasos procesales que el TIJ le había solicitado, su participación en los diferentes procedimientos surgidos y su comparecencia ante él eran actuaciones suficientes para entender que había aceptado de manera implícita resolver la controversia ante el Tribunal. Rwanda sostenía que esas actuaciones se habían dirigido exclusivamente a rechazar de plano su jurisdicción y que no verlo así equivaldría a aceptar el absurdo de que la única manera de negar la jurisdicción del tribunal sería no personarse en el procedimiento. La Corte aceptó el argumento ruandés al entender que el hecho de acudir a un procedimiento y participar en él no significa el reconocimiento automático de su jurisdicción. En la línea de lo ya afirmado en ocasiones anteriores en las que también surgió la figura del *forum prorogatum* (asunto del canal de Corfú, Reino Unido c. Albania, *CIJ Recueil 1947-1948*, p. 27, y asunto sobre la aplicación de la Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio, Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro, *CIJ Recueil 1993*, p. 342, entre otras), la Corte consideró que si bien es cierto que el consentimiento a su jurisdicción no requiere forma expresa alguna y puede, por tanto, deducirse de determinados actos, también lo es que la conducta del demandado debe constituir una «indicación inequívoca» de su deseo de someterse a su jurisdicción de una manera «voluntaria e indiscutible». No fueron éstas, entendió la CIJ, las circunstancias en las que Rwanda

participó en el procedimiento y, además, en cada una de sus declaraciones (orales y escritas) consta expresamente su intención de negarla (vide, por ejemplo, la contestación a la demanda por parte de Rwanda, que se dedica casi íntegramente a ese fin).

2. Las reservas a los tratados internacionales.

Desechado el *forum prorogatum*, el Congo *probó* suerte, para justificar la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia, con varios tratados sobre derechos humanos (alegó también otros de diferente naturaleza, que el Tribunal desechó porque no ofrecían base real para ejercer su jurisdicción) algunas de cuyas disposiciones preveían cláusulas de arreglo pacífico de controversias que remitían a este tribunal. De entre todos ellos fue el Convenio sobre la prevención y la sanción del crimen de genocidio (1948) el que acaparó la atención de la Corte y será también, por tanto, sobre el que nosotros nos centraremos. Su artículo IX establece que «las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia», pero Rwanda negó la jurisdicción del TIJ aduciendo (pár. 29 de la sentencia) que había formulado en su día una reserva de tipo excluyente al citado artículo. El Congo puso en duda por un lado, la vigencia de la misma y, por otro, su validez, al considerarla incompatible con el objeto y fin del tratado.

Respecto de la primera cuestión (vigencia de la reserva ruandesa) la RDC defendía que el artículo IX resultaba plenamente aplicable a Rwanda porque ésta había retirado la reserva formulada: de acuerdo con el artículo 15 del Protocolo de Arusha, firmado entre el Gobierno de Rwanda y el Frente Patriótico ruandés, de 3 de agosto de 1993, a que se había comprometido a retirar todas las reservas formuladas a los tratados sobre derechos humanos en los que era parte. Según la RDC, el Gobierno materializó este compromiso en el Decreto Ley núm. 014/01 de 15 de febrero de 1995 (pár. 30), pero el decreto, según Rwanda, nunca fue operativo porque no fue finalmente aprobado por el Parlamento, a lo que se unía la circunstancia de que nunca realizó acción concreta alguna destinada a retirar la reserva formulada a la Convención sobre el Genocidio. El TIJ rechazó el argumento congoleño afirmando (pár. 41) que la cuestión de la validez y efectos de un decreto ley a nivel interno es bien diferente de sus efectos en el plano internacional y que, por tanto, «debe establecerse una clara distinción entre la decisión de retirar una reserva a un tratado tomado dentro del orden jurídico interno de un Estado y la implementación de esa decisión por las autoridades nacionales competentes en el orden jurídico internacional, que sólo puede llevarse a cabo por notificación de la retirada de la reserva a los otros Estados partes del tratado en cuestión». De esta manera, alegando que se trataba de una práctica establecida (pár. 41) el TIJ, en aras de la seguridad jurídica, consolidaba la regla que el Convenio de Viena (art. 22.3) establece en el sentido de que la retirada de una reserva sólo surte efecto cuando el resto de Estados ha recibido la notificación oportuna.

La segunda cuestión, es decir, la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin del tratado, se planteó al TIJ con motivo de la posible nulidad de la reserva de Rwanda al artículo IX de la Convención sobre el Genocidio, que el Congo defendía al considerar que pretendía evitar que el tribunal llevara a cabo su función de salvaguardia del Derecho internacional imperativo (pár. 56) y que eludir este mecanismo de vigilancia y persecución era incompatible con el objeto y fin de la Convención, pensada precisamente para evitar la impunidad de este delito (pár. 57).

Rwanda se defendió alegando que el hecho de que las principales normas de la convención hubieran adquirido la consideración de *ius cogens* no era excusa para conferir jurisdicción al

Tribunal en lo que se refiere a una controversia acerca de la aplicación de sus derechos y obligaciones, ya que lo que estaba en juego no era una obligación sustantiva, sino una cuestión de carácter procesal (párrs. 60 y 61).

La Corte, como respuesta, recuerda que los derechos y obligaciones que emanan de la Convención tienen carácter *erga omnes* (pár. 64), como ya puso de relieve en el *asunto sobre la aplicación de la Convención sobre la prevención y la sanción del crimen de genocidio* (objeciones preliminares (CIJ *Recueil* 1996, p. 616, pár. 31). El carácter *erga omnes* de una norma y el consentimiento a la jurisdicción son, en efecto, tal y como Rwanda apuntó, cosas distintas (y como también afirmó en el asunto sobre Timor Oriental, CIJ *Recueil* 1995, p. 102, pár. 29) y que el hecho de que estén en juego normas *erga omnes* no confiere a la Corte jurisdicción automática en una controversia. Y lo mismo, afirma el TIJ (pár. 64), debe aplicarse a las normas de carácter imperativo, recordando que «de acuerdo con el Estatuto de la Corte, su jurisdicción siempre se basa en el consentimiento de las partes».

La reserva de Rwanda al artículo IX de la Convención sobre el Genocidio se refiere a la jurisdicción de la Corte y no a las obligaciones sustantivas de la Convención, por lo que no puede ser considerada (pár. 67) incompatible con el objeto y fin de la Convención. La Corte también recoge y acepta el argumento ruandés de que en ocasiones anteriores otros Estados habían formulado idénticas reservas que habían evitado que conociera del asunto. Rwanda (y el propio Tribunal) hacían referencia, en concreto, a los casos de España y Estados Unidos en el asunto sobre la legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia. c. España, medidas provisionales, auto de 2 de junio de 1999, CIJ *Recueil* 1999, p. 772, y Yugoslavia c. EEUU, CIJ *Recueil* 1999, p. 924), en los que la cuestión de las reservas no levantó tanta polémica como en el que nos ocupa. La razón, como bien indicó el juez Koroma (pár. 16 de su opinión disidente) es que la parte interesada (Yugoslavia), a diferencia del Congo, no planteó la posible incompatibilidad de esas reservas con el objeto y fin del tratado. La postura del Congo, sin duda más arriesgada, obedecía a un intento de evitar la respuesta negativa que, atendido a la jurisprudencia anterior mencionada, intuía que recibiría.

En definitiva, el Tribunal separa en dos los contenidos de un tratado: por un lado, las disposiciones de carácter sustantivo y, por otro, las de carácter procedimental, entre las que debe incluirse las cláusulas de arreglo pacífico y respecto de las que, por su naturaleza, pueden formularse cuantas reservas se desee porque el objeto y fin del tratado no resultará afectado. ¿Realmente debe considerarse que esto es así? No todos los jueces, lo veremos unas líneas más adelante, lo tuvieron igual de claro. Es más, la lectura del *Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre reservas a los tratados*, directriz 3.1.13 [reservas a las cláusulas de los tratados relativas al arreglo de controversias o la vigilancia del cumplimiento del tratado propuesto por el Relator Especial en su 10.º Informe (doc. A/CN.4/558, pár. 99)] parece alimentar esta duda: «una reserva a una disposición de un tratado relativa al arreglo de controversias o vigilancia del cumplimiento del tratado no es, en *sí misma*, incompatible con el objeto y fin (énfasis añadido). O, lo que es lo mismo, en general no lo será, porque parece, al menos en principio, que cuestiones procedimentales y sustanciales son compartimentos estanco, pero *no en todos los casos*.

La siempre problemática cuestión de las reservas a los tratados y su compatibilidad con el objeto y fin no dejó indiferentes a los jueces que, en general, dedicaron la mayor parte de sus opiniones y declaraciones a reflexionar, matizar e incluso disentir de lo afirmado por el TIJ. Fue el juez Koroma quien más contrario se mostró a las conclusiones del TIJ y, apoyándose en lo establecido en el 10.º Informe sobre reservas a los Tratados de la CDI (57 sesión, doc A/CN.4/558/Add.2, p. 31, pár. 3.1.13, de 14 de junio de 2005), consideró, en la línea que antes apuntamos, que una reserva a una cláusula sobre arreglo de controversias sí es incompatible con el objeto y fin del tratado si el artículo al que se refiere la reserva constituye la razón de ser del tratado (pár. 11 de su opinión disidente) y que, desde luego, el artículo IX de la Convención

sobre el genocidio lo es, pues para *prevenir* y *sancionar* este delito hacen falta mecanismos eficaces (los del artículo IX). Si, como se dijo en el asunto sobre la aplicación de la Convención del Genocidio (objeciones preliminares, *CIJ Recueil 1996*, p. 616, par. 31), la obligación de cada Estado de prevenirlo y castigarlo no se limita a la Convención, lo congruente sería (pár. 21) afirmar que un Estado que niega la jurisdicción de la Corte no está cumpliendo con la misión de colaborar para castigar ese crimen. Y eso, dice el juez, es si cabe más criticable (pár. 22) tratándose de Rwanda, un Estado que desgraciadamente conoce bien la figura.

Interesante resulta también a este respecto la opinión separada de carácter conjunto de los jueces Higgins, Koojmans, Elaraby, Owada y Simma que, aunque de acuerdo con la conclusión de la Corte de que las cláusulas de arreglo pacífico de controversias que aparecen en los tratados son, en principio, compatibles con el objeto y fin, dejan un hueco a la duda, al considerar que esta conclusión puede no ser siempre cierta, pues dependerá del caso particular (pár. 21). De hecho, la directriz 3.1.13 mencionada anteriormente contempla dos excepciones (doc. A/CN.4/558, pár. 99): si la cuestión sobre la que versa la reserva es la razón de ser del tratado o si la reserva tiene el efecto de excluir a su autor de un mecanismo de arreglo de controversias o de vigilancia del cumplimiento que haya previamente aceptado si el objetivo de la previsión del tratado es hacer efectivo ese mecanismo y aunque es cierto que el documento de la CDI no pasa de ser un mero proyecto, deseable hubiera sido que el TIJ no desperdiciara la ocasión de ir más allá y se hubiera hecho eco de lo establecido en la directriz, que nos parece más que razonable.

Los jueces afirmaron, además, que pese a la tendencia existente en el sentido de que la sentencia de 1951 (asunto sobre las reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, *CIJ Recueil 1951*, 15 y ss.) establecía un *laissez faire* en materia de reservas, la realidad es que se trató, simplemente, de la respuesta a una situación concreta en un momento determinado (párrs. 4 y 5) con lo que debemos entender que no está todo dicho y que la evolución en el tema es una premisa admisible. Mucho ha llovido desde entonces y, como los jueces señalan (pár. 10), si en 1951 la Convención del Genocidio era un fenómeno aislado en la esfera de los derechos humanos, la proliferación de convenciones al respecto ha mutado considerablemente el escenario de fondo. Es más, la realidad ha probado que los Estados no han sido ni mucho menos tímidos a la hora de establecer reservas (29 se han formulado a la Convención Genocidio, 58 al Pacto de Derechos civiles y políticos, 45 al Pacto de derechos sociales y culturales, 74 a la Convención del niño...) y, lo que es más grave, en la mayoría de casos se han movido por criterios puramente políticos, sin respetar por tanto la compatibilidad con el objeto y fin, que debía ser la regla que les guiara (pár. 11). Es más, el régimen de *laissez faire* (15) no ha sido tan frecuente como algunos pretenden: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre la compatibilidad de reservas hechas a los instrumentos en cuestión, al considerar que la cuestión era demasiado importante como para dejarla al criterio de los Estados (15). Y, si pensamos un poco, ¿quién ha sido, en el asunto que nos ocupa, el que ha debido decidir, aunque sea al hilo de otras cuestiones, la competencia de las reservas que Rwanda formuló?

Quizás con la espina de la culpa, por ser conscientes de que la decisión de la Corte no hace favor alguno a la represión del genocidio, los jueces matizan en su opinión conjunta que el sistema de la Convención, pese a todo, no se colapsa si se interponen reservas al artículo IX; no pasa nada, pues (dicen) hay otras vías y el TIJ no es un tribunal pensado para castigar individuos, con lo que podríamos entender que prefieren imputar la autoría del genocidio al individuo (!) para el cual, afirman, hay otras formas de castigo. Cierto es, ¿pero es que acaso hemos de resignarnos a que un Estado no sea declarado responsable de este crimen, sobre todo si consideramos que en la mayoría de casos la colaboración del aparato estatal resulta indispensable para su comisión?. Poco nos tranquilizan estas conclusiones, sobre todo si a ellas unimos

el hecho de que, recientemente, el TIJ exoneraba a Serbia y Montenegro del genocidio cometido en Srebrenica, considerando sólo culpable de incumplir la obligación de prevenirlo (asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre la prevención y sanción del crimen de genocidio, Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro, sentencia de 26 de febrero de 2007, párr. 471).

Por otro lado, esta sentencia, y sus predecesoras (asunto sobre las reservas a la Convención sobre el Genocidio de 1951 y asunto sobre la legalidad del uso de la fuerza de 1999), si algo han demostrado es que la figura de las reservas, y más en concreto cuando afectan a instrumentos vinculados a normas de *ius cogens* como es el caso de la Convención sobre el Genocidio, no está exenta de polémica. Las reservas puede que, en sus orígenes, se buscaran para favorecer una participación amplia en los tratados, pero en tanto en cuanto quienes las formulan se mueven por consideraciones políticas, ¿no contribuyen más bien a multiplicar el texto y favorecer la inseguridad jurídica? ¿No es peor el remedio que la enfermedad? ¿Es que preferimos tratados de derechos humanos formalmente ratificados por muchos Estados, que den la sensación de una sociedad internacional comprometida, pero vacíos de contenido? ¿Dónde está la diferencia entre no ratificar y ratificar pero de manera más que dudosa? No parece de recibo, como apuntaban los jueces, mantener con vida el espíritu del TIJ en 1951 por más tiempo, por el bien del Derecho Internacional y del Derecho de los Tratados.

Las reservas han sido desde su origen una figura problemática, en atención sobre todo a la exigencia de que sean compatibles con el objeto y fin del tratado en cuestión. El obstáculo principal es, bien lo sabemos, quién decide la compatibilidad. A veces es el texto el que ofrece la solución salomónica, estableciendo qué parámetros medirán la compatibilidad de las reservas que a él se formulen. Un ejemplo de este tipo de tratados surgió, precisamente, en el asunto que tratamos: otra de las disposiciones en las que el Congo se refugió en busca de la jurisdicción del TIJ fue el artículo 22 del Convenio sobre la eliminación de la discriminación racial (1965). Rwanda, al igual que hizo con el Convenio sobre el genocidio, formuló una reserva excluyente, que también Congo consideró contraria al objeto y fin. La Corte lo tuvo más fácil en este supuesto, pues el propio texto proporciona una vara para medir tal compatibilidad en el artículo 20.3: una reserva se considerará incompatible con el objeto y fin si al menos dos terceras partes de los Estados parte la objetan (párr. 77). Como no ha sido así, la reserva de Rwanda es perfectamente admisible y excluye la jurisdicción del Tribunal.

Soluciones como la de la Convención sobre discriminación racial no son tan frecuentes como sería deseable. Una segunda posibilidad para determinar la compatibilidad de una reserva sería trasladar el problema a un órgano creado o designado por el propio tratado que, en todos y cada uno de los casos, se pronunciara al respecto. La iniciativa no sería nueva, puesto que a nivel europeo existe, por ejemplo, el Observatorio Europeo de reservas de los tratados internacionales y el Comité de Asesores Jurídicos de Derecho Internacional, dependiente del Consejo de Europa (mandato aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 16 de diciembre de 1997), pero sí escasa y merecedora de que el ejemplo cundiera; la propia Comisión de Derecho Internacional ha subrayado la importancia del diálogo entre los órganos y que los tratados crean y los Estados, porque así será más fácil distinguir el ámbito y las consecuencias de las reservas (doc. A/CN/574, párr. 8).

Barajemos la solución que barajemos, el resultado final siempre se topa con el mismo muro: el voluntarismo, pues los mecanismos propuestos para juzgar la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin (llámese órganos específicos, llámese artículo que contenga un parámetro al estilo del de la Convención sobre discriminación racial, llámese TIJ) tienen un elemento común: sólo funcionarán si los Estados lo desean y consienten en que así ocurra.

La polémica sobre la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del tratado ha puesto, de manera indirecta el dedo en *dos llagas* más que no nos resistimos a obviar: en primer lugar, la escasa aceptación de la jurisdicción voluntaria del TIJ, en una decadencia que no cesa, y la necesidad de un cambio al respecto. El juez Elaraby lo expresó, creemos, certeramente

(pár. 10 de su declaración): algunas de las limitaciones que contempla el Estatuto del TIJ (se refiere a la jurisdicción voluntaria) son «reliquias de una era pasada que necesita ser actualizada», porque la Corte «debería jugar un papel mayor en el arreglo pacífico de controversias internacionales».

En segundo lugar, la prohibición del genocidio y, por extensión, las normas de *ius cogens* siguen siendo, pese a su proclamado rango superior, las grandes discriminadas del sistema jurídico internacional. Cualquiera que sea el plano en que nos movamos, parece que la norma que prohíbe el genocidio se ve obligada siempre a retroceder y la realidad (la voluntad de los Estados, de nuevo) se impone: el castigo del crimen de genocidio que, según los indicios, Rwanda cometió, no podrá determinarse ante el TIJ porque éste, por razones formales, carece de jurisdicción; el castigo a nivel internacional de los individuos directamente responsables se adivina también difícil, porque se reconduce a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional, más complicada, como sabemos, si cabe que la del TIJ; las sanciones que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas podría proponer para castigar a Rwanda deberían vencer el derecho de veto, y las propuestas hechas en el sentido de no ejercerlo cuando esta norma esté en juego no han pasado de ser una mera propuesta del Secretario General (Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, doc. A/59/565, pár. 256). Todo, en definitiva, nos lleva a la más pesimista de las visiones, en la que en general las normas de *ius cogens* y, en particular, la prohibición del genocidio, siempre salen perdiendo.

3. El artículo 66 del CV sobre Derecho de los Tratados (1969).

La última de las alternativas para determinar la jurisdicción del TIJ que el Congo planteó (pár. 120) fue el hasta ahora nunca explotado recurso del artículo 66 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* que establece que cualquier controversia sobre la aplicación o interpretación de los artículos 53 ó 64, relativos a los posibles conflictos que se produzcan entre tratados y normas de *ius cogens*, puede llevarse ante el TIJ a menos que las partes consientan en someter la cuestión a un arbitraje. El Congo, alegando que el artículo permite a la Corte determinar cualquier controversia sobre la validez de un tratado contrario al *ius cogens*, argumentaba que, siendo las reservas parte integral de un tratado, también ellas debían ser respetuosas con el derecho imperativo, concluyendo así que la planteada por Rwanda al artículo IX de la Convención, al eludir la jurisdicción del TIJ, evitaba su cumplimiento eficaz, era en sí misma contraria al *ius cogens* y convertía automáticamente en inválido el resto de la Convención.

El argumento, sin duda arriesgado al tiempo que novedoso, no recibió el parabién de la Corte, que lo rechazó basándose en dos razonamientos. En primer lugar, la irretroactividad del Convención de Viena, prevista en su artículo 4. Rwanda y Congo habían ratificado la Convención sobre el Genocidio y la Convención sobre discriminación racial (otro de los instrumentos en los que Congo intentó fundamentar la jurisdicción del TIJ) en fechas anteriores a las de ratificación del Convenio de Viena, con lo que las normas de éste no resultaban aplicables en este caso; el Tribunal, de hecho, obvió la estrategia de Congo que, previendo esta respuesta, había cautamente declarado que las normas de *ius cogens* obligan a los Estados con independencia de cualquier consideración temporal (pár. 122). En segundo lugar, afirmó que la única posibilidad de aceptar el argumento congoleño hubiera sido (pár. 125) que se tratara de una norma de derecho internacional consuetudinario, lo que, según afirma el Tribunal, no puede predicarse del artículo 66. Y parece que esa es la tendencia actual porque ese mismo fue el razonamiento que aplicó otro tribunal, el de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia, aunque de nivel regional, no debemos menospreciar, respecto de la validez de un reglamento

del Consejo que había suspendido el acuerdo de cooperación entre la CE y Yugoslavia alegando el cambio de circunstancias (art. 62 del Convenio de Viena) que el estallido de la guerra y el desmembramiento del territorio propiciaron, defendiendo que la norma del artículo 62 había adquirido el rango de derecho consuetudinario pero que no podía predicarse lo mismo de las normas de carácter procesal de los artículos 65 y siguientes (asunto C-162/96, A. Racke GmbH & Co c. Hauptzollamt Mainz, sentencia del TJCE de 16 de junio de 1998, pár. 59).

Si la negación del carácter consuetudinario del artículo 66 del Convenio de Viena no nos merece crítica alguna, no ocurre lo mismo, creemos, con lo que a continuación el TIJ afirma (pár. 125 *in fine*): el mero hecho de que una norma *erga omnes* o de *ius cogens* esté en juego en una controversia no puede convertirse en una excepción al principio de que la jurisdicción siempre depende del consentimiento de las partes. En efecto, las normas internacionales vigentes consagran el carácter voluntario de la sumisión a la jurisdicción del TIJ e incluso las normas de *ius cogens*, pese a su rango privilegiado y mal que nos pese, deben ceder a esta realidad; pero eso no nos impide plantearnos, aun siendo conscientes de cuán lejos estamos de ser testigos de un cambio de las reglas, si es éste el estado deseable de las cosas. El voluntarismo es, lo sabemos bien, no sólo la base de la jurisdicción del TIJ, sino de todo el Derecho Internacional, pero, ¿no será posible recortar sus anchas alas algún día?, ¿ganará alguna vez el pulso el derecho imperativo?, ¿cuándo se le darán facilidades para que su cumplimiento sea efectivo y no meramente un *pium desiderium*?

4. Los actos unilaterales de los Estados.

La sentencia de la Corte arrojó también luz sobre una cuestión en un plano bien diferente al hasta ahora analizado. La declaración del Ministro de Justicia ruandés de 17 de marzo de 2005 que sirvió como base para que el Congo defendiera que su Gobierno se había comprometido a retirar las reservas formuladas a los tratados de derechos humanos fue también la excusa para que el TIJ se pronunciara sobre la cuestión de los actos unilaterales de los Estados como fuente del Derecho Internacional (párs. 46 y ss). Según jurisprudencia consolidada (asunto de los ensayos nucleares, Australia c. Francia, *CIJ Recueil 1974*, pp. 269 y 270; asunto sobre la aplicación de la Convención sobre la prevención y el castigo del crimen de genocidio, Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro, excepciones preliminares, *CIJ Recueil 1996 (II)*, p. 622, o asunto sobre la orden de arresto de 11 de abril de 2000, RDC c. Bélgica, *CIJ Recueil 2002*, pp. 21-22) es norma del Derecho Internacional que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores están capacitados para representar al Estado cuando ejercen las funciones propias de su cargo, pudiendo sus actos ser considerados auténticos compromisos internacionales. De hecho, se trata de una norma de derecho consuetudinario que la propia Convención sobre Derecho de los Tratados contempla en el artículo 7.2. La Corte, sin embargo, admite en su sentencia la evolución que la figura ha experimentado en los últimos años, al considerar que cada vez más a menudo personalidades con rango diferente a las tres tradicionales representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales, lo que puede ocurrir, por ejemplo, y así lo menciona expresamente, con los titulares de carteras ministeriales técnicas que ejerzan en las relaciones exteriores poderes dentro de su esfera de competencia e, incluso, con determinados funcionarios (pár. 47). La única condición que se les exige es que han de ser expresamente habilitados a tal fin, que la declaración que de ellos emane haya sido pública o expresada de una manera formal, para cuestiones concretas para las que hayan sido autorizados y que sea hecha en términos claros y específicos (asunto ensayos nucleares, cit., *CIJ Recueil 1974*, pp. 267 y 269; 472 y 474), por lo que no puede rechazarse, *prima facie*, que las declaraciones de, en este caso, el Ministro de Justicia puedan considerarse actos unilaterales.

Son las circunstancias del caso y no el hecho de que se trate de una declaración del Ministro de Justicia lo que en esta ocasión ha imposibilitado considerar que la reserva se retiró: el ministro ruandés se limitó a indicar que las «reservas del pasado todavía no retiradas se retirarían en un breve espacio de tiempo», pero sin concretar qué reservas (ni que esto incluyera a la efectuada al artículo IX del Convenio del Genocidio) ni mucho menos, a qué tratados afectaban (pár. 50). Es más, la fecha en que esta retirada tendría lugar tampoco se precisó, con lo que no puede considerarse «un compromiso unilateral [...] con efectos jurídicos respecto de la retirada; como mucho, puede interpretarse como una declaración de intenciones» (pár. 52).

Nuevos tiempos corren para los actos unilaterales, y no ha sido el TIJ el único en recogerlo: el *Texto sobre los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas* (Informe de la CDI, 58.º periodo de sesiones, 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, Asamblea General, Documentos oficiales, 61.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10, A/61/10, p. 404, principio 3) también ha contemplado la posibilidad de que «otras personas [distintas de las tres tradicionales] puedan formular actos unilaterales en nombre del Estado, si ello se deduce de la práctica seguida al efecto por el Estado que la formula y las circunstancias en que dicho acto se formuló».

En definitiva, la sentencia ha demostrado, una vez más, la valiosa contribución del TIJ a la interpretación del Derecho Internacional y ha proporcionado a la doctrina con sus razonamientos una herramienta muy útil para emplear en sus reflexiones.

María José CERVELL HORTAL